CIADI Caso ARB/98/2

VICTOR PEY CASADO Y FUNDACIÓN ESPAÑOLA «PRESIDENTE ALLENDE» contra LA REPÚBLICA DE CHILE

PROCEDIMIENTO DE CORRECCIÓN DE ERRORES MATERIALES EN EL LAUDO DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016

OBSERVACIONES A LAS EXPLICACIONES DE LOS ÁRBITROS SIR FRANKLIN BERMAN QC Y MR. V.V. VEEDER QC Y DEL ESTADO DE CHILE

que las partes Demandantes respetuosamente someten al Sr. Presidente del Consejo administrativo del CIADI conforme a los artículos 57 y 58 del Convenio y 9 y 6(2) del Reglamento de arbitraje del CIADI

Traducido del original en francés

Washington, 13 de enero de 2017

INDICE

Introducción 4

I. EL APARENTE CONFLICTO DE INTERESES PUESTO EN CONOCIMIENTO DE LOS DEMANDANTES DESDE EL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2016 5

La propuesta razonada de recusación es admisible en el procedimiento del artículo 49 (2) de la Convención del CIADI 5

II. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA ESPECIE Y SU 10

CONTEXTO DE CONJUNTO JUSTIFICAN LA EXIGENCIA DE POSICIONES GARANTES DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA IMPECABLES DE LOS ARBITROS 10

La subordinación de algunos árbitros por la República de Chile en el presente procedimiento de arbitraje 10

Ni los Sres. árbitros ni la parte Demandada han revelado al Centro y a los Demandantes que miembros de las Essex Court Chambers son remunerados por inversores asociados a empresas propiedad del Estado de Chile 13

Los dos árbitros y la parte Demandada han incumplido su obligación de informar al Centro y a las otras partes que agentes oficiales de la República de Chile, como los Sres. Kleveren e Insulza, hacían gestiones ante miembros de las Essex Court Chambers lite pendente 13

III. LOS ARBITROS SRES. BERMAN Y VEEDER NO HAN SIDO IMPARCIALES DESPUÉS DEL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2016 18

No se justifican las decisiones de los árbitros Sres. Berman y Veeder posteriores al 20 de septiembre de 2016 19

Las respuestas a la Sra. Secretaria General del CIADI de los dos árbitros son evasivas 21

La respuesta de los dos árbitros es también sesgada según los standares del derecho inglés 23

El derecho inglés aplica el test del sesgo judicial también al sesgo arbitral 24

Las decisiones tomadas por los árbitros desde el 20 de septiembre de 2016 no son imparciales . 28

La respuesta del Sr. Berman del 4 de diciembre de 2016 es incompleta, inexacta y sesgada 30

La respuesta del Sr. Veeder del 11 de diciembre de 2016 es igualmente incompleta, inexacta, sesgada y conscientemente engañosa, en connivencia manifiesta con la República de Chile 32

IV. EVALUACIÓN DE LA COMUNICACION DE LA REPÚBLICA DE CHILE DEL 16 DE DICIEMBRE DE 2016 36

La carga de desvelar en 2016 las relaciones entre la parte Demandada y las Essex Courts Chambers no incumbe a los Demandantes habida cuenta de la declaración inicial de los Sres. Berman y Veeder ex Regla nº 6(2) 36

El Estado de Chile tiene la obligación de revelar al Centro y a las partes que mantiene relaciones con las Chambers de las que son miembros los árbitros Sres. Berman y Veeder 38

V. LOS PELIGROS DEL PRECEDENTE: EL MODUS OPERANDI DEL GOBIERNO CHILENO EN LONDRES SE REPITE EN EL SENO DEL CIADI, ¿ES ACEPTADO? 42

El Ministro Jack Straw confirma el fraude montado por el Gobierno de Chile so pretexto de « confidencialidad » contra una acción judicial de la Demandante Fundación española Presidente Allende 42

Ni los árbitros ni la parte Demandada han revelado al Centro que Mr. Lawrence Collins, el abogado de Chile durante el proceso en Londres iniciado por la Fundación española Presidente Allende, se ha convertido en 2012 en arbitrator membre de las Essex Court Chambers 43

Donde la « confidencialidad » esconde un fraude contra la administración de Justicia 43

El recurso por el Estado de Chile a inversores extranjeros y a la corrupción contra el

procedimiento judicial dirigido en Londres por la Fundación española Demandante 45
VI. CONCLUSIONES 46
PETICION AL SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO 49

Juan E. Garcés, Abogado
ZORRILLA, 11 - 1° - DCHA.
TELÉF. 91 360 05 36 - FAX: 91 5311989
E-mail: 100407.1303@compuserve.com
28014 MADRID

[Por correo electrónico]

13 de enero de 2017

Dr. Jim Yong Kim
Presidente del Banco Mundial y del
Consejo Administrativo del CIADI
WASHINGTON D.C.

Ref.: Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile (Caso No. ARB-98-2. Nuevo examen- Rectificación)

« *I was furious beyond belief…that was a fraud*!»
Jack Straw, Her Majesty Principal Secretary of State for the Home Department.

Señor Presidente del Consejo Administrativo:

Conforme a la comunicación de la Sra. Secretaria General del 4 de diciembre de 2016, las partes Demandantes tienen el honor de someter observaciones a las comunicaciones de los árbitros Sir Franklin Berman y Mr. V. V. Veeder del 4 y 11 de diciembre de 2016, respectivamente, y a la carta del Estado de Chile del 6 de diciembre de 2016, sobre la respetuosa recusación razonada de los dos árbitros miembros de las Essex Court Chambers formulada el 22 de noviembre de 2016.

Introducción

Muy lamentablemente, en el presente procedimiento de arbitraje sobre la compensación debida a una de las grandes empresas de prensa de Chile, las partes Demandantes han debido desbaratar interminables y recurrentes maniobras fraudulentas encaminadas a privarles, por todos los medios, de la posibilidad de hacer valer sus derechos en el marco de un procedimiento justo y equitativo.

Un importante número de las maniobras ha dejado huellas en el expediente de arbitraje y serán mencionadas más adelante.

Por otra parte, prácticas análogas habían sido aplicadas ya antes en Londres por el Estado de Chile contra una de las partes Demandantes, la Fundación española Presidente Allende. Es imposible no relacionarlas con la situación actual. Por ello se las mencionará en la sección V, a título de antecedente indispensable para comprender el *modus operandi* del Estado Demandado.

El autor de las presentes observaciones tiene la obligación profesional de asegurar que sus representados gocen de un marco arbitral con criterios objetivos de plena independencia y absoluta imparcialidad.

Por ello las informaciones que llegan gradualmente a su conocimiento desde el 20 de septiembre de 2016, y la sucesión de hechos sobrevenidos después, no le han dejado otra opción que la de formular, bien a su pesar, la propuesta razonada de recusación del 22 de noviembre de 2016.

***

I. EL APARENTE CONFLICTO DE INTERESES PUESTO EN CONOCIMIENTO DE LOS DEMANDANTES DESDE EL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2016

La propuesta razonada de recusación es admisible en el procedimiento del artículo 49 (2) de la Convención del CIADI

1. El artículo 57 de la Convención del CIADI figura en el capítulo V («*Sustitución y recusación de conciliadores y árbitros*»), es de aplicación general y dispone:

   > *«Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14.»*

   La pretensión del Estado Demandado de que se discrimine en la aplicación del artículo 57 según se trate de uno u otro de los procedimientos regidos por el capítulo IV de la Convención («El *arbitraje*»), en particular el regulado por el artículo 49(2), no tiene fundamento alguno. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

2. El Cap. I del Reglamento del Arbitraje («*Establecimiento del Tribunal*»), igualmente de aplicación general, dispone en el artículo 11(1) que «cualquier *vacante que se produce por recusación de un árbitro*» será tratada de la misma manera que el fallecimiento de un árbitro, sin distinguir según integra éste uno u otro Tribunal. Habida cuenta que el procedimiento del artículo 49(2) de la Convención no preserva a un árbitro de la posibilidad de renunciar o fallecer, de ello se sigue que tanto la recusación como el fallecimiento de un árbitro son compatibles con el procedimiento del art. 49(2) de la Convención y la Regla nº 11(1).

3. Figura igualmente en el Cap. I del Reglamento de Arbitraje el articulo 9 («Recusación *de los árbitros*»), que no distingue entre los árbitros que integran el Tribunal del procedimiento regido por el art. 49(2) de la Convención o el regido por los artículos 50, 51 y 52.

4. La disposición del artículo 9(1) prevé que "*la parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el Artículo 57 del Convenio presentará su propuesta al*

Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde.»

5. El hecho puesto en conocimiento de las partes Demandantes el 20 de septiembre de 2016, a saber las gestiones *sigilosas* del Estado de Chile en las Essex Court Chambers, fue dado a conocer públicamente por el Gobierno de Chile dos días antes, después de que el Laudo hubiera sido pronunciado y comunicado a todas las partes (artículos 48 y 49(2) de la Convención), después por tanto de que el Tribunal deviniera *functus officio* como la Sra. Secretaria General del CIADI ha indicado el 20 de octubre de 2016[1] en su repuesta al párrafo (II) de la carta de los Demandantes del 18 de octubre[2]:

> *« Nous attirons l'attention de Monsieur Pey Casado et de la Fondation Président Allende sur le fait que le tribunal constitué dans la procédure de resoumission a rendu sa sentence le 13 septembre 2016. Aucune des procédures prévues aux articles 49, 50, et 51 de la Convention CIRDI n'étant actuellement pendante devant ce tribunal, les demandes formulées au paragraphe (II) de la lettre de M. Pey Casado et la Fondation Président Allende ne peuvent lui être soumises. »*

6. El procedimiento regido por el artículo 49(2) habiendo comenzado con el depósito de la Demanda el 27 de octubre de 2016, registrada el 8 de noviembre siguiente, el procedimiento no estaba cerrado cuando el 22 de noviembre de 2016 fue formulada la respetuosa propuesta de recusación.

7. La respuesta del Estado Demandado del 16 de diciembre de 2016 (§27) sostiene que *by their very nature, rectification proceedings are incompatible with arbitrator challenges*, puesto que, según aquél, la Nota explicativa «D» de la Regla de arbitraje 49(2) preparada por la Secretaría del Centro y publicada en abril de 1982 afirma:

> *Unlike an interpretation, revision or annulment of an award (. . .) the rectification of an award can only be made by the Tribunal that rendered the award.*

El Estado Demandado ha truncado esa cita, desnaturalizando su sentido y su alcance, pues esta Nota agrega:

> *«If, for any reason, the Tribunal cannot be reconvened, the only remedy would be a proceeding under Chapter VII of these Rules*" (la frase subrayada ha sido omitida por el Estado Demandado).

Dicho sea esto sin perjuicio de la interpretación sistemática y contextualizada que pudiera hacer, en su caso, el Tribunal de arbitraje en ejercicio de su competencia (art. 41(1) de la Convención), habida cuenta de que la redacción de las Reglas de arbitraje 49 y 53, y otras, han sido modificadas después de la publicación en 1982 de dicha Nota explicativa del Secretariado que, adviertió éste, *«do not constitute part of the Rules and have no legal force.»*

8. En este caso, la Demanda ha sido registrada y comunicada el 8 de noviembre de 2016 a las partes y al Tribunal de arbitraje[3], quien el 16 de noviembre ha invitado a la Demandada *«à*

[1] Doc. nº 68, carta de Sra. Secretaria General del CIADI a las Demandantes el 20 de octubre de 2016
[2] Doc. nº 69, carta a la Sra. Secretaria General del CIADI de los Demandantes el 18 de octubre de 2016
[3] Doc. nº 70, carta de 8 de noviembre de 2016 de la Sra. Secretaria General *p. i.* del CIADI a las partes con copia a los miembros del Tribunal de arbitraje

indiquer si elle accepte les corrections proposées dans la Demande ».[4] Los Demandantes han aportado su provisión de fondos el 13 de diciembre de 2016 y el Centro lo ha comunicado el 22 de diciembre al Tribunal de arbitraje y a la parte Demandada.

9. De ello se sigue que en el caso de que se produjera en el Tribunal del procedimiento del artículo 49(2) una de las vacantes previstas en la Regla nº 10(1) – *«recusación, fallecimiento, incapacidad o renuncia de un árbitro»-*, esa vacante sería cubierta de la forma que disponen las Reglas nos. 10 y 11.
   Si una cuestión de procedimiento fuera planteada en esa ocasión por una u otra de las partes, correspondería al Tribunal de arbitraje reconstituido resolverla según el artículo 44 de la Convención.
   En tercer lugar, sin perjuicio de la interpretación sistemática y contextual que pudiera hacer, en su caso, el Tribunal de arbitraje en el ejercicio de su competencia, en el caso improbable de que una vacante no pudiera ser cubierta la Convención asegura a las partes, según la *Nota* en cuestión, los remedios previstos en el Capítulo VII, a saber, los regulados por los artículos nos. 50, 51 y 52.

10. Lo que la Convención no dispone es que las partes en el procedimiento del artículo 49(2) deberían estar sometidas imperativamente a árbitros que pudieran encontrarse en una situación sobrevenida de conflicto de intereses o parcialidad, de la que se hubiera tenido conocimiento después de pronunciado el Laudo. La afirmación contraria del Estado Demandado (§§27, 28) choca con la fuerza imperativa, sin excepciones, del artículo 57 de la Convención y de las Reglas 9 y 11.

11. Es igualmente inadmisible la pretensión del Estado Demandado de situar el artículo 49(2) – que figura en el Cap. IV, Sección 4 de la Convención, correspondiente al Cap. VI del Reglamento *(«El Laudo»)* – al margen de las Reglas generales de procedimiento so pretexto de la Regla nº 53[5] cuya aplicación está circunscrita a dicho Cap. VII del Reglamento-que corresponde a la Sección 5, a saber *«aclaración, revisión y anulación del laudo»* del Cap. IV de la Convención.
   Esta pretensión de Chile no respeta el principio de derecho según el cual la *lex specialis* en el marco del Cap. VII del Reglamento -la Regla nº 53- no anula necesariamente los efectos de la *lex generalis* –el articulo nº 57 del Cap. V de la Convención y las Reglas nº 9 y 11 del Cap. I del Reglamento.

12. En consecuencia, la propuesta de recusación de los árbitros es admisible en el marco del procedimiento regulado por el artículo 49(2) de la Convención iniciado el 27 de octubre de 2016.
   El respeto de la independencia y la imparcialidad de los árbitros son principios generales del derecho a los que reenvía la Convención (artículo 42(1)).
   No cabe a este respecto una inadmisibilidad de principio por causa de la especificidad del procedimiento. Ello crearía un precedente grave que estaría en contradicción flagrante con los principios del *due process*.

13. La razón específica de la respetuosa propuesta de recusación razonada es la situación de aparente conflicto de intereses del Estado Demandado y de dos de los árbitros del Tribunal

---

[4] Doc. nº 60, carta de 16 de noviembre de 2016 del Secretario del Tribunal de arbitraje a las partes con copia a los miembros del Tribunal

[5] La Regla de arbitraje nº 53 dispone: "***Normas procesales.*** *Estas Reglas se aplicarán* mutatis mutandis *a todo procedimiento relacionado con la aclaración, revisión o anulación de un laudo y a la decisión del Tribunal o Comité*»

de arbitraje al que los artículos 49(2), 50 y 51 de la Convención confieren la competencia

a) de decidir los remedios al Laudo de 13 de septiembre de 2016 en ejecución del Laudo firme y definitivo de 8 de mayo de 2008, que condenó a la República de Chile por incumplimiento de su obligación de trato justo y equitativo, y denegación de justicia, a los inversores españoles propietarios de las empresas periodísticas CPP S.A. y EPC Limitada, cuyo 90% de acciones pertenece a la Fundación española «Presidente Allende»,

y, en particular,

b) de tratar la petición de 27 de octubre de 2016 de suspensión provisional del proceso de corrección de errores materiales en el Laudo del 13 de septiembre de 2016, hasta que el Tribunal de arbitraje previsto en el artículo 50 de la Convención pronuncie su Decisión sobre la demanda formulada el 7 de octubre de 2016 de aclaración del Laudo arbitral de 8 de mayo de 2008.

14. El hecho en el origen de la propuesta de recusación ha sido puesto en conocimiento de la Fundación española el 20 de septiembre de 2016, a saber, la declaración de un miembro del Gobierno de Chile desvelando públicamente relaciones *sigilosas* con las Essex Court Chambers de las que son miembros esos dos árbitros.

15. No se trata en la especie de relaciones con un *barrister* aislado como afirma el Sr. Berman el 4 de diciembre de 2016, sino de que esa Oficina ha devenido durante el presente arbitraje la principal referencia de los intereses estratégicos del Estado chileno en Londres, y de que, por ello, éste tiene una influencia objetiva considerable sobre esa oficina de abogados.

16. Desde el 20 de septiembre de 2016 otros hechos que suponen más graves peligros para la integridad del procedimiento de arbitraje están siendo puestos en conocimiento de la Fundación española; un resumen muy abreviado será hecho en la Sección II.

17. Los dos árbitros y el Estado Demandado convergen objetivamente en su rechazo a aceptar la invitación que les ha sido formulada el 13 de octubre de 2016 – en base al articulo 14(1) de la Convención[6], la Regla de arbitraje 6(2)[7] y los Principios aplicables de la *International Bar Association* (en lo sucesivo "de la IBA") sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional[8] - de que revelen las relaciones que la parte Demandada, o un organismo dependiente de ella, mantiene con miembros de Essex Court Chambers, en particular

---

[6] Artículo 14(1): "*Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros.*"

[7] Regla 6(2) : « *"Adjunto una declaración sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad de juicio. Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento".».*

[8] Accesibles en http://bit.ly/2i2MQCW

1. *si el Estado de Chile o un organismo dependiente de él, es un cliente actual o anterior de miembros de las Essex Court Chambers, y en qué fechas,*
2. *si la República de Chile o un organismo dependiente de ella, es un cliente regular u ocasional de miembros de las Essex Court Chambers, y en qué fechas,*
3. *el número de millones de dólares que la República de Chile o un organismo dependiente de ella habría pagado a miembros y personas relacionadas con las Essex Court Chambers hasta el 13 de septiembre 2016, y las fechas de los pagos correspondientes – en particular a partir de las fechas en que los dos árbitros fueron nombrados en el actual Tribunal arbitral,*
4. *Los montos financieros comprometidos por la República de Chile, o por un organismo dependiente de ella, para un periodo venidero con miembros de estas Oficinas, y las fechas de los acuerdos correspondientes,*
5. *Si los servicios que la República de Chile, o un organismo dependiente de ella, reciben de miembros pertenecientes a las Essex Court Chambers consisten en consejos estratégicos o transacciones específicas,*
6. *Si los trabajos de miembros de las Essex Court Chambers para la República de Chile, o un organismo dependiente de ella, se realizan en lugares donde los dos árbitros en el presente procedimiento están instalados o en otros lugares, y desde qué fechas,*
7. *Si los miembros de las Essex Court Chambers han establecido un* ethical screen *o un* Chinese Wall *como escudo entre dichos dos árbitros y los otros trabajos, y en qué fechas,*
8. *Cuáles son los miembros, asistentes u otras personas de las dichos Chambers que reciben instrucciones, financiamientos o que estarían involucrados, de cualquier manera, que sea, directa o indirectamente, con la República de Chile o con un organismo dependiente de ella,*
9. *Si, en el curso de los tres últimos años miembros de los Essex Court Chambers actuaron para la República de Chile, o un organismo dependiente de ella, en asuntos sin relación con el presente arbitraje sin que los dos árbitros hayan participado personalmente,*
10. *Si una law firm-Chamber o un experto que compartiera honorarios significativos u otros ingresos con miembros de las Essex Court Chambers presta servicios a la República de Chile, o a un organismo dependiente de ella, y desde que fechas,*
11. *Si una law firm-Chamber asociada o en alianza con miembros de las Essex Court Chambers, pero que no compartirían honorarios significativos u otros ingresos de miembros de las Essex Court Chambers, presta servicios a la República de Chile o a un organismo dependiente de ella, y en qué fechas.*

La finalidad de la full disclosure *solicitada es informar a las partes Demandantes (y al Centro) de una situación que pueden desear analizar más en profundidad a fin de determinar si, objetivamente (por lo tanto, desde el punto de vista de un tercero que razonablemente tenga pleno conocimiento de los hechos en la especie), existen dudas legítimas en cuanto a la imparcialidad e independencia de los árbitros. Como afirma la Nota explicativa a la Regla General nº 1 de los Principios de la IBA sobre los conflictos de interés en el arbitraje internacional*[9] *:*

A fundamental principle underlying these Guidelines is that each arbitrator must be impartial and independent of the parties at the time he or she accepts an appointment to act as arbitrator, and must remain so during the entire course of the arbitration proceeding, including the time period for the correction or interpretation of a final award under the relevant rules (...)."

18. Los dos árbitros tampoco han aceptado la petición formulada el 10 de noviembre de 2016 de llevar a cabo una investigación razonable sobre las cuestiones de un aparente conflicto de intereses que plantea la carta de los Demandantes del 13 de octubre de 2016, y de revelar plenamente su resultado al Tribunal, al Centro y a todas las partes.

19. Han rechazado igualmente la invitación a presentar su dimisión voluntaria a la Sra. Secretaria General del CIADI en el caso de que, por razones de confidencialidad u otras, los Sres. árbitros no se consideraran capaces de llevar a cabo esa investigación y/o a la *full disclosure* de la información solicitada.

20. Desde que la Sra. Secretaria General del CIADI les hubo comunicado la propuesta razonada de recusación del 22 de noviembre de 2016, los dos árbitros y el Estado

[9] International Bar Association, accesibles en http://bit.ly/2i2MQCW

Demandado convergen objetivamente en negarse a desvelar las relaciones que la parte Demandada, o un organismo dependiente de ella, mantiene con miembros de las Essex Court Chambers.

21. Sólo después de la comunicación de la demanda de recusación el Estado de Chile ha respondido, el 16 de diciembre de 2016. Pero ha omitido a sabiendas las conexiones entre, de una parte, miembros de las Essex Court Chambers y, de otra parte, altos funcionarios del Estado Chileno como los Señores José Miguel Insulza y Alberto Van Kleveren, o empresas asociadas a la primera empresa exportadora de cobre del mundo, perteneciente al Estado de Chile, como mostraremos más adelante.

***

II. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA ESPECIE Y SU CONTEXTO DE CONJUNTO JUSTIFICAN LA EXIGENCIA DE POSICIONES GARANTES DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA IMPECABLES DE LOS ARBITROS

La subordinación de algunos árbitros por la República de Chile en el presente procedimiento de arbitraje

22. Al mismo tiempo que el Estado de Chile practicaba el fraude contra el Gobierno de Su Majestad y la administración de justicia en un asunto donde la Fundación española Presidente Allende era la Demandante (lo que describiremos en la Sección V), desde la constitución del Tribunal de arbitraje en 1998 el Estado Demandado ha puesto en práctica un sistema para colocarlo bajo su influencia, sabotear y/o prolongar el procedimiento de arbitraje y aumentar su coste. He aquí un breve resumen:

- **El 29 de julio de 1998**, la representación de la República de Chile ha designado árbitro al «*distinguido jurista mexicano Don Jorge Witker Velásquez*», silenciando que éste era chileno *iure soli* y *iure sanguinis*. [10] Obligado a dimitir, es la **primera crisis del procedimiento de arbitraje**.

- **El 18 de noviembre de 1998**, la representación de Chile ha nombrado árbitro al Sr. Galo Leoro-Franco, Gran Cruz de la Orden de Bernardo O'Higgins, la más alta condecoración de la República de Chile. [11]

- **El 30 de noviembre de 1998**, el Ministro chileno de Economía ha dirigido una carta al Sr. Secretario General del CIADI en la que ataca al Centro por haber registrado la **Demanda de arbitraje**. [12]

---

[10] Doc. nº 13, *Brève synthèse raisonnée de la méthode mise en œuvre par la représentation du Chile afin de faire échec à l'arbitrage : placer le Tribunal sous influence, prolonger la procédure et maximiser les coûts*, de 27 de junio de 2014, accesible en http://bit.ly/2hvNqdp , p. 4.13.1.7

[11] Ver la carta del agente de Chile dirigida al Centro el 18 de noviembre de 1998

[12] Doc. nº 14, accesible en http://bit.ly/2hkMpTP, que figura como documento anexo a la Memoria inicial de los Demandantes del 17 de marzo de 1999, §4.13.1.10, aquí anexa como Doc. nº 15, accesible en http://bit.ly/2hkMpTP

- **El 2 de febrero de 1999**, en ocasión del acto de constitución del Tribunal, el representante de Chile ha reconocido que antes del 20 de abril de 1998 (fecha de registro de la Demanda), el Ministro de Economía de Chile se había desplazado en persona al CIADI para insistir en que la Demanda interpuesta el 6 de noviembre de 1997 no fuera registrada. [13]

- **El 2 de febrero de 1999**, igualmente, la representación de la República de Chile ha entregado en mano al Tribunal de arbitraje una copia de la carta del Ministro chileno de Economía del 30 de noviembre de 1998 y dirigida al Sr. Secretario General del CIADI. [14]

- **El 13 de marzo de 2001**, el Presidente del Tribunal de arbitraje nombrado por el Centro, el juez Sr. Rezek, renuncia[15] al día siguiente de que los Demandantes comunicaran al Centro las muy graves infracciones de las reglas de procedimiento que había cometido[16]. Segunda crisis grave del procedimiento de arbitraje.

- **El 2 de abril de 2001**, el representante de Chile solicita al Tribunal de arbitraje que le comunique los detalles de una reunión a puerta cerrada del Tribunal, las opiniones emitidas en la misma, el acta, el registro de ésta, las notas tomadas durante la reunión o, alternativamente, que cada uno de los árbitros comunique a Chile *«una relación precisa y detallada de lo que ha sido discutido y decidido durante esa reunión o esas reuniones, todo ello certificado por el Señor Secretario del Tribunal… »*.[17], a la sazón D. Gonzalo Flores, de nacionalidad chilena, a cuya esposa el Gobierno chileno beneficiaba con una suvención para estudios según supieron después los Demandantes.

- **El 21 de agosto de 2002**[18], la Cámara de Diputados de Chile celebró una sesión especial sobre el presente procedimiento de arbitraje. Los partidos gubernamentales aprueban una moción solicitando que la República de Chile no respete una eventual decisión del Tribunal de arbitraje favorable a los inversores españoles.

- **El 24 de agosto de 2005**, la representación de la República de Chile solicita la recusación de la totalidad del Tribunal de arbitraje después de que éste haya dado a conocer a las partes por intermediación del Centro, el 27 de junio de 2005, que tenía redactado un proyecto de Laudo[19]. Los miembros del Tribunal de arbitraje tenían previsto reunirse a principios de septiembre para finalizar el Laudo.

- **El 26 de agosto de 2005**, el Sr. Leoro Franco, árbitro designado por la República de Chile, dimite alegando que había perdido la confianza de la parte que le había

---

[13] Doc. nº 15, ibid., §4.13.1.11
[14] Doc. nº 14, carta del Ministro chileno de Economía del 30 de noviembre de 1998, figura como documento C-M01f anexo a la Memoria inicial del 17 de marzo de 1998, §4.13.1.10
[15] Doc. nº 16, carta de dimisión del Presidente del Tribunal de arbitraje, D. José Francisco Rezek
[16] Doc. nº 17, carta del 12 de marzo de 2001 de los Demandantes comunicando al Centro el quebrantamiento grave de normas de procedimiento por el Presidente del Tribunal de arbitraje
[17] Carta de Chile de 2 de abril de 2001
[18] Doc. C208 del procedimiento de arbitraje inicial
[19] La recusación del Tribunal por Chile es accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7549.pdf

designado.[20]

- **El 8 de septiembre de 2005**, a petición del Juez Sr. Bedjaoui[21] el Centro informó a los miembros del Tribunal y a las partes Demandantes que una reunión *ex parte* tuvo lugar el 2 de septiembre de 2005[22] en Washington D.C. entre, de una parte, el Secretario General del Centro y, de otra parte, el Ministro de Economía de Chile–en su calidad de enviado personal del Presidente de Chile-, el embajador de Chile en los EE.UU., y otros miembros de una delegación chilena que solicitó derrocar de inmediato al Tribunal de arbitraje legalmente constituido.[23]

  El Sr. Jorge Carey, representante personal del Presidente de Chile en la presente fase del arbitraje, ha participado igualmente en esta reunión *ex parte,* a la que siguió la destitución del Juez Sr. Bedjaoui, ex Presidente del Tribunal International de Justicia, por Mr. Paul Wolfowitz[24], Presidente entonces del Consejo Administrativo del CIADI, sin ninguna motivación (plegándose por tanto a una interferencia política en el procedimiento[25] que es ontológicamente contraria a la razón de ser y a la finalidad de la Convención de despolitizar la solución de las diferencias en materia de inversiones extranjeras). **Tercera crisis grave del procedimiento de arbitraje**

  Estas maniobras de Chile han sido incorporadas en el Laudo arbitral del 8 de mayo de 2008[26] que condena a Chile por incumplimiento de un trato justo y equitativo, incluyendo la denegación de justicia, condena que la Decisión del Comité *ad hoc* del 18 de diciembre de 2012[27] ha confirmado y declarado *res iudicata.*

  Conforme a la Regla de arbitraje 11(2)(a)[28], entre el 26 de marzo de 2006 y 2013 Chile no ha podido nombrar a un árbitro al no ser aceptada la dimisión del Sr. Leoro Franco por el Tribunal de arbitraje el 25 de abril de 2006.[29]

- **El 14 de octubre de 2013** el Estado de Chile nombra árbitro al Sr. Alexis Mourre en el procedimiento de nueva presentación de la demanda, y el **6 de**

---

[20] Documento accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7550.pdf
[21] Doc. nº 18, el Juez Sr. Bedjaoui pide el 7-10-2005 al Sr. Secretario General del CIADI informaciones acerca del contenido de la réunion *ex parte* sostenida con una alta delegación de la República de Chile el 2-09-2005, accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7554.pdf
[22] Doc. nº 19, el Secretario General del CIADI comunica el 8-09-2005 su reunión *ex parte* del 2-09-2005 con la alta delegación de Chile, accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7584.pdf
[23] Doc. nº 20, respuesta del Secretario General del CIADI el 2-12-2005 a la carta del juez Sr. Bedjaoui de 7-10-2005, accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7557.pdf
[24] Doc. 21, el Sr. Paul Wolfowitz acepta el 21-02-2006, sin motivación, la recusación del Juez Bedjaoui por Chile
[25] La décision del Sr. Paul Wolfowitz y algunas de las maniobras del Estado de Chile para derrocar al Tribunal de arbitraje a partir de agosto de 2005 son accesibles en http://www.italaw.com/cases/829
[26] Laudo arbitral del 8 de mayo de 2008 pronunciado por los Sres. Pierre Lalive, Mohammed Chemloul y Emmanuel Gaillard, pp. 729, 34-37, accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf
[27] Décision del Comité *ad hoc* del 18 de diciembre de 2012 pronunciada por los Sres. L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri, accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf
[28] Regla de arbitraje 11(2)(a): *«el Presidente del Consejo Administrativo nombrará una persona de entre la Lista de Arbitros: (a) para llenar una vacante producida por la renuncia, sin el consentimiento del Tribunal, de un árbitro nombrado por una de las partes.*"
[29] Doc. 22, Decisión del Tribunal de arbitraje de 25 de abril de 2006 que no acepta la dimisión del árbitro nombrado por Chile

enero de 2014 el Estado de Chile recusa[30] al árbitro nombrado por los Demandantes, el Profesor Philippe Sands, quien dimite voluntariamente « *to allow these proceedings to continue without the distraction posed by my involvement (...) in the interest of the parties and the ICSID system* ».[31] Cuarta crisis grave del procedimiento de arbitraje.

***

Ni los Sres. árbitros ni la parte Demandada han revelado al Centro y a los Demandantes que miembros de las Essex Court Chambers son remunerados por inversores asociados a empresas propiedad del Estado de Chile

23. Informaciones llegadas a los Demandantes a partir de octubre de 2016 han puesto en su conocimiento que las Essex Court Chambers ofrecen igualmente asistencia remunerada a empresas asociadas a organismos del Estado de Chile como la empresa cuprífera CODELCO, asociada a Coromine Ltd., ésta perteneciente a la *« FTSE 10 mining company Anglo American Plc ('Anglo')»*, cuya defensa ha sido confiada por Ince & Co a miembros de las referidas Chambers, los Sres. Simon Bryan y Stephen Houseman QC[32], en relación con el caso *Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi*, con sede en Chile[33] y copropiedad de *Anglo-American*, cuyo objeto era un contrato de seguro por un monto de « *$1,180.304 million*».

24. CODELCO, la más grande empresa de producción y exportación de cobre del mundo, es propiedad al 100% del Estado de Chile.

**

Los dos árbitros y la parte Demandada han incumplido su obligación de informar al Centro y a las otras partes que agentes oficiales de la República de Chile, como los **Sres. Kleveren e Insulza**, hacían gestiones ante miembros de las Essex Court Chambers *lite pendente*

25. En las circunstancias del caso, la Regla imperativa de arbitraje nº 6 (2) del CIADI – que no hace distingos con los *barristers' chambers*- al igual que los Principios Generales 6(a) y 7(a) de la IBA, cuyo comentario hace referencia explícita a aquellos- en las circunstancias de especie obligaban a ambos árbitros y al Estado de Chile a revelar las relaciones existentes entre esas Chambers, la Republica de Chile y los organismos que dependen de éste:

(6) Relationships (...) General Standard 6(a) uses the term 'involve' rather than

---

[30] Doc. nº 23, el Estado de Chile recusa al Prof. Philippe Sands
[31] Doc. nº 24, carta de dimisión del Prof. Philippe Sands el 10 de enero de 2014, accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3045.pdf
[32] Doc. 25, intervención de los *barristers* de las Essex Court Chambers Sres. Simon Bryan QC ySтephen Houseman QC en el caso *Coromin Ltd v AXA Re & Ors,* Court of Appeal - Commercial Court, November 30, 2007, [2007] EWHC 2818 (Comm), en el que "*Coromin claims an indemnity arising out of an incident which occurred on 31 March 2005 at a copper mining and processing facility ("the Concentrator Plant") in Northern Chile which forms part of the fourth largest copper mine in the world, and which is owned and operated by the original insured, Compania Minera Dona Inés de Collahuasi ("Collahuasi"). Collahuasi was and remains owned as to 44% by Anglo*", sentencia, §2, accesible en http://bit.ly/2jmArrH
[33] Ver el sitio http://www.collahuasi.cl/es/

'acting for' because the relevant connections with a party may include activities other than representation on a legal matter. Although barristers' chambers should not be equated with law firms for the purposes of conflicts, and no general standard is proffered for barristers' chambers, disclosure may be warranted in view of the relationships among barristers, parties or counsel

(7) Duty of the Parties and the Arbitrator. (a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity.[34]

26. Entre las informaciones que los Demandantes reciben a partir de octubre de 2016 figura

- que el **Sr. Lawrence Collins**, abogado de Chile en el asunto indicado en la Sección V *infra*, es desde 2012 *arbitrator membre* de las Essex Court Chambers,

- que mientras el presente arbitraje seguía su curso aquellas devenían el apoyo principal en Gran Bretaña de la República de Chile, y de organismos que dependen de ésta,

- quienes remuneran a los miembros de aquellas en asuntos de importancia estratégica,

- como los referidos a la integridad de las fronteras marítimas y terrestres del Norte de Chile, en procesos formalmente iniciados ante la Corte Internacional de Justicia en enero de 2008[35], abril de 2013[36] y junio de 2016[37], y

- que prosiguen hoy:

"Both sides [Chile and Peru] surrounded themselves by legal teams that included former diplomats and ambassadors (Gabriel Gaspar and Alberto Van Klaveren in the Chilean camp (…) ***British lawyer Christopher Greenwood was hired by the Chilean team (…) Essex Court Chambers (…) were consulted by Chile****"* (énfasis añadido), ha escrito Arturo C. Sotomayor en American Crossings. Border Politics in the Western Hemisphere.[38]

27. Según informaciones recientemente recibidas por los Demandantes, resulta

a) que el Sr. Alberto **van Kleveren**, el abogado de Chile en Londres cuando tuvo lugar el fraude contra el Gobierno de Su Majestad y la administración de Justicia en 1999 y 2000 (*infra* Sección V), ha estado a cargo desde 2005 de relaciones con

[34] Comentario de la IBA al Principio General nº 6(a), y al Principio nº 7(a), respectivamente
[35] Doc. nº 26, C.I.J., caso *Perú c. Chile*, nota informativa del 16 de enero de 2008, en http://bit.ly/2hQKIyN
[36] Doc. nº 27, C.I.J., caso *Bolivia c. Chile,* nota informativa del 24-04-2013, en http://bit.ly/2i5FOOV
[37] Doc. nº 28, C.I.J, caso *Bolivia c. Chile* (2), nota informativa del 06-06-2013, en http://bit.ly/2hQFuTG
[38] Doc. nº 34 bis American Crossings. Border Politics in the Western Hemisphere, por Maiah Jaskoski, Arturo C. Sotomayor, y Harold A. Trinkunas, John Hopkins Univ. Press, 2015, página 57, citando en la Nota 69 el libro de Durán Pastene (Philipp), La Hora de los Halcones: la trastienda del conflicto Chile-Perú en La Haya. Ed. Planeta, 2013, pp. 115–120

abogados de las Essex Court Chambers sin interrupción, en su calidad de Agente, co-Agente o representante de Chile en esta misión. [39]

b) Que el Sr. José Miguel **Insulza** –el Ministro que ha desempeñado un papel central en el fraude cometido en 1999 y 2000 contra la administración de justicia británica, el Gobierno de Su Majestad y la Demandante Fundación española Presidente Allende, fraude que el Ministro Mr. Jack Straw ha confirmado como se verá a continuación-, ha tenido la misión de completar las gestiones sigilosas reveladas por el Gobierno de Chile el 18 de septiembre de 2016[40]. De hecho, está confirmado que en noviembre de 2015 el Sr. Insulza fue formalmente nombrado Agente oficial de la República de Chile y que en esta calidad ha

«*trabajado previamente en forma individual con cada uno de los abogados nacionales e internacionales que preparan la defensa chilena*" [41],

hasta el pronunciamiento del Laudo arbitral del 13 de septiembre de 2016.

***

Dos Jueces del Tribunal Internacional de Justicia, los Sres. Crawford y Greenwood, dos respuestas diferentes, o la influencia de la República de Chile sobre miembros de las Essex Court Chambers

28. El artículo 17 del Estatuto de la C.I.J. dispone:

"*Los miembros de la Corte (…)2. No podrán tampoco participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad. 3. En caso de duda, la Corte decidirá.*"

29. Según el Comentario de Geneviève Guyomar al comparar los Estatutos de la C.I.P.J. y de la C.I.J a este respecto,

«D'après la pratique de la C.I.P.J. (…) il faut tout d'abord que l'intervention du membre de la Cour considérée ait été une intervention active; il faut en outre que cette intervention se soit produite après la naissance du différend soumis à la Cour. (…) Les stipulations adoptées en 1945 apparaissent plus restrictives encore car le mot 'active' a disparu.» [42]

30. Informaciones recibidas a partir de octubre de 2016 llaman la atención de los Demandantes sobre el hecho de que el profesor James Crawford se ha abstenido de integrar la Corte Internacional de Justicia en un asunto en el que la República de Chile es una de las partes [*Bolivia c. Chile*], por haber mantenido relaciones profesionales con

[39] Documentos nos. 29 y 30
[40] Documentos nos. 6 y 7 de la propuesta de recusación del 22 de noviembre de 2016
[41] Doc. nº 31, nota del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile del 25 de enero de 2016, accesible en http://bit.ly/2h6UD1O
[42] Doc. nº 32, Guyomar (G.), Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice adopté le 14 de abril de 1978. Interprétation et pratique. Paris, Ed. Padone, 1983, páginas 184-185

aquella cuando era miembro de las Matrix Chambers de Londres[43], mientras que, por el contrario, el profesor Christopher Greenwood ha rehusado en mayo de 2015 a abstenerse en el mismo asunto cuando es de notoriedad pública que siendo miembro de las Essex Court Chambers fue, entre otras funciones, abogado de Chile desde al menos 2008, no solamente en el asunto *Perú c. Chile* sino también en el asunto *Bolivia c. Chile* como lo indican la nota informativa del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile del 14 de marzo de 2008 y otras publicaciones. [44]

31. En efecto, en 2015 el Juez Sr. Greenwood rehusó tener en cuenta las relaciones que podrían afectarle en el marco del artículo 17 del Estatuto del C.I.J, hasta tal punto son prolongados y profundos los lazos entre la República de Chile, y los organismos que dependen de ella, y las Essex Court Chambers. En 2016 los Sres. árbitros Berman y Veeder han rehusado revelar a la Sra. Secretaria General del CIADI y a las partes Demandantes cualquier cosa sobre las abundantes relaciones que existen entre el Estado Demandado y las Essex Court Chambers.

32. En el presente procedimiento de corrección de errores materiales iniciado el 27 de octubre de 2016 los dos árbitros y el Estado Demandado aparecen, así, objetivamente, unidos en su absoluto rechazo a responder a cualquier cuestión sobre las relaciones recíprocas y determinantes que existen entre la República de Chile y las Essex Court Chambers, a pesar de habérselo comunicado el 13 de octubre de 2016.

33. Ello contrasta con el comportamiento de numerosos árbitros del CIADI que, interpelados ante supuestos conflictos aparentes de intereses, cooperan en someter su neutralidad a tests objetivos, como los practicados en el caso *Aguas de Barcelona* (proximidad, intensidad, dependencia e importancia)[45], o en otros casos citados en la proposición de recusación del 22 de noviembre de 2016 (paginas 15-18, 33-34) [46], y también en los principales sistemas de arbitraje internacional.

34. En el sistema de arbitraje francés, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París ha anulado en 2011 un laudo debido a las relaciones existentes entre la oficina de abogados de la que era miembro el Presidente del Tribunal y una de las partes (proximidad) que pagó honorarios superiores a 110.000 euros (importancia) [47] :

« L'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son

---

[43] Doc. nº 33, nota de *Latin Lawyer*, 1 de octubre 2015, accesible en http://bit.ly/2h6h3QH
[44] Doc. nº 34, nota del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile de 14 de marzo de 2008, accesible en http://bit.ly/2ibhSWl; Doc. nº 34 bis ; Doc. nº 35, comentario de Da. María José Vega publicado el 28 de mayo de 2015 en «24horas.cl", accesible en http://bit.ly/2h2fwIe
[45] Doc. nº 36, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decisión del 12 de mayo de 2008, accesible en http://bit.ly/2gY34sT
[46] Ver, por ejemplo, los tests aplicados en los casos CIADI *Fábrica de Vidrios c. Venezuela,* ICSID Case No. ARB/12/21, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, 28 de marzo de de 2016*; Conoco v. Venezuela,* ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, del 15 de marzo de de 2016 *; Azurix v Argentina I*, Challenge Decision, 25 February 2005*; Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela,* ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction, 22 August 2008, pages 7-9; *Vivendi v. Argentina I*, Challenge Decision, 3 de octubre de 2001; *Lemire v. Ukraine*, Challenge, Decisión de 23 de diciembre de 2008, §§20-22 ; *Suez v. Argentina II*, Challenge Decision, 12 de mayo de 2008; *Hrvatska v. Slovenia*,Tribunal's Ruling, 6 de mayo de 2008, p. 23; o *Rompetrol Group NV v. Romania*, Challenge Decision of Counsel, 14 January 2010
[47] Doc. nº 37, sentencia en el caso *J&P AVAX SA v. Tecnimont Spa*, (12 de febrero de 2009), Rev. d'Arb. (2009), 186 y ss., confirmada por la Cour d'Appel de Paris en 2011

jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale.

Le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre (...), sans que la société défenderesse (...) puisse opposer la taille mondiale du cabinet d'avocats (...).

La révélation du rôle du cabinet dans lequel travaille le président du tribunal arbitral n'a pas été exhaustive dans la déclaration d'indépendance de celui-ci, et les activités non révélées, prises dans leur ensemble, le montant des honoraires versés à ce cabinet au titre de conseil et de représentant de l'une des parties à l'arbitrage (...) établissent l'existence d'un conflit d'intérêts entre le président du tribunal arbitral et cette partie. Par suite, (...), le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ; le moyen d'annulation étant accueilli, il convient d'annuler la sentence. »

Ahora bien, los pagos del Estado de Chile a miembros de las Essex Court Chambers guardan relación con la envergadura estratégica de los asuntos cuya representación han estado y continúan dirigiendo aquellos, según compromisos contractuales por millones de dólares objetivamente no revelados.

35. La sentencia de la Corte de Casación francesa de 15 de diciembre de 2015 ha confirmado la decisión de la Corte de Apelaciones de 14 de abril de 2014 que anuló un laudo debido a que

« [la partie] *AGI invoque un conflit d'intérêts de l'arbitre unique avec l'une des parties qui n'a pas été révélé lors de la constitution du tribunal arbitral. (...)*

"Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ; que la circonstance que le nom de l'arbitre ait été proposé par AGI n'était pas de nature à le dispenser de son obligation d'information à l'égard de cette partie ;

«il ne saurait être raisonnablement exigé, ni que les parties se livrent à un dépouillement systématique des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées, ni qu'elles poursuivent leurs recherches après le début de l'instance arbitrale (...);

« que, d'autre part, à supposer même que le montant des honoraires perçus par le cabinet Fasken Martineau (...) ait été modeste, l'ampleur de la transaction elle-même, le nombre d'avocats mobilisés, ainsi que la publicité que le cabinet a entendu donner à sa contribution manifestaient l'importance qu'il attachait à cette affaire ; qu'il apparaît donc que, contrairement à ce que laissait entendre la déclaration d'indépendance de M. X..., alors que l'instance arbitrale était en cours, trois avocats du cabinet Fasken Martineau prêtaient leur concours à Leucadia dans une opération que le cabinet regardait comme un enjeu de communication ; que de telles circonstances, qui étaient ignorées d'AGI lors de la désignation de M. X..., étaient de nature à faire naître dans l'esprit de cette partie un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; qu'il convient dès lors d'annuler la sentence en raison de l'irrégularité de la

composition du tribunal arbitral ».[48]

Dudas razonables comparables han despertado en el ánimo de las Demandantes la sucesión de informaciones que están recibiendo desde el 20 de septiembre de 2016 sobre las relaciones entre la República de Chile y miembros de las Chambers de las que son miembros los dos árbitros.

36. En el sistema de arbitraje de Suecia, a modo igualmente de ejemplo, en un arbitraje regido por la ley sueca el Tribunal Supremo de Suecia ha tenido en cuenta las reglas de UNCITRAL, las IBA *Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration,* las de la SCC y de la ICC, y ha anulado el laudo porque una de las partes tenía relaciones con la oficina de abogados de la que el Presidente del Tribunal de arbitraje era miembro[49]:

> *A relationship damaging to trust must be deemed to exist even if the arbitrator has not himself had direct client contact with the party, the arbitration activities have been carried out separately from the lawyer activities, or if the arbitration dispute has related to issues other than such as the client assignment normally included, (...) assessment whether circumstances have existed that could shake the trust in J.L.'s impartiality shall, as previously shown, be made on objective grounds and not by concentrating on the risk that J.L. might allow himself to be influenced by the law firm's client relationship with the Ericsson Group in the individual case.*

37. Como se ha indicado en la propuesta de recusación (§§16-26), el tratamiento del conflicto aparente de intereses en derecho inglés no es tan diferente del aplicado en sistema del CIADI, en contra de lo que sostienen los Sres. Berman y Veeder y la República de Chile. Desarrollaremos esta contradicción a continuación.

***

III. LOS ARBITROS SRES. BERMAN Y VEEDER NO HAN SIDO IMPARCIALES DESPUÉS DEL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2016

38. La imparcialidad se define generalmente como *«absence de parti pris, de préjugé et de conflit d'intérêt chez un juge, un arbitre, un expert ou une personne en position analogue par rapport aux parties se présentant devant lui ou par rapport à la question qu'il doit trancher»*[50]. En Gran Bretaña el umbral del deber de imparcialidad lo establece el artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos[51], aplicado de la manera siguiente:

> *30. It is well established in the case-law of the Court that there are two aspects to the*

---

48 Doc. nº 77, Cour de Cassation de Francia, caso *Société Columbus Acquisitions INC y la Société Columbus Holdings France*, sentencia del 16 de diciembre de 2015, accesible en http://bit.ly/2jj3ujr

50 Dictionnaire de Droit International Public, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, p. 570

51 "*ARTÍCULO 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...).*"

requirement of impartiality in Article 6 para. 1 (art. 6-1). First, the tribunal must be subjectively impartial, that is, no member of the tribunal should hold any personal prejudice or bias. Personal impartiality is to be presumed unless there is evidence to the contrary. Secondly, the tribunal must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see, for instance, the Fey v. Austria judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A, p. 12, para. 28). [52]

39. «*L'institution arbitrale vit de la confiance*», dijo el delegado de Brasil en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya (1907), y han recordado los Presidentes del primer Tribunal de arbitraje en el presente arbitraje, el Profesor Pierre Lalive[53] y el Juez José FranciscoRezek[54].

40. El Principio General 3(a) de las IBA Guidelines dispone que el árbitro debe revelar los hechos y las circunstancias que, '*in the eyes of the parties*', plantean dudas respecto de la imparcialidad o la independencia del árbitro.

41. Las respuestas de los Sres. Berman y Veeder después de la declaración del Gobierno chileno puesta en conocimiento de los Demandantes el 20 de septiembre de 2016 han sido evasivas, incompletas, injustificadas o parciales, así como las decisiones tomadas por el Tribunal de arbitraje a partir del 16 de noviembre de 2016, constituyen pruebas objetivas de falta de imparcialidad respecto del derecho de los inversores españoles a un proceso con todas las garantías propias de un procedimiento de arbitraje.

No se justifican las decisiones de los árbitros Sres. Berman y Veeder posteriores al 20 de septiembre de 2016

42. Según el Tribunal del CIADI en el asunto *Suez v. Argentina*,

> *"generally speaking independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties. Thus Webster's Unabridged Dictionary defines 'impartiality' as "freedom from favoritism, not biased in favor of one party more than another."19 Thus it is possible in certain situations for a judge or arbitrator to be independent of the parties but not impartial".* [55]

43. Los hechos alegados en la respetuosa propuesta de recusación están confirmados en las de pruebas objetivas desarrolladas o unidas a nuestras comunicaciones desde el 22 de octubre de 2016 y en la de hoy. Se cumplen, así, las condiciones que para justificar una propuesta de recusación requiere el artículo 57 de la Convención del CIADI en relación con la Regla de arbitraje nº 6(2) en virtud de la cual los dos árbitros han firmado el 13 y el 31 de enero de 2014 esta declaración

---

[52] Doc. nº 39, CEDH, In the case of *Pullar v. United Kingdom*, Sentencia del 10-06-1996, Reports 1996-III, p. 792, §30, accesible en http://bit.ly/2hPjOqB

[53] Doc. nº 40, Lalive (Pierre), en *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. I, t. 120, 1967, p. 578

[54] Doc. nº 16, Carta de dimisión del Presidente del Tribunal de arbitraje, Sr. José Francisco Rezek, el 13 de marzo de 2001, páginas 1-2

[55] Doc. nº 41, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal (22 de octubre de 2007), §29

« "sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad de juicio. Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento". »

44. Conforme al artículo nº 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificado por España, Chile y el Reino Unido, el artículo 14(1) de la Convención del CIADI y la Regla 6(2) deben ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Y, como afirma la C.I.J., «*chaque fois que possible, les mots doivent être interprétés de manière à avoir un effet utile*»[56].
Las respuestas objetivamente coincidentes de los Sres. árbitros y del Estado Demandado en diciembre de 2016 en el presente caso han privado de efecto útil a la Regla 6(2) en relación con el artículo 14(1).

45. En un estudio publicado en 2016 el profesor James Crawford argumenta que

« The standard of disclosure of potential conflicts of interest in Rule 6(2) appears to be concerned not only with manifest cases of lack of independence—or more strictly, of reliability—but ***also with situations that might give rise to serious, reasonable reservations about an arbitrator's ability to act independently. (…) The disqualification of arbitrators can be compared with how tribunals have dealt with the exclusion of a particular counsel*** [57] (énfasis añadido).

En consecuencia, prosigue el profesor Crawford, los árbitros deben estar sometidos al mismo test que los abogados como ha hecho el Tribunal del CIADI *Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia*[58] en un conflicto de intereses aparente entre miembros de las Essex Court Chambers (el Presidente del Tribunal y el abogado de una parte), a fin de

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

El profesor Crawford agrega :

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

---

[56] Doc. nº 42, CIJ, *Affaire Relative à l'application de la Convention Internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie),* sentencia de 1 de abril de 2011, §134, accesible en http://www.ici-cij.org/docket/files/140/16398.pdf

[57] Doc. nº 43, Crawford (James*), Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration*, Oxford Scholarship Online, enero de 2016, págs. 7-8

[58] Doc. nº 44, *Hrvatska Elektroprivreda DD v The Republic of Slovenia*, ICSID Case No ARB/05/24, Order Concerning the Participation of a Counsel (6 de mayo de 2008), §30 (David A.R. Williams QC, Charles N. Brower, Jan Paulsson), y en el §32: "*The Tribunal's conclusion about the substantial risk of a justifiable apprehension of partiality leads to a stark choice: either the President's resignation (…) or directions that [the challenged counsel] cease to participate in the proceedings*", accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf

Las circunstancias que concurren en el presente caso desde el 20 de septiembre de 2016 aparentan ciertamente *impropriety*, y, además, hacen también dudar a las Demandantes de la imparcialidad de los Sres. árbitros.

46. Recordamos que la conclusión de alcance general del Tribunal *Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia* respecto de las Essex Court Chambers parte de la premisa, que el Tribunal aceptó, de que en el sistema CIADI los *barristers' chambers should be treated in the same way as law firms*:

> "*While the peculiar nature of the constitution of barristers' chambers is well recognised and generally accepted in England by the legal profession and by the courts, it is acknowledged by the Working Group that, to many who are not familiar with the workings of the English Bar, particularly in light of the content of the promotional material which many chambers now disseminate, there is an understandable perception that barristers' chambers should be treated in the same way as law firms:*
>
> *For an international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies (...)*[59] (subrayado añadido).

47. La doctrina del Tribunal del caso *Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia* y las consecuencias lógicas que de ella extrae el profesor Crawford son pertinentes y plenamente aplicables al caso de especie, habida cuenta del comportamiento de los árbitros y del Estado Demandado desde que el 20 de septiembre de 2016 los Demandantes hubieran sido alertados sobre el aparente conflicto de intereses, comportamiento que aparece objetivamente concordante con el hecho de

a) negar, silenciar o pretender ignorar que han omitido comunicar al Centro y a los Demandantes las considerables relaciones existentes entre el Estado Demandado y miembros de Essex Court Chambers que reciben instrucciones del Estado chileno o de un organismo que le pertenece, así como la envergadura de las retribuciones financieras que han percibido, y continúan percibiendo, de la República de Chile mientras está en curso el presente arbitraje,

b) tratar de encubrir esta opacidad absoluta con las respuestas dirigidas a la Sra. Secretaria General en diciembre de 2016, sesgadas como se verá más adelante.

Las respuestas a la Sra. Secretaria General del CIADI de los dos árbitros son evasivas

48. A la solicitud de información sobre la envergadura y la profundidad de las relaciones entre el Estado de Chile y las Essex Court Chambers el árbitro Sr. Berman responde el 17 de octubre de 2016:

[59] Ibid., §§19 y 23

an English barristers ' chambers is not a law firm (…) I would not therefore in any case be able to answer your questions, as the governing rules impose on each barrister the strictest confidence over the affairs of his clients, so that it would be prohibited for me to make enquiries of fellow members of chambers about the work undertaken by them. I hope that it is not necessary for me to add that at no stage during the resubmission proceedings have I had any discussion of any kind about the case other than with my co-arbitrators, the Secretary to the Resubmission Tribunal, and Dr Gleider Hernandez, the Tribunal's assistant[60];

y el árbitro Sr. Veeder de la misma forma:

« Étant donné que tous les barristers de Essex Court Chambers (comme d'autres chambers en Angleterre et au Pays de Galles) exercent à titre individuel et ne constituent donc pas une «law firm », un «partnership » ou une « company », je regrette de ne pas être en mesure de vous répondre. D'après le Code of Conduct du Bar Standards Board, chaque barrister est independant et « must keep the affairs of each client confidential » (Core Duty 6). En bref, ces informations confidentielles, quelles qu'elles soient, ne peuvent être ni ne sont connues de moi » [61] ;

y ocho horas después el Estado de Chile coincide una vez más plenamente con los dos árbitros:

> [claimants'] *letter reflects a misunderstanding of the nature of barristers' chambers in the UK.*[62]

49. En conocimiento de que el 16 de diciembre de 2016 era la fecha límite fijada por la Secretaría del CIADI para recibir la respuesta de Chile a la propuesta de recusación, y el 23 de diciembre la fijada para que los árbitros, conociendo las alegaciones de todas las partes, comunicaran al Centro sus propias observaciones, éstos últimos invirtieron el orden establecido y anticiparon sus respuestas al 4 (el Sr. Berman) y 11 de diciembre (el Sr. Veeder) [63], con lo que se crearon a ellos mismos el medio de evitar tener conocimiento y, por lo tanto, no tener que hacer observaciones a cualquier información que el 16 de diciembre[64] pudiera añadir, u omitir, el Estado de Chile a la desvelada por su Gobierno el 18 de septiembre de 2016 sobre sus relaciones con las Essex Court Chambers.

50. En efecto, esta anticipación de los árbitros ha ayudado al Sr. Veeder en su correo electrónico al Centro del 11 de diciembre de 2016 a mantener silencio absoluto sobre lo que el 22 de noviembre de 2016 le ha sido comunicado (de la misma forma que al Sr. Berman) –a saber, la declaración pública del Gobierno de Chile del 18 de septiembre sobre gestiones sigilosas en las Essex Court Chambers incluso cuando los Sres. **Insulza** y **Kleveren** eran agentes de Chile[65]- que Chile no podía sino confirmar el 16 de diciembre; y ha servido también a poner menos de manifiesto que la respuesta del 4 de diciembre del Sr. Berman se abstiene de toda referencia a las consecuencias de esa declaración pública del 18 de septiembre de 2016 sobre el hecho de que ambos árbitros se sientan en el Tribunal que deberá, en el futuro, decidir acerca de los remedios

---

[60] Doc. nº 45, respuesta de Sir Franklin Berman el 4 de diciembre de 2016 a la propuesta de recusación
[61] Doc. nº 46, respuesta del Sr. V. V. Veeder el 11 de diciembre de 2016 a la propuesta de recusación
[62] Doc. nº 47, declaración de un abogado de Chile publicada en *Global Arbitration Review* el 25 de octubre de 2016, página 4_
[63] Documentos nos. 45 y 46, respuestas dirigidas al CIADI por los Sres. Berman y Veeder el 11 y 4 de diciembre de 2016, respectivamente, comunicadas por el Centro a las partes el 13 de diciembre siguiente
[64] Doc. nº 48, comunicación del Estado Demandado al Centro el 16 de diciembre de 2016
[65] Docs. nos. 29, 30, 31 y §27 *supra*

establecidos en los artículos de la Convención del CIADI nos. 49(2) (rectificación de errores), 50 y 51 (interpretación y revisión) respectivamente,del Laudo pronunciado por los Sres. Berman y Veeder el 13 de septiembre de 2016.[66]

51. Habiendo propuesto también los Demandantes el 27 de octubre, 10 y 22 de noviembre de 2016[67] la dimisión en el caso de que los dos árbitros se consideren vinculados por un deber de confidencialidad de sus *chambers*, lo que les evitaba responder a la propuesta de recusación, es evidente y claro que el Estado de Chile daba por descontado el 2 de diciembre que los árbitros no dimitirían sino que responderían[68] Y acertó, lo hicieron el 4 y 11 de diciembre de 2016 de la manera que será expuesta a continuación.

***

La respuesta de los dos árbitros es también sesgada según los standares del derecho inglés

52. Como afirmaba Lord Bingham en la sentencia *Lawal* de la House of Lords del 19 de junio de 2003:

> "*What the public was content to accept many years ago, is not necessarily acceptable in the world of today. The indispensable requirement of public confidence in the administration of justice requires higher standards today than was the case even a decade or two ago.*" [69]

53. Ahora bien, levantar como escudo el derecho inglés para rehusar llevar a cabo una investigación razonable sobre las relaciones entre sus *chambers* y el Estado Demandado y revelar el resultado al CIADI y a las partes es, en el presente caso, tratándose de dos abogados tan experimentados como los Sres. Berman y Veeder, de por sí ya notablemente sesgado.

54. Para empezar, es el propio *General Council of the Bar* inglés quien, al reenviar a las reglas específicas que regulan cada arbitraje, afirma la preeminencia de las reglas del CIADI en el caso presente:

> *The principal concern of the Bar Council is with the position of the barrister acting as an advocate (...) The position of the barrister acting as arbitrator will be no different from the position of any other individual acting as an arbitrator, and is likely* ***to be governed by the rules (legal and contractual) which govern the type of arbitration in question***[70]. (Subrayado añadido).

55. No es, en efecto, razonable imaginar que estos dos eminentes *barristers* ignoran que ese escudo no puede ser levantado del modo absoluto que ellos han hecho cuando, como es el caso de especie, se trata de un *barrister*/arbitre, como lo atestigua, entre otras, la sentencia de la High Court of England and Wales del 2 de marzo de 2016 que

---

[66] Doc. nº 45
[67] Ver la propuesta de recusación del 22 de noviembre de 2016, §§1, 65 y ss, doc. nº 49
[68] Doc. nº 48, carta del Estado de Chile al Centro
[69] Doc. nº 50, House of Lords, Appellate Committee, *Lawal (Appellant) V. Northern Spirit Limited on Thursday*, Judgment, 19 June 2003, [2003] UKHL 35, §22, accesible en http://bit.ly/2h0JIZj
[70] *Information Note regarding barristers in international arbitration*, §4(1), del 6 de julio de 2015, doc. nº 22 anexo a la propuesta de recusación del 22-11-2016, consultada el 6 de enero de 2017 en http://bit.ly/1JUpt13

se apoya explícitamente en la explicación al Principio General nº 6 de la IBA:

> *Although barristers' chambers should not be equated with law firms for the purposes of conflicts, and no general standard is proffered for barristers' chambers,* ***disclosure may be warranted in view of the relationships among barristers, parties or counsel.***[71] (Subrayado añadido).

56. Evocamos muy sucintamente el derecho inglés en la materia.

El derecho inglés aplica el test del sesgo judicial también al sesgo arbitral

57. En efecto, el *common law test* de parcialidad encuentra su expresión en la sección 24 de la *English Arbitration Act 1996,* que se refiere al poder que tiene un tribunal de Justicia de apartar a un árbitro:

> ***"(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds: (a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality…"***[72]

58. Los términos *justifiable doubts as to his impartiality* son interpretados y aplicados en caso de sesgo aparente en los términos que describe la más alta magistratura de Inglaterra, como Lord Bingham, Lord Hoppe y Lord Goff:

> ***the expression is not a happy one, since "bias" suggests malignity or overt partiality, which is rarely present. What disqualifies the judge is the presence of some factor which could prevent the bringing of an objective judgment to bear, which could distort the judge's judgment.*** [73]

59. En derecho inglés el test de sesgo arbitral es el mismo que para el sesgo judicial, y en consecuencia la jurisprudencia y la doctrina relativas al sesgo judicial aparente son aplicables al arbitraje. Lord Hoppe :

> ***I respectfully suggest that your Lordships should now approve the modest adjustment of the test in R v Gough set out in that paragraph. It expresses in clear and simple language a test which is in harmony with the objective test which the Strasbourg court applies when it is considering whether the circumstances give rise to a reasonable apprehension of bias. It removes any possible conflict with the test which is now applied in most Commonwealth countries and in Scotland. I would however delete from it the reference to "a real danger". Those words no longer serve a useful purpose here, and they are not used in the jurisprudence of the Strasbourg court. The question is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased***[74] (subrayado añadido);

> ***"The observer who is fair-minded is the sort of person who always reserves judgment on every point until she has seen and fully understood both sides of the argument. She is not unduly sensitive or suspicious…But she is not complacent either. She knows that fairness requires that a judge must be, and must be seen to be, unbiased. She knows that judges, like anybody else, have their weaknesses. She will not shrink from the conclusion, if it can be justified objectively, that things that they have said or done or associations that they have***

[71] Doc. nº 20 de la propuesta de recusación (§§17-26), sentencia de la High Court of England and Wales del 2 de marzo de 2016
[72] Doc. nº 54, *English Arbitration Act 1996,* Artículo 24, accesible en http://bit.ly/2i2JVuI
[73] Doc. nº 55, *Davidson v Scottish Minister* [2004] UKHL 34, §6, accesible en http://bit.ly/2hz5Upk
[74] Doc. nº 56, *Porter v Magill* [2001] UKHL 67 (13th December, 2001) por Lord Hope, en [103], accesible en http://bit.ly/2iakww8

formed may make it difficult for them to judge the case before them impartially". [75]

"…before she takes a balanced approach to any information she is given, she will take the trouble to inform herself on all matters that are relevant. She is the sort of person who takes the trouble to read the text of an article as well as the headlines. She is able to put whatever she has read or seen into its overall social, political or geographical context. She is fair minded, so she will appreciate that the context forms an important part of the material which she must consider before passing judgment." [76] (Subrayado añadido).

60. En derecho inglés el *barrister*/árbitro debe por lo tanto someterse a los mismos tests que el juez. Lord Goff :

I wish to add that in cases concerned with allegations of bias on the part of an arbitrator, the test adopted, (…) has been whether the circumstances were such that a reasonable man would think that there was a real likelihood that the arbitrator would not fairly determine the issue on the basis of the evidence and arguments adduced before him (…) I think it possible, and desirable, that the same test should be applicable in all cases of apparent bias, whether concerned with justices or members of other inferior tribunals, or with jurors, or with arbitrators. (…) for the avoidance of doubt, I prefer to state the test in terms of real danger rather than real likelihood, to ensure that the court is thinking in terms of possibility rather than probability of bias. Accordingly, having ascertained the relevant circumstances, the court should ask itself whether, having regard to those circumstances, there was a real danger of bias on the part of the relevant member of the tribunal in question, in the sense that he might unfairly regard (or have unfairly regarded) with favour, or disfavour, the case of a party to the issue under consideration by him… " [77] (subrayado añadido).

61. La sentencia del 17 noviembre de 1999 en el caso *LOCABAIL (U.K.) LTD* tiene sin duda en cuenta la obligación de *disclosure* en principio diferente de las oficinas de *sollicitors* y de *barristers*, pero el Tribunal formula sin embargo conclusiones de carácter general que son igualmente aplicables a los *barristers*/árbitros.

En primer lugar, porque el Tribunal considera que el deber de *disclosure* de un juez podría aplicarse en el caso de un *barrister/judge* según las circunstancias

16(E): The most effective protection of the right is in practice afforded by a rule which provides for the disqualification of a judge, and the setting aside of a decision, if on examination of all the relevant circumstances the court concludes that there was a real danger (or possibility) of bias.

20: When in the course of a trial properly embarked upon some such association comes to light ***as could equally happen with a barrister-judge****), the association should be disclosed and addressed, bearing in mind the test laid down in Reg. v. Gough. (...) In any case giving rise to automatic disqualification on the authority of the Dimes case, 3 H.L.Cas. 759 and Ex parte Pinochet (No. 2)*[78] *[2000] 1 A.C. 119, the judge should recuse himself from the case before any objection is raised.*52(A): Lord Denning M.R. in Metropolitan Properties Co. (F G. C.) Ltd. v. Lannon [1969] 1

El razonamiento de alcance general de esta Sentencia de la High Court of England and Wales merece ser reproducido:

---

[75] Doc. nº 57, *Helow v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 62, por Lord Hope, §2, accesible en http://bit.ly/2i0vlkL

[76] Ibid, §3

[77] Doc. nº 58, *Regina v. Gough* [1993] House of Lords, AC 646, págs. 669- 670, por Lord Goff of Chieveley

[78] Doc. nº 78, Judgment *in re* Pinochet, 15 de enero de 1999

55 (H). If a judge with limited knowledge of some indirect connection between himself and the case does not make any further inquiries, there may be some risk, an outside chance, that inquiries, if made, would reveal some disqualifying pecuniary or proprietary interest

[En la especie, los Sres. Berman y Veeder han rechazado las sucesivas invitaciones a llevar a cabo una investigación razonable sobre las relaciones pecuniarias entre sus *Chambers* y el Estado Demandado]

If there is in fact such an interest, the judge's lack of knowledge of it or forgetfulness about it will not enable the Dimes principle of automatic disqualification to be avoided. But if there is no such interest, (…) the Reg. v. Gough test must be applied and, for that purpose, all that is necessary is to ask whether, in the light of the judge's actual knowledge at the time of the hearing and of any other relevant facts established by the evidence, the real danger of bias test has been satisfied. (Subrayado añadido).

[En la especie, los Sres. Berman y Veeder, en el supuesto caso de que en el curso de los años pasados no hayan jamás oído ni leído que el Estado de Chile era un cliente importante de las Essex Court Chambers, una vez tuvieron conocimiento de las comunicaciones de los Demandantes sobre relaciones entre miembros de sus chambers y el Estado Demandado ya no podían pretender que no lo sabían. Sin embargo, han asumido estas relaciones sin reserva alguna y han rehusado iniciar una investigación razonable al respecto en el marco del procedimiento del art. 49(2) de la Convención. De conformidad con el razonamiento de esta sentencia inglesa, les sería aplicable el principio *Dimes* más bien que el test *Reg. v. Gough*]

58: If a serious conflict of interest becomes apparent (…), it seems plain to us the judge should not sit on the case. This is so whether the judge is a full-time judge or a solicitor deputy or a barrister deputy.[79] (Subrayado añadido).

[En la especie, los Sres. Berman y Veeder han sido informados a través del Centro del aparente conflicto de intereses con el Estado de Chile y, sin embargo, al tiempo que rehúsan llevar a cabo una encuesta razonable se sientan, desde el 8 de noviembre de 2016, en el Tribunal de arbitraje que tiene la misión de decidir la demanda de 27 de octubre de 2016 de rectificación de errores materiales en el Laudo de 13 de septiembre de 2016 y, llegado el caso, los recursos formulados en conformidad con los artículos 50 y 51 de la Convención]

59(C) In a case in which before or during the trial the facts relating to the alleged bias have been disclosed to the parties, it seems to us right that attention should be paid to the wishes of the parties. They are the principals.

[En la especie, ni el Estado Demandado ni los dos árbitros miembros de las Essex Court Chambers han revelado absolutamente nada sobre sus relaciones recíprocas ni al Centro ni a los Demandantes. Cuando esas relaciones han sido puestas en conocimiento de los Demandantes a partir del 20 de septiembre de 2016, los dos árbitros han rehusado llevar a cabo la investigación razonable que les ha sido solicitada.]

[79] Doc. nº 51, *Locabail (UK) Ltd v Bayfield* [2000] EWCA Civ 3004 en The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division), 17 de noviembre de 2000, §§20, 19, 52, 58

62. La sentencia más reciente de **17 de febrero de 2016** de la High Court of England and Wales en el asunto *Cofely Ltd.* [80] estudia un caso de «apparent bias, *not actual bias*» en un procedimiento de arbitraje regido por el derecho inglés de un *«qualified barrister [that] has practised from 3, Paper Buildings since 1991-2"*, y formula una consideración de carácter general:

> ***106. It is to be noted, moreover, that the CIArb[81] acceptance of nomination form calls for disclosure of "any involvement, however remote," with either party over the last five years.***

63. La más reciente versión de los Principios de la IBA ha modificado el párrafo 1.4 de la Lista roja no-renunciable con el fin de incluir la situación en la que el grupo del que es miembro el árbitro asesora regularmente a una parte o a una sociedad afiliada a una parte, aunque el árbitro no lo haga:

> *The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom*

64. La mayor parte de los casos de arbitraje son sustanciados en la *Admiralty and Commercial Court*, una sección de la *High Court*. La mayoría de los jueces nombrados por la *Admiralty and Commercial Court* son *barristers* y *sollicitors* experimentados, con una buena experiencia de arbitraje internacional. En consecuencia, las partes convocadas a los arbitrajes ante un Tribunal inglés pueden esperar razonablemente que los jueces conozcan bien los Principios de la IBA y otros estándares generalmente aplicados en el arbitraje internacional.

65. Por lo tanto, la respuesta de los árbitros a la Sra. Secretaria General del CIADI es injustificada porque no está justificada su premisa, a saber, que cualesquiera que sean las circunstancias cuando se trata de un conflicto aparente de intereses no tenido en cuenta los *barristers*/árbitros tendrían en derecho inglés un tratamiento diferente al de los abogados en el sistema del CIADI.

66. En el caso presente, los Sres. Berman y Veeder

a) el 16 noviembre 2016 han hecho todo lo que estaba en sus manos para cerrar este procedimiento de rectificación de errores, sin acceder a que previamente pudiera responder el Estado de Chile a las preguntas formuladas por los Demandantes sobre el aparente conflicto de intereses (ver §§8, 41, 67-73);

b) sus respuestas al Centro no reconocen que se les ha pedido revelar información que no es confidencial ni para Chile ni para los árbitros puesto que los Demandantes habían puesto en su conocimiento la declaración del Gobierno de

---

[80] Doc. nº 52, England and Wales High Court (Commercial Court), between *COFELY LIMITED, Claimant, and ANTHONY BINGHAM and KNOWLES LIMITED* 1st Defendant, Decision 17/02/2016, [2016] EWHC 240 (Comm), Case No: 2015-000555, accesible en http://bit.ly/2io4kXm; ver en particular los §§69-73, 75 (*The tribunal's explanations as to his/her knowledge or appreciation of the relevant circumstances are also a factor which the fair minded observer may need to consider when reaching a view as to apparent bias – see, for example, In re Medicaments and Related Classes of Goods (No 2) [2001] 1 WLR 700 and Woods Hardwick Ltd v Chiltern Air Conditioning Ltd [2001] BLR 23)*

[81] UK Chartered Institute of Arbitrators, *"an international centre of excellence for the practice and profession of alternative dispute resolution (ADR)*", accesible en http://www.ciarb.org/

Chile desvelando sus gestiones *sigilosas* en las Essex Court Chambers;

c) no consideran que haya sido inapropiado su comportamiento en el Tribunal de arbitraje durante el presente procedimiento iniciado el 8 de noviembre de 2016 (ver *infra* §§67 a 73).

Esto demuestra una ausencia de objetividad que acrecienta un riesgo de sesgo, consciente o inconsciente, que justifica que sean apartados del Tribunal de arbitraje que deberá decidir el procedimiento del artículo 49(2) y, en su caso, el de los artículos 50 y 51 de la Convención.

Las decisiones tomadas por los árbitros desde el 20 de septiembre de 2016 no son imparciales

67. En efecto, el 20 de septiembre y 13 de octubre de 2016 los Demandantes han dado a conocer al Centro, a los Sres. árbitros y al Estado Demandado[82] el conflicto aparente de intereses puesto en conocimiento de los primeros el 20 de septiembre, solicitando información a fin de confirmarlo o descartarlo y, el 27 de octubre de 2016, plantearon respetuosamente al Tribunal de arbitraje reconstituido la cuestión previa siguiente:

> *"1. Que acceda a la solicitud dirigida a la República de Chile el 13 de octubre de 2016 de full disclosure al Tribunal de arbitraje, al Centro y a todas las partes, de las relaciones durante los tres años anteriores al comienzo, el 16 de junio de 2013, de la presente fase del procedimiento, y las que existen actualmente, entre la República de Chile y miembros de las Essex Court Chambers;*
>
> *2.Que acceda a que los Sres. árbitros miembros de las Essex Court Chambers lleven a cabo una investigación razonable sobre las cuestiones con apariencia de conflicto de intereses planteadas en la carta de los Demandantes del 13 de octubre de 2016, y que revelen plenamente el resultado al Tribunal, al Centro y a todas las partes;*
>
> *3.Que en caso de que, por razones de confidencialidad u otras, los Sres. Árbitros miembros de las Essex Court Chambers no procedieran a realizar esa investigación y/o a la* full disclosure *de la información solicitada, que sometan a la Secretaría General del CIADI su dimisión voluntaria (artículos 8(2) del Reglamento de arbitraje y 14 de la Convención) como árbitros del Tribunal de arbitraje que deberá decidir sobre la presente demanda de corrección de errores materiales en el Laudo del 13 de septiembre de 2016."* [83]

68. El 10 de noviembre de 2016 los Demandantes reiteraban que:

> *«vistos los hechos y fundamentos que obran en la Demanda de 27 de octubre de 2016 (pp. 28 a 91), las Demandantes solicitan respetuosamente al Tribunal de arbitraje que en el marco de la Regla de arbitraje nº 49(3), con carácter previo a cualquier determinación acerca del procedimiento a seguir en el examen de la demanda de suspensión provisional del curso procesal del presente procedimiento,*

[82] Pièces nos. 64 et 65
[83] Pièce nº 72

1. Que admita la demanda que las partes demandantes han dirigido a la República de Chile el 13 de octubre de 2016 para que proceda a la full disclosure *ante el Tribunal de arbitraje, el Centro y todas las partes, de las relaciones mantenidas entre la República de Chile y miembros de las Essex Court Chambers durante los tres años anteriores al inicio, el 16 de junio de 2013, de la presente fase del procedimiento, y de las que existen actualmente;*

2. Que admita que los Señores árbitros que forman parte del Tribunal y también son miembros de las Essex Court Chambers lleven a cabo una investigación razonable sobre las cuestiones de aparente conflicto de intereses enumeradas en la carta de las Demandantes de 13 de octubre de 2016, y revelen todo el resultado al Tribunal, al Centro y a todas las partes."

69. Ahora bien, en lugar de tomar en consideración esta cuestión previa, de invitar al Estado Demandado a ser oído y tomar después una decisión al respecto, el 16 de noviembre de 2016 el Tribunal de arbitraje ha ignorado pura y simplemente pronunciarse sobre la cuestión previa y ha dirigido a la República de Chile la decisión siguiente[84] :

The Respondent is invited to indicate as soon as possible, and in any event not later tan ***30 November 2016****, whether it accepts the rectifications put forward in the Request. In the light of the Respondent's response the Tribunal will then proceed to determine the future procedure in accordance with Arbitration Rule 49(3).* (Énfasis en el original).

70. En claro, el Tribunal arbitral ha ofrecido al Estado de Chile concluir sin examen el procedimiento de rectificación de errores materiales eliminando, en consecuencia, *ipso facto* cualquier posibilidad de tratamiento de la cuestión previa relativa al aparente conflicto de intereses, privando así a éste totalmente de espacio procesal o incluso de objeto, creando un completo *porte-à-faux* artificial respecto de la acción de los Demandantes. En efecto, en cuanto que el Estado Defensor hubiera comunicado su consentimiento a la demanda introducida el 27 de noviembre de 2016 por los Demandantes, al Tribunal arbitral sólo le quedaba tomar nota y cerrar el procedimiento, con lo que los Demandantes, en la práctica, ya no podían ser tomados en serio sobre un posible conflicto de intereses dado que su demanda de corrección de errores habría sido plenamente aceptada.

71. La tentativa de los árbitros de eludir pura y simplemente la cuestión previa ha quedado muy a la vista.

72. Resulta evidente que esta respuesta de los Sres. Berman y Veeder del 16 de noviembre de 2016 recuerda el caso estudiado en la sentencia del **17 de febrero de 2016** de la High Court of England and Wales (asunto *Cofely Ltd.*, *supra* §62) sobre el aparente conflicto de intereses del *barrister*/árbitro Sr. Bingham,

Mr Bingham's essential response, however, involved avoiding addressing the requests and instead giving the appearance of seeking to foreclose further inquiry by demonstrating their irrelevance.

Mr Bingham gave the impression that he was seeking to pre-empt that process by pressurising Cofely into acknowledging that there was no issue to be explored.

[84] Doc. nº 60, el Tribunal de arbitraje pregunta el 16 de noviembre de 2016 si Chile consiente la demanda

73. En resumen, los dos árbitros no han accedido a la solicitud, perfectamente legítima y motivada, de permitir que el Estado demandado y ellos mismos sean oídos sobre el aparente conflicto de intereses y han maniobrado de manera manifiesta con el fin de eludir la cuestión.

La respuesta del Sr. Berman del 4 de diciembre de 2016 es incompleta, inexacta y sesgada

74. Sir Franklin Berman no responde en su carta al Sr. Presidente del Consejo Administrativo del CIADI[85] a ninguno de los motivos y hechos sobre los cuales se fundamenta la demanda de recusación formulada el 22 de noviembre de 2016, a saber:

> *"I. EL APARENTE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS DOS ARBITROS MIEMBROS DE ESSEX COURT CHAMBERS Y LA PARTE DEMANDADA, LA REPUBLICA DE CHILE*
> *1. La negativa de Sir Franklin Berman y el Sr. V.V. Veeder de revelar al Centro y a los inversores las relaciones entre miembros de su Oficina y el Estado Demandado*
> *2. La obligación de* disclosure *en derecho inglés no justifica la negativa que los Sres. Berman y Veeder oponen a la solicitud de los Demandantes*
> *II. LA CONVENCIÓN DEL CIADI*
> *1. La obligación de* disclosure *en el sistema CIADI contradice a los Sres. Berman y Veeder*
> *2. La doctrina de los Tribunales del CIADI en dos casos de conflicto de interés aparente entre miembros de las Essex Court Chambers y árbitros igualmente miembros de esas Chambers*
> *3. Los Principios de la International Bar Association (IBA) sobre los conflictos de interés en el arbitraje internacional son aplicados en el sistema CIADI*
> *III. LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS EN LA ESPECIE*
> *1.Las continuadas maniobras de la República de Chile para intervenir el Tribunal de arbitraje y/o sabotear el arbitraje*
> *2. El Código ético del Colegio de Abogados de Chile califica de conflicto de interés objetivo una situación como la creada en el presente procedimiento entre el Estado de Chile y los árbitros miembros de las Essex Court Chambers*
> *3. Sin embargo, la República de Chile, el Tribunal de arbitraje y el Centro han aplicado a las partes Demandantes los Principios de la IBA sobre conflictos de intereses*
> *4.* Nemo iudex esse debet in causa sua
> *5. Revelar o dimitir en caso de deber mantener la confidencialidad."*

75. Sir Franklin Berman afirma en su carta, sin precisar ninguna fecha que pudiera orientar al destinatario de su carta y evitar la confusión en la articulación de peticiones diferentes:

> *1) It is not correct to say that I declined to make disclosure. The request was originally put to me through the Secretary-General, and my reply was promptly conveyed, through the Secretary-General, that disclosure had been made in the standard terms at the time of my appointment, and that nothing had happened since then to call for further disclosure.*

Fue sobre la base y en relación con lo que había sido puesto en conocimiento de los Demandantes el 20 de septiembre de 2016 que las solicitudes de una investigación razonable y de *disclosure* fueron dirigidas a Sir Franklin a través de la Sra. Secretaria General del CIADI, mientras que la fecha de su nombramiento había sido el 13 de enero de 2014[86].

Que el Sr. Berman no ha aceptado llevar a cabo una investigación razonable sobre las relaciones existentes entre el Estado de Chile y los miembros de las Essex Court Chambers lo atestigua el archivo adjunto nº 45, en detrimento únicamente de los Demandantes.

Y mientras estos últimos, totalmente exteriores a los contactos accesibles al Sr. Berman,

[85] Doc. nº 45
[86] Doc. nº 61, declaración de Sir Franklin Berman ante el CIADI el 13 de enero de 2014

recibían informaciones que les permitían gradualmente poner de relieve la considerable profundidad de los lazos de intereses, de una envergadura manifiestamente prohibitiva, al nivel de la apariencia objetiva de incompatibilidad, el Sr. Berman, sin embargo, desplazaba el asunto hacia una suposición de coincidencia puntual que, según él, cerraba el paso a cualquier pregunta pues estaba protegida por las reglas de confidencialidad interna propias de su asociación profesional.

> *2) I note that the disqualification proposal bases itself on a professional engagement said to have been made by the respondent state with a fellow member of my Chambers a short while before the issue of the resubmission award, a matter of which I was entirely unaware (nor could I have been aware of it) until it was raised by counsel some weeks after the resubmission award had issued.*

Invitado desde el 20 de septiembre de 2016 a llevar a cabo una investigación razonable sobre esas relaciones, Sir Franklin debió, según el artículo 14(1) de la Convención y la Regla de arbitraje nº 6(2) del CIADI del CIADI, acceder a la solicitud de los Demandantes. No lo ha hecho, en detrimento únicamente de los Demandantes.

> *3) I note finally a suggestion in the papers that the resubmission tribunal had pressed ahead with the rectification proceedings in undue baste, and attach therefore, for completeness' sake, a copy of the Centre's letter to the parties which sets out the schedule laid down by the tribunal under Arbitration Rule 49(3).*

Las fechas por sí mismas desvirtúan esta afirmación de Sir Franklin : la decisión del Tribunal comunicando el calendario del procedimiento está fechada el 21 de noviembre de 2016[87], cinco días después de la decisión del 16 de noviembre[88] que, ignorando la cuestión previa planteada por los Demandantes, había dejado a la discreción del Estado de Chile la oportunidad de consentir de forma inmediata la demanda de rectificación de errores y, en consecuencia, de cerrar este procedimiento en la práctica, precluir la posibilidad de una propuesta de recusación en virtud de la Regla 9(1)[89] e impedir, de este modo, el tratamiento de la cuestión del aparente conflicto de intereses (que concierne también, recordémoslo, a los procedimientos que los artículos 51 y 50 de la Convención confían a estos mismos árbitros en revisión y/o interpretación del Laudo de 2016).

76. A esto se añade el hecho de que, habiendo solicitado los Demandantes el 10 de noviembre de 2016 que el Tribunal accediera a la petición de *disclosure* por los árbitros y el Estado de Chile con carácter previo a cualquier determinación sobre la suspensión provisional del procedimiento de rectificación de errores, hasta conocer la decisión del Tribunal de interpretación de la Sentencia de 2008 (*ex* art. 50 de la Convención), sin embargo el 21 de noviembre los dos árbitros, de manera incongruente, ignoran la demanda de *disclosure* que les concierne e, invirtiendo el orden natural de las solicitudes formuladas, pasan directamente a pronunciarse sobre la suspensión provisional del procedimiento como se lo solicitó Chile el 17 de noviembre de 2016[90].

---

[87] Doc. nº 45, páginas 3 y 4

[88] Doc. nº 60

[89] La Regla de arbitraje nº 9(1) dispone: « *La parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el Artículo 57 del Convenio presentará su propuesta (...) en todo caso antes que se cierre el procedimiento.*"

[90] Doc. nº 62, carta de 17 de noviembre de 2016 del Estado Demandado al Tribunal de arbitraje

77. Estas decisiones procesales por parte de árbitros tan experimentados han confirmado las dudas sobre su imparcialidad y el riesgo de sesgo.

***

La respuesta del Sr. Veeder del 11 de diciembre de 2016 es igualmente incompleta, inexacta, sesgada y conscientemente engañosa, en connivencia manifiesta con la República de Chile

78. En el correo electrónico que dirige al Secretario del Tribunal arbitral[91] el Sr. Veeder tampoco responde a las cuestiones formuladas en la propuesta de recusación.

79. Mientras que uno de los fundamentos de la respetuosa propuesta de recusación del 22 de noviembre de 2016 lo resume su §42 : "*Estos hechos, discriminatorios y parciales respecto de las partes Demandantes, plantean dudas razonables en cuanto a* ***la imparcialidad y neutralidad*** *de los dos árbitros que exigen los arts. 14(1) y 52(1)(d) de la Convención y* ***el art. 6(2) del Reglamento de arbitraje***", la respuesta del Sr. Veeder[92] ha modificado la razón de ser y la finalidad de la recusación por la vía de ignorar pura y simplemente el primer fundamento de la *causa petendi – « imparcialidad y neutralidad »*, es decir el artículo 6(2) del Reglamento y el segundo componente del artículo 14(1) de la Convención (ausencia de sesgo, ver *supra* §17, 44). Como afirma el profesor Crawford:

> *The standard of disclosure of potential conflicts of interest in Rule 6(2) appears to be concerned not only with manifest cases of lack of independence—or more strictly, of reliability—but also with situations that might give rise to serious, reasonable reservations about an arbitrator's ability to act independently*[93] (subrayado en el original).

80. El Sr. Veeder ignora en su carta, en efecto, que se le ha recordado su obligación *ex* artículo 6(2) del Reglamento de arbitraje cuya redacción reproduce la nota a pie de página n° 7 *supra*.

81. Esta modificación de la *causa petendi*, la supresión correlativa de la referencia al artículo 6(2) del Reglamento y, en consecuencia, la privación de cualquier efecto útil asociada al mismo, son manifiestas en la respuesta del Sr. Veeder:

> *I refer to the timetable established by the ICSID Secretariat's second letter dated 29 November 2016 under ICSID Arbitration Rule 9(3), whereby I am invited to respond in writing to the formal challenge made by the Claimants to my independence as a co-arbitrator (nominated by the Claimants in this arbitration), within the meaning of Article 14(1) of the ICSID Convention.*

82. El Sr. Veeder termina así su respuesta:

> *Save for one matter, I think it inappropriate here to add to the written response made by my letter dated 17 October 2016 addressed to the Claimants' counsel (copied to the Parties), the contents of which I here confirm (a copy is attached; it is also Pièce 16 to the Claimants' formal challenge of 22 November 2016).*
> *That matter relates to my voluntary resignation in 2007 as the presiding arbitrator in the*

[91] Doc. n° 46
[92] Doc. n° 46
[93] Doc. n° 43, Crawford (James), *Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration*, Oxford Scholarship Online, enero de 2016, pág.7

> *ICSID arbitration, Vanessa Ventures v Venezuela (ICSID Case No ARB/05/24). The Claimants' counsel (who was not personally involved) has misunderstood the relevant circumstances in that case, citing it several times in support of the Claimants' challenge (e.g. see paragraph 39 of the Claimants' said challenge and Pièces 1, 4, 10, 12, 13 & 17).*
> *I resigned in that ICSID arbitration because* ***I learnt at the jurisdictional hearing, for the first time****, that one of the counsel acting for the claimant (Vanessa Ventures) was an English barrister who was, at that time, also co-counsel with me acting for a different party in a different and unrelated ICSID Case. I did not resign because he and I were both members of the same barristers' chambers.* ***Before the jurisdictional hearing, I did not know that this counsel was acting for Vanessa Ventures****; nor could have I taken any legitimate steps by myself to check for any such conflict owing to the confidential nature of every English barrister's professional practice.* (Soulignement ajouté).

83. Ahora bien, la prueba presentada por los Demandantes, la *Decision on Jurisdiction* del Tribunal del caso *Vanessa Ventures v. Venezuela*[94], de 22 de agosto de 2008, hace inverosímil la respuesta del Sr. V.V. Veeder QC del 11 de diciembre de 2016 y, **en este contexto, corresponde al Sr. Veeder la ímproba tarea de explicar por qué ha asegurado al Centro haberse enterado *at the jurisdictional hearing*, que tuvo lugar el 7 de mayo de 2007,**

> "*for the first time, that one of the counsel acting for the claimant (Vanessa Ventures) was an English barrister who was, at that time, also co-counsel with me acting for a different party in a different and unrelated ICSID Case",*

cuando

1) la identidad del consejero de Vanessa, el *barrister* de Essex Court Chambers Mr. Christopher **Greenwood**, había sido comunicada doce días antes del *hearing*, **el 25 de abril de 2007**, al Tribunal arbitral cuyo presidente era precisamente el Sr. Veeder desde el 20 de mayo de 2005,

2) la presencia del Sr. **Greenwood** había provocado que dos árbitros, los Sres. Veeder y Brower, tomaran la iniciativa de dirigirse por escrito al CIADI;

3) las comunicaciones de los dos árbitros transmitidas al Centro han sido comunicadas a las partes **el 27 de abril de 2007** (con el conocimiento del Presidente del Tribunal Sr. Veeder), diez días antes de la apertura de las audiencias: «On *April 27, 2007, the Centre transmitted to the Parties further declarations by two Tribunal members with respect to Prof.* ***Greenwood»;***

4) el **3 de mayo de 2007** los abogados de la Demandada respondieron a la carta de los dos árbitros;

5) el **4 de mayo de 2007**, cuatro días antes de las audiencias, el Tribunal (en el que se sentaba el Sr. Veeder) "*invited the Claimant to provide any observations which it might have with respect to the Respondent's letter in this matter".*

---

[94] Doc. nº 63, *Vanessa Ventures v. Venezuela*, ICSID Case N° ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction, 22 de agosto de 2008

84. La mencionada *Decision on Jurisdiction* del Tribunal de *Vanessa Ventures v. Venezuela,* en su página 10, no confirma lo que el Sr. Veeder ha escrito al Centro el 11 de diciembre de 2016:

> *On **April 25, 2007**, the Tribunal was provided with a revised list of participants for the upcoming hearing on jurisdiction. Among the persons listed as representing the Claimant was Prof. Christopher **Greenwood**. On April 27, 2007, the Centre transmitted to the Parties further declarations by two Tribunal members with respect to Prof. **Greenwood**. On May 3, 2007, the Respondent submitted its observations on the further declarations. On May 4, 2007, the Tribunal invited the Claimant to provide any observations which it might have with respect to the Respondent's letter in this matter. The Claimant provided its observations the same day.*
> *As agreed, **on May 7, 2007**, the hearing on jurisdiction took place in London. At the hearing, the following persons appeared as legal counsel and representatives for the Claimant: (...) as well as Prof. **Greenwood of Essex Chambers**. (...) .*
>
> *The following persons appeared on behalf of the Respondent as its legal counsel and representatives: Messrs. (...) Kelby Ballena (....) Mr. Paolo Di Rosa and Ms. Gaela Gehring Flores of Arnold & Porter LLP (...).*[95]
>
> ***During the session, after hearing the Parties' positions regarding the participation of Prof. Greenwood in the case, the President of the Tribunal submitted his resignation**. His resignation was accepted by his two co-arbitrators, Judge Brower and Mr. Paulsson, in accordance with the Additional Facility Arbitration Rules.*

85. Se recordará que los dos co-árbitros en el asunto *Vanessa* –los Sres. Jan Paulsson y Charles Brower- no aceptaron ese mismo mes de mayo de 2008 el conflicto aparente de intereses surgido entre dos miembros de las Essex Court Chambers en el asunto *Hrvatska Elektroprivreda DD v The Republic of Slovenia*[96], es decir el Presidente del Tribunal arbitral y el abogado de una de las partes. Después de haber considerado apartar a uno o al otro, el Tribunal apartó al abogado, declarando que es inaceptable en el sistema del CIADI el conflicto aparente de intereses que plantean las relaciones no consentidas entre miembros de las Essex Court Chambers (ver *supra* §§48-49), como en el asunto *Vanessa*.

86. El Sr. Veeder no ha aportado ninguna prueba de que la sóla objeción determinante a su continuidad en el Tribunal debatida durante los doce días siguientes versaba sobre la participación del Sr. Veeder en otro caso sin relación con Vanessa, como éste deja entender el 11 de diciembre de 2016.

87. El 30 de diciembre de 2016 los Demandantes han solicitado al Centro que les sea entregada la información citada en las páginas 9 y 10 de la mencionada Decisión del Tribunal de *Vanessa Ventures v. Venezuela*[97]. El Centro ha respondido el 1 de enero de 2017 que no estaba autorizado a hacerlo[98]. El Estado de Chile y sus abogados, que recibieron copia de este intercambio y podían levantar este obstáculo a la transparencia, guardaron silencio.

Ahora bien, ha sido puesto en conocimiento de las Demandantes que en el caso Vanessa fueron precisamente los abogados de Venezuela – a la sazón los Sres. Paolo di Rosa, Kelby

---

[95] Los Sres. Kelby Ballena, Paolo Di Rosa y Da. Gaela Gehring representan al Estado de Chile en el presente procedimiento de arbitraje

[96] Doc. nº 44, *Hrvatska Elektroprivreda DD v The Republic of Slovenia*, ICSID Case No ARB/05/24, Order Concerning the Participation of a Counsel (6 May 2008), §30

[97] Doc. nº 74

[98] Doc. nº 75

Ballena y la Da. Gaela Gehring[99]- quienes formularon una objeción al conflicto de intereses consistente en que Mr. Veeder -miembro del Tribunal- pertenecía a las mismas Chambers que otro miembro de éstas que tenía relaciones profesionales con una de las partes -Vanessa- en el propio caso contra Venezuela.

Es después de haber oído las objeciones de esos abogados cuando Mr. Veeder dimitió del Tribunal de arbitraje.

La comunicación que Mr. Veeder ha dirigido el 11 de diciembre de 2016 al Secretario del Tribunal de arbitraje es por lo tanto deliberadamente sesgada, incluso engañosa, en cuanto que oculta la objeción rigurosamente paralela a la específicamente planteada a la sazón por quienes hoy son los abogados de la República de Chile en el presente caso.

Es inconcebible que una personalidad con la reputación internacional de Mr. V. V. Veeder QC (el Gobierno de Su Majestad había nombrado expertos eminentes, independientes e imparciales, de reputación internacional sin tacha, voir §102 *supra*), haya ocultado que ese muy preciso motivo de oposición de los referidos abogados había sido uno de las cuestiones contrarias a su continuidad en el Tribunal debatidas durante las audiencias, si no hubiera estado cierto que, quienes sabían, se callarían so pretexto de deber de confidencialidad.

En efecto, en la comunicación que D. Paolo di Rosa y la Da. Gaela Gehring han firmado el 16 de diciembre de 2016 -en nombre de la República de Chile- guardan silencio acerca de esta precisa cuestión de la que ellos mismos han sido los protagonistas personales durante las audiencias de mayo de 2007, cuidándose de cubrir a Mr. Veeder mediante la reproducción de las palabras escogidas por éte a fin de excluir esta cuestión:

> « *Ex-R34. Letter from V. V. Veeder to ICSID, 11 December 2016 (explaining that the reason that he resigned in the Vannessa Ventures arbitration was because there was an "**actual** conflict," and was **not** because he and one of the attorneys acting for the claimant were both members of the same barristers' chambers*)" [100] (subrayado en el original).

La desviación de la confidencialidad a fin de encubrir la connivencia entre los árbitros y la República de Chile está aquí, una vez más, comprobada de manera manifiesta, en perjuicio de los inversores españoles. Otro paralelismo con el fraude, cofirmado por el Ministro Jack Straw, cometido contra la Fundación española Demandante (ver *supra* §§ 98-105).

***

[99] Doc. nº 65, page 10: "*The following persons appeared on behalf of the Respondent as its legal counsel and representatives: (…)* ***Kelby Ballena*** *(…);* ***Mr. Paolo Di Rosa and Ms. Gaela Gehring Flores of Arnold & Porter LLP*** (…)" (subrayado añadido).

[100] *Chile's Response to Claimant's Request for Disqualification*, nota a pie de página nº 91. La carta de Mr. Veeder al Centre de 16 de diciembre de 2016 figura en el doc. nº 46

IV. EVALUACIÓN DE LA COMUNICACION DE LA REPÚBLICA DE CHILE DEL 16 DE DICIEMBRE DE 2016

88. El 20 de septiembre de 2016, en cuanto fue puesto en conocimiento de los Demandantes que el Gobierno de Chile publicitó dos días antes que llevaba a cabo gestiones ***sigilosas*** en las Essex Court Chambers, los Demandantes se dirigieron a la Sra. Secretaria General del CIADI a fin de identificar los hechos[101] :

> *«Dans les toutes prochaines semaines Messieurs les arbitres du Tribunal arbitral pourraient avoir à exercer, à l'initiative des parties, les pouvoirs de décision que leur confère l'article 50 de la Convention CIRDI dans la procédure d'interpréter et/ou réviser la Sentence arbitrale communiquée le 13 septembre 2016.*
>
> *Dans l'intérêt du Centre, du système d'arbitrage international et conformément à une application effective de l'article 14 de la Convention CIRDI (offrir toute garantie d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice des fonctions arbitrales), les Demanderesses sont amenées à solliciter respectueusement que les très distingués arbitres dans la présente procédure, Sir Frank Berman, QC et M. V.V. Veeder, QC, membres des Essex Court Chambers, révèlent pleinement sans tarder (*full disclosure*)... »*[102]

De conformidad con la Regla de arbitraje del CIADI n° 6(2) y la nota explicativa al Principio General n° 3(e) de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional:

> *When considering whether facts or circumstances exist that should be disclosed, the arbitrator shall not take into account whether the arbitration is at the beginning or at a later stage.*

La carga de desvelar en 2016 las relaciones entre la parte Demandada y las Essex Courts Chambers no incumbe a los Demandantes habida cuenta de la declaración inicial de los Sres. Berman y Veeder *ex* Regla n° 6(2)

89. La pretensión del Estado de Chile (§§38,39) según la cual « *Claimants have waived their right to object on the basis of Essex Court Barristers representing Chile before the ICJ* »[103] no tiene fundamento alguno en lo que se refiere al tiempo transcurrido entre el conocimiento del hecho que plantea un conflicto aparente de intereses, el 20 de septiembre de 2016, y la reacción a este hecho, ni con respecto a la razón de ser y la finalidad de la propuesta de recusación, que se refieren al aparente conflicto de intereses de dos de los árbitros que tendrán que decidir el procedimiento iniciado el **27 de octubre de 2016** *ex* artículo 49(2) de la Convención y, en su caso, los procedimientos previstos en los artículos 50 y 51 que las partes pudieran iniciar en el futuro.

El documento R47 anexo a la respuesta de Chile desvela al CIADI y a los Demandantes, por primera vez, que un miembro de Essex Court Chambers era abogado de Chile en 2012 y que habría publicaciones que hablaban de ello. Chile reprocha a los Demandantes no conocerlas. Al respecto cabe responder en los términos de la *sentencia de la Corte de Casación* de

---

[101] Ver el doc. n° 64, carta de los Demandantes solicitando el 20 de septiembre de 2016 la *full disclosure* por los Sres. Berman y Veeder de las relaciones entre Chile y las Essex Court Chambers, y los §§2, 10, 76 de la propuesta de recusación de 22 de noviembre de 2016

[102] Doc. n° 64, carta de los Demandantes a la Sra. Secretaria General del CIADI el 20 de septiembre de 2016

[103] Respuesta del Estado Demandado de 16 de diciembre de 2016, §39

Francia de 16 de diciembre de 2016 a una objeción semejante:

> *«que le fait n'était pas notoire pour la société AGI avant le début de l'arbitrage, qu'en cours d'instance arbitrale,* ***l'obligation de se livrer à des investigations sur l'indépendance de*** **[l'arbitre]** ***M. X... ne pesait pas sur [la société AGI], compte tenu des garanties qu'il*** **[l'arbitre]** ***avait fournies lors de sa déclaration*** **[d'indépendance]**».

En efecto, el Tribunal de Casación ha desestimado el motivo del recurso según el cual

> *« la recherche concrète de l'existence d'une incidence raisonnable sur l'impartialité de l'arbitre s'impose d'autant que les liens d'intérêts allégués ne mettent en relation directe ni l'arbitre, ni l'une des parties, mais la structure dans laquelle le premier exerce (...) appartenant au bureau de Toronto du cabinet international Fasken Martineau sur les 770 avocats répartis au Canada, en Europe et en Afrique du Sud que comprend ce cabinet, (...) sans expliquer en quoi et de quelle manière ces éléments pouvaient concrètement affecter le jugement de l'arbitre pour faire naître une tel doute, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520-2° du code de procédure civile (...) ; que* ***son jugement [*** **de l'arbitre*** ***]ne pouvait se trouver affecté par une circonstance qu'il ignorait*** *»*[104] (énfasis añadido).

A su vez, en derecho inglés la obligación de confidencialidad de los *barristers*/árbitros termina cuando se trata de información que es de dominio público:

> *34.(...) barristers who are asked to act as arbitrators should consider what steps should be taken to ensure early disclosure at the time of appointment, bearing in mind all relevant obligations of confidentiality,*

afirma el *Information Note regarding barristers in international arbitration* del *General Council of the Bar*.[105]

Los árbitros tenían pues el deber de presentar la situación a los Demandantes, poniéndolos en la situación de ejercer la opción adecuada, un deber permanente que en el sistema del CIADI impone la Regla de arbitraje n° 6(2).

En el caso *Locabail*, la High Court of England and Wales (*supra* §61) no ha aceptado la recusación del juez/árbitro porque éste había comunicado a las partes lo que había leído en un recorte de prensa y las partes no habían reaccionado:

> *During the hearing E. produced material relating to her matrimonial proceedings which included a press cutting from which the judge learnt that his firm was acting for clients in litigation for the enforcement of financial claims and of bankruptcy against E.'s former husband.* ***The judge immediately disclosed that connection, stating that*** *he knew no more of that litigation than had appeared from the cutting. Neither party sought an adjournment, no objection was raised and the hearing continued. (...)* ***If a serious conflict of interest becomes apparent (…), it seems plain to us the judge should not sit on the case. This is so whether the judge is a full-time judge or a solicitor deputy or a barrister deputy***.[106] (Subrayado añadido).

---

[104] Doc. n° 77, Cour de Cassation de Francia, caso *Société Columbus acquisitions INC et la société Columbus Holdings France,* Sentencia de 16 de diciembre de 2015

[105] Doc. n° 22 anexo a la propuesta de recusación del 22 de noviembre de 2016, citado

[106] Doc. n° 51, *Locabail (UK) Ltd v Bayfield* [2000] EWCA Civ 3004, pág. 451 (1) y §58

Ocurre, sin embargo, que a partir del 17 de octubre de 2016[107] los dos árbitros han leído el recorte de prensa del 18 de septiembre de 2016 que publica la declaración del Gobierno de Chile desvelando gestiones sigilosas en las Essex Court Chambers, y no pueden aquellos continuar sosteniendo que ignoran su existencia ni pretender su «confidencialidad» ni en el derecho del CIADI ni tampoco en el inglés, desde el momento en que han sido personal y formalmente alertados por los Demandantes.

En el sistema del CIADI este deber de *disclosure* es de aplicación en las circunstancias específicas del presente caso (que no son *de minimis*), como lo atestiguan las resoluciones de los Tribunales y del Presidente del Consejo Administrativo del CIADI citadas en la proposición de recusación del 22 de noviembre de 2016 (§§29, 32, 35, 38, 39, 44, 45, 46, 47, 51, 56, 68), y la conclusión del Tribunal del asunto *Alpha v. Ukraine* después de estudiar la relación entre la Regla del artículo 6(2) y los Principios de la IBA:

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

En el mismo sentido, la sentencia citada del Tribunal de Casación francés del 16 de diciembre de 2016 ha confirmado el sesgo de un árbitro porque «*n'avait pas fait état dans sa déclaration d'indépendance* » de las relaciones profesionales entre abogados de su Oficina y una de las partes (la sociedad AGI) que eran del dominio público pero que AGI desconocía,

> *« (…) au regard de l'ample publicité donnée par ce dernier* [le Cabinet], *la cour d'appel en a exactement déduit que, ces circonstances ignorées de la société AGI étant de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, le tribunal arbitral était irrégulièrement constitué. »*[109]

El Estado de Chile tiene la obligación de revelar al Centro y a las partes que mantiene relaciones con las Chambers de las que son miembros los árbitros Sres. Berman y Veeder

90. Como hemos visto *supra* (§§52-66) y en el caso *Hrvatska Elektroprivreda DD v Slovenia*[110], los Principios Generales de la IBA en materia de conflictos de interés en el arbitraje internacional son tenidos en cuenta tanto en el sistema del CIADI como por los Tribunales ingleses en el caso de los *barristers*/árbitros.[111] El Principio General nº 7(a) dispone:

> *A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of* ***any relationship, direct or indirect,***

[107] El 17 de octubre de 2016 los Demandantes comunicaron a Sir Franklin Berman por intermedio de la Sra. Secretaria General del CIADI el recorte de prensa con la declaración del Gobierno chileno de 18 de septiembre de 2016, doc. 15 anexo a la propuesta de recusación formulada el 22 de noviembre de 2016
[108] Doc. 76, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, §64, 19 mars de 2010, accesible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0025.pdf
[109] Doc. nº 77, Cour de Cassation de Francia, vaso *Société Columbus acquisitions INC et la société Columbus Holdings France,* Sentencia de 16 de diciembre de 2015, página 2
[110] Doc. nº 74, *Hrvatska Elektroprivreda DD v Slovenia,* ICSID Case No. ARBl05124, Order of 6 May 2008, §§4, 7 a 10
[111] Ver igualmente los §§16-24, 43-51, 56-59 de la propuesta de recusación de 22 de noviembre de 2016

> ***between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration)**, or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. **The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity**.* (Subrayado añadido).

La explicación que hace la IBA de este Principio General es que

> *(a) **The parties are required to disclose any relationship with the arbitrator**. Disclosure of such relationships should reduce the risk of an unmeritorious challenge of an arbitrator's impartiality or independence based on information learned after the appointment.* (Subrayado añadido).

El Estado Defensor ha incumplido siempre, categóricamente, esta obligación, también en su comunicación del 16 de diciembre de 2016[112].

91. Conforme a la explicación de la IBA al Principio General n° 7(c):

> ***any party to an arbitration is required, at the outset and on an ongoing basis during the entirety of** the proceedings, (...) to disclose available information that, applying the general standard, might affect the arbitrator's impartiality or independence.*
>
> ***The focus is on any relevant information available to a party – i.e. whether publicly or privately accessible. Thus, the range of information which needs to be searched would also cover information that the party may only know of internally at its organization, for example.*** (Subrayado añadido).

El Estado de Chile ha ocultado en forma absoluta al Centro y a las Demandantes la información de que dispone sobre sus relaciones con las Essex Court Chambers y sus miembros. Y a pesar de conocerlo **todo** sobre esas relaciones no tenidas en cuenta, el Estado Demandado no ha respondido a ninguna de las preguntas que se le han planteado al respecto desde el 13 de octubre de 2016[113].

92. *Res ipsa loquitur*, la prueba ha sido aportada, la mala fe del Estado Demandado respecto del CIADI, de la integridad del procedimiento de arbitraje y de las partes Demandantes, es manifiesta e indiscutible.

93. Esa mala fe aumenta cuando el Estado Demandado desnaturaliza en su comunicación del 16 de diciembre de 2016 la razón de ser y la finalidad de las preguntas planteadas en la carta de los Demandantes del 13 de octubre de 2016 y en la respetuosa propuesta de recusación del 22 de noviembre siguiente,

a) Pues siendo la premisa de esas preguntas la aplicación efectiva de la articulación entre la Regla de arbitraje n° 6(2) y el artículo n° 14 de la Convención en relación con el Tribunal que debe decidir en el futuro la demanda del 27 de noviembre de 2016, la comunicación del Estado de Chile ignora magníficamente la fuerza vinculante de esas normas para los árbitros y todas las partes;

---

[112] Doc. n° 48
[113] Doc. n° 65

b) Dado que la respetuosa proposición de recusación tiene por objeto asegurar la imparcialidad del Tribunal al que la Convención encomienda decidir los remedios que prevén el artículo nº 49(2) –rectificación de errores materiales en el Laudo de 13 de septiembre de 2016-, el artículo nº 51 –recurso de revisión del mismo -, y el artículo nº 51-recurso de aclaración del Laudo-, la comunicación del Estado de Chile no hace la menor referencia a esas normas y modificando la *causa petendi* la desvía hacia un asunto diferente, a saber *the Tribunal decision* [del 16 de noviembre de 2016[114]] *not to suspend the Rectification Proceeding* (§40). El argumento de la Demandada no tiene ningún fundamento. La prueba de lo contrario figura en el procedimiento (ver en la propuesta de recusación los §§2-7, 8-15, 60-68 y las Conclusiones; y en la presente comunicación los §§50, 75, 93, 113*)*;

c) Siendo así que las revelaciones que se le han solicitado al Estado Demandado y a los Sres. árbitros de las Essex Court Chambers tienen su fundamento en el deber que, **hoy**, les impone la Regla de arbitraje nº 6(2) en relación con sus funciones en los procedimientos regidos por los artículos nos. 49(2), 50 y 51 de la Convención, a saber "*la **obligación continua** de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan **posteriormente durante este procedimiento**»*, la comunicación del Estado Demandado coincide objetivamente con la de los árbitros del 17 de octubre de 2016 en mirar hacia atrás, hacia los años 2013-2014 (§§2 a 12, 16, 17, 33, 37, 38, 39),

d) Cuando el hecho puesto en conocimiento de los Demandantes lleva por fecha el 20 de septiembre de 2016 y se centra en el procedimiento en curso *ex* art. 49(2) y los procedimientos por venir de los artículos 51 y 50 de la Convención;

la comunicación del Estado Demandado no aporta ninguna de las informaciones que le han sido específicamente solicitadas y que conoce perfectamente (§17 *supra*).

94. Ese propósito de asegurar ante el Centro y las partes Demandantes la opacidad de las relaciones no tomadas en cuenta es hasta tal punto fuerte que lleva al Estado Demandado a contradecirse o al absurdo.

Por un lado, intenta justificar la opacidad de los dos árbitros bajo el pretexto de *constraints that bound the other Essex Court Chambers barristers* (§37) –que no existen en el sistema del CIADI -ni en la jurisprudencia inglesa, que aplica a los *barristers*/árbitros los Principios Generales de la IBA, entre ellos el nº 6(a)

> *The arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm. (...) Although **barristers' chambers** should not be equated with law firms for the purposes of conflicts, and no general standard is proffered for barristers' chambers, **disclosure may be warranted in view of the relationships among barristers, parties or counsel.** [115]*

El *Working Group* detrás de los Principios de la IBA afirma a este respecto que

> *w]hile the peculiar nature of the constitution of barristers' chambers is well recognised and generally accepted in England by the legal profession and by the courts, it is acknowledged by the Working Group that, to many who are not familiar with the workings of the English Bar,*

[114] Doc. nº 60

[115] Explicacón de la IBA al Principio General de la IBA 6(a)

> *particularly in light of the content of the promotional material which many chambers now disseminate, there is an understandable perception that barristers' chambers should be treated in the same way as law firms. It is because of this perception that the Working Group decided to keep an Orange List, and thus subject to disclosure, the situation in which the arbitrator and another arbitrator or counsel for one of the parties are members of the same barristers' chambers.*[116] (Subrayado añadido).

Ahora bien, mientras que el Estado de Chile se pliega a la coartada de los Sres. Berman y Veeder (§37):

> *The only thing that they did not do was accede to an unreasonable demand for information that they did not have, and could not properly obtain (in light of ethical constraints that bound the other Essex Court Chambers barristers)*,

por otro lado, el Estado Demandado afirma que

> *it was public knowledge throughout the entirety of the Resubmission Proceeding that Essex Court Chambers barristers were representing Chile before the ICJ* (§38).

¿Por qué, entonces, los dos árbitros no han dicho nada al respecto cuando los Demandantes les han planteado en varias ocasiones la cuestión a través del Centro desde el 20 de septiembre de 2016? Porque son los dos árbitros quienes deben saberlo y revelarlo o dimitir:

> *(a) The arbitrator's duty to disclose under General Standard 3(a) rests on* ***the principle that the parties have an interest in being fully informed of any facts or circumstances that may be relevant in their view. (…) The duty of disclosure under General Standard 3(a) is ongoing in nature.(…)***
> ***If the arbitrator finds that he or she should make a disclosure, but that professional secrecy rules or other rules of practice or professional conduct prevent such disclosure, he or she should not accept the appointment, or should resign.*** [117]

¿Por qué entonces el Estado Demandado ha recusado al Profesor Philippe Sands el 18 de diciembre de 2013 invocando los Principios de la IBA[118], atribuyéndole un papel que ni él ni su *Chambers* tenía en un caso ante la C.I.J. totalmente ajeno a los inversores españoles y, el 16 de diciembre de 2016, el Estado Demandado reprocha (sección IV) a los Demandantes el dudar de la imparcialidad de árbitros que desde el 20 de septiembre de 2016 silencian y rechazan llevar a cabo cualquier investigación razonable, siendo así que trabajan en las mismas *Chambers* cuyos miembros son remunerados por la República de Chile y organismos que dependen de ésta, y continúan siéndolo hoy en día?

95. Como ha afirmado el Tribunal CIADI del caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic*[119]

---

[116] Doc. nº 66, Otto de Witt Wijnen, Nathalie Voser, Neoni Rao, *Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration,* página 455

[117] Explicación de la IBA a los Principios Generales de la IBA nos. 3(a) y 3(d)

[118] Doc. nº 23

[119] Doc. nº 67 ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee 3 oct. 2001 (Prof. J. Crawford SC, Prof. J. C. Fernández Rozas), §§20, 25, 26. El Tribunal ha tomado su decision en particular en base a las premisas siguientes: *"(a) that the relationship in question was immediately and fully disclosed and that further information about it was forthcoming on request, thus maintaining full transparency; (d) that the work concerned does not consist in giving general legal or strategic advice to the Claimants but concerns a specific transaction, in which Ogilvy Renault are not the lead firm; (e) that the legal relationship will soon come to an end with the closure of the transaction concerned"*, premisas que faltan en el caso de las relaciones entre el Estado de Chile y miembros de las Essex Court Chambers. Accesible en

a question arises with respect to the term "manifest lack of the qualities required" in Article 57 of the Convention. This might be thought to set a lower standard for disqualification than the standard laid down, for example, in Rule 3.2 of the IBA Code of Ethics, which refers to an "appearance of bias". The term "manifest" might imply that there could be circumstances which, though they might appear to a reasonable observer to create an appearance of lack of independence or bias, do not do so manifestly. In such a case, the arbitrator might be heard to say that, while he might be biased, he was not manifestly biased and that he would therefore continue to sit. As will appear, ***in light of the object and purpose of Article 57 we do not think this would be a correct interpretation****. (….)*

The term cannot preclude consideration of facts previously undisclosed or unknown, provided that these are duly established at the time the decision is made. (Subrayado añadido).

96. La respuesta del Estado Demandado también formula sofismas fuera de lugar, como este en el §36:

> *if the World Bank were to disqualify Messrs. Berman et Veeder (…) this will effectively would prevent members of chambers from serving in the future as arbitrators in ICSID cases (…) thereby removing from the market many of the world's best arbitrators…".*

Al contrario, son los buenos *barristers* como Sir David A.R. Williams QC (de las Essex Court Chambers), Mr. James Crawford y Mr. Philippe Sands (de las Matrix Chambers), el primero en el caso del CIADI *Hrvatska Elektroprivreda DD v The Republic of Slovenia* (*supra* §§ 46)[120], el segundo en el artículo citado de 2016[121] (*supra* §45-47) y el tercero dimitiendo en el presente arbitraje a petición de Chile (*supra* §§22, 94)[122], quienes sostienen y aplican los principios que se les ha solicitado en vano respetar a los Sres. Berman y Veeder, y la jurisprudencia inglesa citada demuestra que los buenos *barristers*/árbitros están sometidos en derecho inglés a los mismos test que los buenos jueces ingleses. Chile les agravia atribuyéndoles pretendidos corporatismos y privilegios inexistentes, en todo caso, en el sistema del CIADI.

97. Las objeciones del Estado Demandado a la admisibilidad de la propuesta de recusación (Sección III de su comunicación del 16 de diciembre de 2016) las hemos considerado en la sección I *supra*.

***

V. LOS PELIGROS DEL PRECEDENTE: EL *MODUS OPERANDI* DEL GOBIERNO CHILENO EN LONDRES SE REPITE EN EL SENO DEL CIADI, ¿ES ACEPTADO?

El Ministro Jack Straw confirma el fraude montado por el Gobierno de Chile so pretexto de « confidencialidad » contra una acción judicial de la Demandante Fundación española Presidente Allende

98. El inversor español codemandante – la Fundación Presidente Allende – se ha enfrentado ya a otras maquinaciones del Gobierno de Chile llevadas a cabo en Londres al amparo de la

---

http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0208.pdf

[120] Doc. nº 44

[121] Doc. nº 43

[122] Doc. nº 24

obligación de confidencialidad. Entre los protagonistas figuraban el Sr. José Miguel **Insulza**, Ministro chileno de Asuntos Exteriores, y los abogados de Chili en Londres, entre ellos el Sr. Alberto Van Kleveren, intentando rematar de forma expeditiva (*reipublicae interest ut finis sit litium)* el *caso Pinochet* que seguía su curso normal ante los Tribunales de Justicia del Reino Unido.

99. La obligación de confidencialidad fue utilizada y aplicada por el Gobierno de Chile y sus abogados en Londres a una operación encubierta cuya diana era el Gobierno del Reino Unido y su objetivo poner un fin definitivo a la continuación del procedimiento judicial en que la Fundación española era la parte actora ante la Audiencia Nacional de España, por delitos impunes contra la comunidad internacional cometidos por las más altas autoridades del Estado de Chile[123].

100. Une instrumentalización de la confidencialidad, esta vez del sistema de las *barristers' chambers*, es puesta en práctica hoy en el sistema CIADI por el Gobierno de Chile, con una finalidad similar y en detrimento de la misma Fundación Demandante, en su calidad, en esta ocasión, de inversor español en las empresas de prensa CPP S.A. y EPC Ltée.

Ni los árbitros ni la parte Demandada han revelado al Centro que **Mr. Lawrence Collins**, el abogado de Chile durante el proceso en Londres iniciado por la Fundación española Presidente Allende, se ha convertido en 2012 en *arbitrator membre* de las Essex Court Chambers[124]

101. En efecto, siguiendo las instrucciones del Ministro de Asuntos Exteriores de Chile D. José Miguel Insulza, Mr. Lawrence Collins pleiteó desestimar por falta de jurisdicción y competencia la demanda de extradición de Augusto Pinochet solicitada por la Fundación española ante los Tribunales de Justicia. La sentencia de la House of Lords del 24 de marzo de 1999 rechazó las tesis defendidas por Mr. Lawrence Collins en nombre de Chile[125] y el 8 de octubre de 1998 la Bow Street Magistrates' Court acordó la extradición a España solicitada por la Fundación española.[126]

Donde la « confidencialidad » esconde un fraude contra la administración de Justicia

102. Es entonces cuando los abogados de Chile en Londres montaron la estratagema de la operación que, so pretexto del deber de respetar la confidencialidad, tenía como finalidad frustrar la ejecución de la sentencia del 8 de octubre de 1999 favorable a la Fundación española. El Ministro de *Home Office* M. Jack Straw testifica que a petición del Gobierno de

[123] Doc. nº 1, Demanda de la *Fundación española Presidente Allende c. Augusto Pinochet y otros*, 4 de julio de 1996, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional de España, accesible en http://bit.ly/2hX1iNJ en inglés y en castellano en http://bit.ly/2h020rM

[124] Doc. nº 2, *Curriculum Vitae* de Mr. Lawrence Collins (Lord Collins of Mapesbury), extracto

[125] Doc. nº 3, intervención de Mr. Lawrence Collins en nombre del Gobierno de Chile pidiendo la puesta en libertad inmediata del *extraditurus*, sentencia de la House of Lords de 24 de marzo de 1999, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)* accesible igualmente en http://www.uniset.ca/other/cs5/2000AC147.html

[126] Doc. nº 4, Bow Street Magistrates' Court: The Kingdom of Spain v. Augusto Pinochet Ugarte, Sentencia, 8 de octubre de 1999, accesible en http://bit.ly/1JGDiAs

Chile nombró[127] cuatro eminentes expertos, independientes e imparciales, que gozaban de una reputación mundial sin tacha.[128]

103. El Informe de esas eminencias inglesas e internacionales ha engañado, por unanimidad, a la institución que las había nombrado, el Gobierno de Su Majestad británica.

104. En el presente procedimiento arbitral se repite el mismo *modus operandi* en el seno del CIADI cuando el Estado de Chile y los eminentes árbitros invocan una obligación de confidencialidad que trata de inducir a error a aquellos que les nombraron árbitros, a saber, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI en el caso de Sir Franklin Berman, y la Fundación española en el caso del Sr. V.V. Veeder.

105. Los documentos adjuntos aportan la prueba

a) De la demanda de la República de Chile de imponer en Londres la confidencialidad profesional[129] como coartada para su maquinación;

b) De la exigencia de que la confidencialidad sea mantenida en todas las circunstancias: la sentencia de la *Supreme Court of Judicature*, Queen's Bench Division, del 15 de febrero de 2000, informa de los intercambios que a este fin tuvieron lugar entre el Ministro del Home Office, Mr. Jack Straw, y los abogados de Chile en Londres[130] ;

c) De la sentencia del 15 de febrero de 2000 de la *Supreme Court of Judicature*[131] rechazando la alegada confidencialidad y ordenando revelar las informaciones a los Demandantes, y una de las resoluciones judiciales que siguieron al levantamiento de la confidencialidad[132] ;

d) Del fraude bajo el pretexto de la « confidencialidad » propugnado por el Estado de Chile, en particular el Sr. Insulza y sus abogados en Londres, para evitar la ejecución de la mencionada Sentencia del 8 de octubre de 1999, a saber:

   1) la emisión por *BBC Radio4* del 6 de mayo de 2016 del coloquio en el cual el autor de las presentes observaciones ha participado junto con el Sr. Jack Straw, quien expresa su *fury* por haber sido engañado por la maquinación urdida bajo el pretexto de la confidencialidad[133];

---

[127] Doc. nº 4 bis, el Gobierno de Su Majestad nombra expertos eminentes obligados a confidencialidad profesional
[128] Doc. nº 6, Kingdom of Belgium, R (on the application of) v Secretary of State for Home Department, Court of Appeal - Administrative Court, February 15, 2000, [2000] EWHCAdmin 293, página 5
[129] Doc. nº 5, Straw (Jacques), Memoirs, Londres, Pan Books, 2012, página 261
[130] Doc. nº 6, ibid., páginas 4-5, 10-13
[131] Ibid, página 15 y siguientes
[132] Doc. nº 7, The New York Times, *Chilean Judge Says Pinochet Is Fit for Trial*, 2004-12-14, accesible en http://nyti.ms/1YqtwdB
[133] Doc. nº 8, Jack Straw, coloquio retransmitido por BBC Radio 4 el 6 de mayo de 2016, minutos 40:35 à 41:12 ; 33 :37 a 35 :19 ; 36 :25 a 36.50, accesible igualmente en http://bbc.in/2hv3UAO

2) el documental difundido por la Televisión Nacional de Chile el 27 de noviembre de 2016 donde el Ministro Jack Straw declara que estaba por ello « *furious beyond belief…that was a fraud* !»[134], y

3) el documental difundido el 1 de diciembre de 2016 por la Televisión Nacional de Chile exponiendo la preparación del fraude y la intervención en él del Ministro Sr. Insulza y sus abogados en Londres[135] ;

e) De las interferencias extra-judiciales puestas en marcha en Londres por el Estado chileno a fin de impedir la ejecución de la referida sentencia obtenida por la Fundación española. El Ministre Jack Straw hace un resumen: menciona el Vaticano, un antiguo Presidente de los Estados Unidos, une antigua Primera Ministra del Reino Unido, «*a large group of wealthy and influential supporters* ».[136]

El recurso por el Estado de Chile a inversores extranjeros y a la corrupción contra el procedimiento judicial dirigido en Londres por la Fundación española Demandante

106. En 1998 la empresa eléctrica ENDESA era el mayor inversor español en Chile, el 35% de un total de US$ 3.674.472.000 acumulados entre 1974 y 1998 según el Comité de las Inversiones Extranjeras de Chile[137]. Inmediatamente después de que la sentencia del 25 de noviembre de 1998 de la House of Lords hubiera aceptado la apelación formulada por el Reino de España a petición de la Fundación española Demandante[138], el Estado de Chile movilizó al invasor español ENDESA, de tal manera que uno de los hermanos del entonces Presidente del Consejo de Administración hizo llegar al abogado de la Fundación española que firma esta comunicación el mensaje siguiente : *está en Madrid una alta autoridad chilena que me pide transmitirte este mensaje: que esto se arregla con dinero, pon la cifra que quieras …*
En el anexo n° 10 figura el documental difundido por la TV Nacional de Chile informando de esta tentativa de soborno, donde se añade que es poco probable que ésta haya sido la única oferta de dinero tendente a interferir en la administración de Justicia en el procedimiento que dirigía en Londres la Fundación española Demandante (minutos 11 :12 a 11 :35).

---

[134] Doc. n° 9, capítulo 2 del documental de la TV Nacional de Chile transmitido el 1 de diciembre de 2016, **Mr. Jack Straw** condena el fraude montado por el Gobierno chileno del que ha sido víctima el Gobierno británico (minutos 01:50 a 01 :54 ; 04 :45 a 05 :00 ; 05 :34 a 05 :46) ; **el Ministro Sr. Insulza** defiende el fraude (min. 05 :01 à 05 :10) ; **Juan E. Garcés** (min. 01 :46 a 01 :50 ; 06 :04 a 06 :27 ; 21 :07-21 :15), accesible igualmente en http://bit.ly/2hJxktN o en el sitio de la TV Nacional de Chile http://bit.ly/2fUsBDu

[135] Doc. n° 10, cap. 1 del documental de la TV Nacional de Chile transmistido el 25 de octubre de 2016 : ver las manifestaciones de **Mr. Straw** (03 :40 a 03 :57 ; 07 :27 a 07 :40 ; 24 :44 a 25 :34 ; 41 :22 a 41 :39 y, en particular, 54 :14 a 54 :58 ; 55 :14 a 55 :28 ; 56 :12 a 56 :22 ; 58 :00 a 58 :12), las del **Ministro Sr. Insulza** (09 :16 a 09 :33 ; 10 :09 a 10 :41 ; 14 :47 a 14 :50 ; 26 :02 a 26 :14 ; 45 :10 a 45 :25) , y las **Juan E. Garcés** (02 :07 a 02 :21 ; 03 :14 a 03 :28 ; 11 :12 a 11 :35 ; 15 :12 a 15 :18 ; 25 :35 a 26 :01; 53 :20 a 53 :25, y, en particular, 56 :22 a 56 :39), accesible igualmente en http://bit.ly/2hJJXHo

[136] Doc. 5, Straw (Jacques), Memoirs, Londres, Pan Books, 2012, página 258 y ss.

[137] Ver el informe publicado en http://www.americaeconomica.com/inversion/chile/texto.htm, sección 2.7

[138] Doc. n° 12, House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police* (Pinochet 1), sentencia de 25 de noviembre de 1998, accesible igualmente en http://bit.ly/2iaRIUT

107. Tales antecedentes, tales riesgos, acentúan, si es posible, el deber de exigencia legítima concerniente al respeto de los criterios objetivos reconocidos en materia de independencia, neutralidad, conflictos aparentes de intereses y sesgo de los árbitros.

***

VI. CONCLUSIONES

108. Como ha recordado el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI en su reciente Decisión del 28 de diciembre de 2016[139], el término «manifiesto» empleado en el artículo 57 de la Convención CIADI significa «evidente» («*evident*») o «flagrante » («*obvious* ») y hace referencia a la facilidad con la cual puede ser discernido el defecto alegado.

Las tres versiones del artículo 14 de la Convención hacen igualmente fe, y está admitido que los árbitros deben ser tanto imparciales como independientes.

La independencia al igual que la imparcialidad « *protègent les parties contre le risque que les arbitres ne soient influencés par des facteurs autres que ceux liés au bien-fondé de l'affaire* ».

Los artículos 57 y 14(1) de la Convención CIADI no exigen la prueba de la falta de independencia o de imparcialidad efectivas; al contrario, basta establecer la apariencia de falta de independencia o de parcialidad.

El criterio jurídico aplicado a la propuesta de recusación de un árbitro es un «*critère objectif fondé sur une appréciation raisonnable des éléments de preuve par un tiers*».

109. El 20 de septiembre de 2016, al ser informados de que el Estado de Chile dirigía gestiones *sigilosas* en las Essex Court Chambers, los inversores españoles revivieron las maniobras fraudulentas del Estado Defensor de las que fueron víctimas los Tribunales de Justicia del Reino Unido, el Gobierno de Su Majestad y la Fundación española -parte Demandante en este arbitraje- con el fin de evitar la ejecución de la mencionada sentencia del 8 de octubre de 1999 de la Bow Street Magistrates' Court que aceptó una demanda de la Fundación española (*supra* §§98-105), propietaria igualmente del 90% de las empresas de prensa CPP S.A. y EPC Ltda. que son hoy el objeto del presente arbitraje

110. Está comprobado un *modus operandi* comparable del Estado de Chile en el presente procedimiento de recusación, a saber:

a) Que en la fecha de registro, el 8 de noviembre de 2016, de la demanda de rectificación de errores materiales en el laudo del 13 de septiembre de 2016, los Demandantes habían recibido información (*supra* §§5, 14, 23, 26, 27) de que la República de Chile es uno de los clientes más importantes de las Essex Court Chambers. Los Sres. **Lawrence Collins, Christopher Greenwood, Simon Bryan, Stephen Houseman**[140], **Samuel Wordsworth,**

[139] *BSG Resources Limited et altri c. Guinée* (Affaire CIRDI ARB/14/22), Décision sur la proposition de récusation de tous les membres du tribunal arbitral, 28 de abril de 2016, accesible en http://bit.ly/2i3kCHZ

[140] Ver *supra* §§23, 26, 30, 31, 101. Los Sres. Lawrence Collins, Christopher Greenwood, Simon Bryan, Stephen Houseman no son mencionados en las respuestas a la Sra. Secretaria General del CIADI del Estado Demandado y los Sres. Berman y Veeder

Alan Boyle[141], entre otros, han sido y son remunerados por aconsejar regularmente a la República, y a organismos que dependen de éste, en asuntos de envergadura estratégica, entre otros los que se refieren a la integridad de sus fronteras marítimas y terrestres del Norte y a empresas que están asociadas, directa o indirectamente, a empresas propiedad del Estado chileno, siendo las Essex Court Chambers la referencia, un punto de apoyo principal en Inglaterra en materias de importancia estratégica para la República de Chile (*supra* §§23, 24, 28-33) ;

b) Que el Estado de Chile tiene un interés financiero cierto en que no prosperen los remedios que la Convención del CIADI (arts. 49(2), 50 y 51) ofrece a los inversores Demandantes en relación con el Laudo del 13 de septiembre de 2016, tres remedios cuya solución es precisamente de la competencia del Tribunal donde se sientan los Sres. Berman y Veeder (*supra* §§50, 75, 93);

c) Que esas circunstancias configuran una situación donde convergen intereses presentes y futuros de miembros de las Essex Court Chambers en dar satisfacción a las necesidades de un cliente tan importante como es el Estado de Chile y los organismos que de éste dependen, en detrimento únicamente de las partes Demandantes (*supra* §§23-27 74-87; 88-96);

d) Que los Tribunales de Justicia ingleses aplican los tests propios de la imparcialidad de los jueces a los *barristers*/árbitros (§§25, 37, 52-66, 78, 89, 94), a diferencia de lo que Sir Franklin Berman y el Sr. V. V. Veeder parecen dar a entender en sus comunicaciones al CIADI del 4 y 11 de diciembre y 17 de octubre de 2016, al servicio objetivo de mantener la opacidad absoluta en las relaciones entre el Estado Demandado y las Essex Court Chambers, incluso después que ambos árbitros hubieran sido informados de ello por los Demandantes[142];

e) Que los dos árbitros han rehusado reaccionar cuando los Demandantes les hicieron partícipes el 13 y 27 octubre y el 18 de noviembre de 2016[143] de que las relaciones *sigilosas* del Estado Demandado con sus Chambers **ya no eran confidenciales, sino del dominio público**;

f) Que cuando les fue transmitida la demanda de corrección de errores del 27 de octubre de 2016[144] ni el Estado de Chile ni los árbitros han revelado al Centro ni a los Demandantes las importantes relaciones recíprocas entre el Estado y miembros de las Essex Court Chambers, infringiendo de este modo su obligación de aplicar de manera efectiva y útil la Regla de arbitraje nº 6(2) en relación con el artículo 14(1) de la Convención, con la práctica de los Tribunales del CIADI sobre conflictos de interés e, igualmente, con los Principios de la IBA, señalados en la propuesta de recusación (§§29, 32, 35, 38, 39, 44, 45, 46, 47, 51, 56, 68) y aquí *supra* §§25, 42-48, 63, 85, 90, 91, 95).

[141] Los nombres de los Sres. Samuel Wordsworth y Alan Boyle fueron dados a conocer a las partes Demandantes el 20 de septiembre de 2016, quienes los comunicaron al Centro el 17 de octubre siguiente (Docs. 6 y 7 anexos a la propuesta de recusación de 22 de noviembre de 2016)
[142] Docs. nos. 45, 46 y 71, y Doc. nº 13 anexos a la propuesta de recusación
[143] Docs. nos. 64, 65, 72 y 73
[144] Doc. nº 72

111. Ambos árbitros han faltado a su deber incluso bajo el derecho inglés, pues hubieran debido adoptar con anticipación medidas preventivas en conformidad con el *General Council of the Bar*, entre otras las siguientes:

> *a. As far as clerking is concerned, separate clerks should be designated to deal with the matter on behalf of the arbitrator member and on behalf of the member retained to act as advocate/adviser.*
> *b. There should be state of the art arrangements to ensure that communications destined for one member cannot be seen by, or come into the hands of, the other member.*
> *c. There should be arrangements for the secure storage of papers in cases in which this is necessary, with those arrangements being kept up to date to reflect best practice.*[145]

112. Además, en el marco del procedimiento iniciado el 27 de octubre regulado por el art. 49(2) de la Convención, los árbitros han resuelto inadmitir *a limine* que el Estado Demandado revele el contenido y el alcance de las relaciones que mantiene con las Essex Court Chambers, en las circunstancias descritas en los §§67-73 *supra* y en los §§2-5, 21, 51, 77-84 de la propuesta de recusación.

113. Por otra parte, los hechos sobrevenidos a partir del 20 de septiembre de 2016, las respuestas de Sir Franklin Berman y el Sr. M. V.V. Veeder al Centro desde el 20 de septiembre de 2016, incluidas las del 4 y 11 de diciembre de 2016, han incrementado las dudas en cuanto a

a) que en el proceso de arbitraje iniciado el 22 de noviembre de 2016 su parcialidad es más que probable, sus respuestas incompletas, inexactas, sesgadas, no pueden ser consideradas -habida cuenta de las respuestas de que disponen o pueden razonablemente disponer a las preguntas que les han sido planteadas - ni imparciales ni neutras, en detrimento sólo de los Demandantes,

b) que en el procedimiento de rectificación de errores materiales han tomado partido infringiendo normas fundamentales de procedimiento, en detrimento de los solos Demandantes (*supra* §§49-51, 76, 77),

c) que la situación en su conjunto puede objetivamente encerrar riesgos reales de parcialidad en los futuros procedimientos, en su caso, de revisión y/o aclaración del Laudo del 13 de septiembre de 2016.

114. Los dos árbitros y el Estado de Chile presentan sus explicaciones en un contexto de aparente connivencia objetiva en cuanto a la opacidad del contenido y alcance de las relaciones entre el Estado Demandado y miembros de las Essex Court Chambers e, igualmente, de interacción a fin de evitar que los Sres. Berman y Veeder se sometan a los tests generalmente practicados en el sistema del CIADI para calificar los conflictos aparentes de interés planteados[146].
Como afirma la England and Wales High Court en la mencionada sentencia del caso *Cofely Ltd v Bingham & Anor* de 17 de febrero de 2016

> *The tribunal's explanations as to his/her knowledge or appreciation of the relevant circumstances are also a factor which the fair minded observer may need to consider when*

[145] Doc. nº 22 anexo a la propuesta de recusación de 22 de noviembre de 2016, *Information Note regarding barristers in international arbitration du General Council of the Bar,* §22
[146] Este asunto es desarrollado en la propuesta de recusación de 22 de noviembre de 2016, §§60-68

reaching a view as to apparent bias[147]

115. La confidencialidad del sistema de las *chambers* inglesas aparece, así, objetivamente, como habiendo sido desviada para encubrir la connivencia aparente entre los árbitros y el Estado Demandado, de la misma manera que el Estado de Chile desvió la confidencialidad para encubrir el fraude a la administración de Justicia de los Tribunales británicos, al Gobierno de Su Majestad y a la Fundación española cometido entre 1998 y 2000 (*supra* §§98-107).

116. En el sistema de derecho civil vigente en Chile la presente situación entre los dos árbitros y el Estado Demandado daría igualmente lugar a un conflicto objetivo de intereses, como ha sido demostrado en la propuesta de recusación del 22 de noviembre de 2016 (§54).

117. Un tercero imparcial y debidamente informado de las circunstancias específicas en la especie no puede sino concluir que las relaciones prolongadas e importantes que existen entre el Estado de Chile y los organismos que de éste dependen, por una parte, y las Essex Court Chambers y miembros de éstas, por otra parte, genera un conflicto aparente de intereses, y pueden influenciar a los árbitros, consciente o inconscientemente, a fin de no perder la confianza de un cliente tan importante, muy verosímilmente en posición de gran influencia sobre las Essex Court Chambers.

118. Por estos motivos, formulan la presente

PETICION AL SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO

1) Constatar que en los conflictos aparentes de interés que han afectado precisamente a miembros de las Essex Court Chambers, el Tribunal de arbitraje ha decidido -en el caso *Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia*, al igual que los árbitros Sres. Jan Paulsson y Charles Brower en el caso *Vanessa c. Venezuela*-, que en el Sistema del CIADI las ***barristers' chambers should be treated in the same way as law firms***:

> *For an international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies (...)* [§§19, 23];

2) Constatar que el Ministro del Reino Unido, Mr. Jack Straw, ha confirmado el fraude cometido por el Estado de Chile -parte Demandada en el presente arbitraje – contra la administración de Justicia británica, el Gobierno de Su Majestad y **una de las partes Demandantes en el presente arbitraje** -el inversor español Fundación Presidente Allende-, so pretexto del deber de «*confidencialidad*» invocado por las eminentes personalidades inglesas, de reputación mundial, que posibilitaron dicho fraude;

3) Considerar que este precedente es tanto más directo cuanto que el mismo Estado, los mismos individuos que participaron en ese fraude confirmado en Londres, tales como los Sres. Insulza, Kleveren y otros, son quienes mantienen las relaciones con las Essex Court Chambers mientras se desarrolla el presente procedimiento, planteando la aprensión, los temores y peligros objetivos expuestos en la proposición de recusación;

[147] Doc. nº 52, §§69-73, 75

4) Constatar el conflicto aparente de intereses objetivo que existe entre el Estado de Chile, parte Demandada, las Essex Court Chambers y los miembros del Tribunal de arbitraje Sir Franklin Berman y Mr. V.V. Veeder, igualmente miembros de las Essex Court Chambers,

5) Aceptar la respetuosa propuesta de recusación de los dos árbitros;

6) Que el Estado de Chile pague todos los costos y gastos causados a las Demandantes que dimanan del incidente de recusación por no haber informado al Centro y a las partes Demandantes sobre las relaciones y vínculos que existen entre las Essex Court Chambers, miembros de éstas, y la República de Chili y organismos dependientes de ella.

Respetuosamente

Dr. Juan E. Garcés
Representante de D. Víctor Pey Casado, Da. Coral Pey Grebe y la
Fundación española Presidente Allende

	DOCUMENTOS ANEXOS	
Nº	**Documento**	Pág.
1	*Fundación española Presidente Allende c. Augusto Pinochet y otros*, demanda de 4 de julio de 1996, Juzgado Central de Instrucción num. 6, Audiencia Nacional de España	2
2	*Curriculum Vitae* de Lord Collins of Mapesbury, Ll.D., F.B.A. (Lawrence Collins), extracto	35
3	Intervención del Sr. Lawrence Collins en representación del Gobierno de Chile, sentencia, House of Lords, 24 de marzo de 1999, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 3)	37
4	Bow Street Magistrates' Court: *The Kingdom of Spain v. Augusto Pinochet Ugarte*, sentencia, 1999-10-8	44
4 bis	Eminentes expertos recomendados al Home Office Secretary el 26 de octubre de 1999	53
5	Straw (Jacques), Memoirs, Londres, Pan Books, 2012, extracto	55
6	*Kingdom of Belgium, R (On The Application of) v Secretary of State for Home Department*, Court of Appeal - Administrative Court, February 15, 2000, [2000] EWHCAdmin 293	76
7	The New York Times, *Chilean Judge Says Pinochet Is Fit for Trial*, 2004-12-14	106
8	Jack Straw, coloquio con Juan E. Garcés y otros, transmitido por BBC Radio 4, 2016-05-06	Video
9	Jack Straw, Ministro Insulza y Juan E. Garcés, Documental de la TV Nacional de Chile, cap. 2, transmitido el 1-12-2016	Video
10	Jack Straw, Ministro Insulza y Juan E. Garcés, Documental de la TV Nacional de Chile, cap. 2, transmitido el 25-11-2016	Video
11	Comunicación confidencial de D. Francisco Orrego Vicuña al Tribunal de la House of Lords, 1998-11-21	111
12	House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police (Pinochet 1)*, sentencia, 25 novembre 1998, acepta la apelación interpuesta por el Reino de España a petición de la Fundación española Demandante	121
13	Breve síntesis razonada del *modus operandi* de la representación de Chile a fin de frustrar el arbitraje, influenciar al Tribunal, prolongar el procedimiento y aumentar el costo, 27 de junio de 2014	151
14	Carta del 30 de noviembre de 1998 del Ministro chileno de Economía al Señor Secretario General del CIADI atacando al Centro por haber registrado la Demanda de arbitraje	162
15	Memoria inicial de las Demandantes del 17 de marzo de 1999	173

16	Carta de dimisión del Presidente del Tribunal de arbitraje, D. José Francisco Rezek, 2001-03-13	263
17	Carta del 12 de marzo de 2001 de los Demandantes comunicando al Centro el quebrantamiento grave de normas del procedimiento por el Presidente del Tribunal de arbitraje, el juez Sr. Rezek	266
18	Carta del Juez Sr. Bedjaoui al Secretario General del CIADI solicitando información acerca de la reunión *ex parte* con una alta delegación de la República de Chile el 2-09-2005	307
19	Carta del Secretario General del CIADI del 8-09-2005 comunicando el 2-09-2005 su reunión *ex* parte con una alta delegación de Chile	328
20	Respuesta del Secretario General del CIADI el 2 de diciembre de 2005 a la carta del Juez Sr. Bedjaoui del 7 de octubre de 2005	331
21	Mr. Paul Wolfowitz, Presidente del Consejo administrativo del CIADI, acepta el 21-02-2006 sin motivación ninguna la recusación del Juez Sr. Bedjaoui por Chile	334
22	El Tribunal de arbitraje el 25 de abril de 2006 no acepta la dimisión del arbitre nombrado por Chile	337
23	El Estado du Chile recusa al Prof. Philippe Sands el 6 de enero de 2014	340
24	Carta de dimisión del Prof. Philippe Sands el 10 de enero de 2014	377
25	Intervención de los *barristers* de las Essex Court Chambers Sres. Simon Bryan y Stephen Houseman en el caso *Coromin Ltd v AXA Re & Ors*, Court of Appeal - Commercial Court, November 30, 2007, [2007] EWHC 2818 (Comm)	379
26	C.I.J., caso Perú c. Chile, nota informativa del 16 de enero de 2008	412
27	C.I.J., caso Bolivia c. Chile, nota informativa del 24 de abril de 2013	415
28	C.I.J., caso Bolivia c. Chile (2), nota informativa del 6 de junio de 2013	419
29	Sr. Kleveren co-agente de Chile. Nota del Min. AA. EE. de 25 de agosto de 2006	423
30	Sr. Kleveren co-agente de Chile. Nota del Min. des AA. EE. del 11 de junio de 2009	426
31	Sr. Insulza agente de Chile. Nota del Min. des AA. EE. de 25 de enero de 2016	429
32	Guyomar (G.), *Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice*	432
33	Mr. James Crawford se abstiene de participar en la audiencia del Bolivia c. Chile, 2015-10-01	453
34	Mr. Chr. Greenwood abogado externo de Chile. Nota del Min. de AA.EE., 2008-03-14	456
34bis	*"Christopher Greenwood hired by Chile"*	459

35	Chr. Greenwood abogado externo de Chile. Nota de la Sra. Vega, www.24 horas.cl, 2015-05-28	462
36	*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decisión del 12 de mayo de 2008	467
37	*SA J&P Avax SA v. Tecnimont SPA*, Paris, Cour d'Appel, sentencia, 12 de febrero de 2009	496
38	Tribunal Supremo de Suecia, *A.J. v. Ericsson AB,* case T 2448-06, challenge of arbitral award, decisión del 19 de noviembre de 2007	500
39	CEDH, *In the case of Pullar v. United Kingdom,* sentencia del 10-06-1996	509
40	Lalive (Pierre), *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. I, t. 120, 1967, p. 578	522
41	*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal (22 October 2007)	527
42	C.I.J, *Affaire Relative à la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale*, Arrêt, 1er avril 2011	548
43	Crawford (James), *Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration*, Oxford Scholarship Online, January 2016	696
44	*Hrvatska Elektroprivreda DD v The Republic of Slovenia,* ICSID Case No ARB/05/24, Order Concerning the Participation of a Counsel (6 May 2008)	710
45	Respuesta de Sir Franklin Berman el 4 de diciembre de 2016 a la propuesta de de recusación	727
46	Respuesta del Sr. V. V. Veeder el 11 de diciembre de 2016 a la propuesta de recusación	732
47	Declaración de un abogado de Chile publicada en *Global Arbitration Review* le 25 octobre 2016	735
48	Respeusta del Estado de Chile al Centro el 16 de diciembre de 2016	743
49	Propuesta motivada de recusación del 22 de noviembre de 2016 de los Sres. Berman et Veeder	744
50	*Lawal (Appellant) V. Northern Spirit Limited on Thursday*, Judgment, 19 June 2003, [2003] UKHL 35	787
51	*Locabail (UK) Ltd v Bayfield* [2000] EWCA Civ 3004, 17 November 2000	794
52	High Court of England and Wales (Commercial Court), between *COFELY LIMITED, Claimant, and ANTHONY BINGHAM and KNOWLES LIMITED,* Decision 17/02/2016, [2016] EWHC 240 (Comm), Case No: 2015-000555	845

53	*Eurocom v. Siemens*, High Court of Justice of England and Wales, [2014] EWHC 3710 (TCC), 7 November 2014	868
54	*English Arbitration Act* 1996, article 24	887
55	*Davidson v Scottish Minister* [2004] UKHL 34	890
56	*Magill v. Porter* [2001] UKHL 67 (13th December, 2001) par Lord Hope	896
57	*Helow v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 62	937
58	*Regina v. Gough* [1993] House of Lords AC 646	944
59	High Court of Justice, [2015] EWHC 140 (Comm)	973
60	El Tribunal de arbitraje invita el 16 de noviembre de 2016 a Chile a consentir la demanda de rectificación de errores materiales interpuesta el 27 de octubre de 2016	988
61	Sir Franklin Berman al CIADI el 13 de enero de 2014	990
62	Chile al Tribunal de arbitraje el 17 de noviembre de 2016	993
63	*Vanessa Ventures v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 22 de agosto de 2008	998
64	Los Demandantes a los Sres. Berman y Veeder el 20-09-2016	1032
65	Los Demandantes solicitan el 13-10-2016 que Chile revele sus relaciones con miembros de las Essex Court Chambers	1036
66	Witt Wijnen (Otto de)-Voser (N.)- Rao (N.), *Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*	1044
67	*Aguas del Aconquija v. Argentina*, Decision on Challenge to arbitrator, 3-10-2001	1071
68	La Sra. Secretaria General del CIADI a los Demandantes el 20 de octubre de 2016	1086
69	Los Demandantes a la Sra. Secretaria General del CIADI el 18 de octubre de 2016	1089
70	La Sra. Secretaria General del CIADI a las partes el 8 de noviembre de 2016	1108
71	M. V.V. Veeder al abogado de las Demandantes el 17 de octubre de 2016	1111
72	Demanda de 27-10-2016 de rectificación de errores en la Sentencia del 13 de septiembre de 2016 y de revelar las relaciones entre Chile y las Essex Court Chambers	1115
73	Los Demandantes al Tribunal de arbitraje el 18 de noviembre de 2016	1163
74	Los Demandantes solicitan el 30 de diciembre de 2016 conocer el contenido de los documentos y del debate entre las partes en el caso *Vanessa c. Venezuela* sobre el conflicto de intereses aprente los Sres. Veeder y Greenwood, miembros de las Essex Court Chambers	1166
75	El CIADI comunica el 1 de enero de 2016 que no son públicos los documentos del	1169

	debate entre las partes en el caso *Vanessa c. Venezuela* sobre el conflicto de intereses entre los Sres. Veeder y Greenwood	
76	*Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, 19 mars 2010	1171
77	Cour de Cassation, Arrêt du 16 décembre 2015, N° de pourvoi: 14-26279, caso *Société Columbus acquisitions INC et la société Columbus Holdings France*	1204
78	House of Lords, *Judgment in re Pinochet* (2), 15 de enero de 1999	1208

CIRDI Affaire ARB/98/2

AFFAIRE VICTOR PEY CASADO ET FONDATION ESPAGNOLE «PRÉSIDENTALLENDE» c. LA REPUBLIQUE DU CHILI

PROCÉDURE DE CORRECTION D'ERREURS MATERIELLES CONTENUES DANS LA SENTENCE DU 13 SEPTEMBRE 2016

DOCUMENTS ANNEXÉS AUX

OBSERVATIONS AUX EXPLICATIONS DES ARBITRES SIR FRANKLIN BERMAN QC ET M. V.V. VEEDER QC ET DE L'ÉTAT DU CHILI

Que les parties Demanderesses soumettent respectueusement à M. le Président du Conseil administratif du CIRDI conformément aux articles 57 et 58 de la Convention et 9 et 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI

Washington, le 13 janvier 2017

Doc. num. 1

TO THE CENTRAL INVESTIGATIVE COURT

OF THE NATIONAL CRIMINAL COURT

DON JUAN MIGUEL SANCHEZ MASA, Court Solicitor and Solicitor of the President Allende Foundation (Fundación Presidente Allende), of Spanish nationality, CIF G79339693, established pursuant to Decree 2.930/1972 of the Ministry of Education and Science, dated 21 July 1972, recorded as No. 225 in the Foundation Register of the Ministry of Education and Culture, with a registered office at C/Alfonso XII, no. 18-4 izq., Madrid 28014, appears before the Central Court of Instruction of the National Court, and proceeds as follows.

FACTS

Having knowledge of the offenses report dated 1 July 1996 filed in the Investigative Court of Valencia by D. MIGUEL MIRAVET HOMBRADOS, as legal representative of the Progressive Association of Public Prosecutors, against Augusto Pinochet Ugarte, José Toribio Merino Castro, Gustavo Leigh Guzmán, César Mendoza Durán, Fernando Matthei Aubel, Rodolfo Stange Oelckers and others, for acts which can be typified as GENOCIDE (art. 607 of the Penal Code) and INTERNATIONAL TERRORISM (art. 572 Penal Code), by means of the present document and in the exercise of an "actio popularis" as provided for in art. 125 of the Constitution, regulated in arts. 19.1 and 20.3 of the Organic Law of Judicial Power, arts. 101 and 270 of the Law of Criminal Proceedings and in compliance with the requirements of art. 277 and other related parts of that law put forward

CRIMINAL COMPLAINT

This action is brought against the same individuals and based upon the same facts referred to in the said offenses report [presented in Valencia]. The following additions to those criminal acts and individuals accused is for the purpose of emphasizing, and better characterizing, the international dimension of terrorism and massive nature of the crimes against Humanity committed by the defendants, as alleged by the Progressive Association of Public Prosecutors.

FIRST. This criminal complaint[1] is duly brought before the Central Court of Instruction by assignment, that Court being competent to deal with issues exemplifying, pursuant to Spanish penal law, acts of genocide and terrorism, both international crimes being subject to universal jurisdiction. Such jurisdiction is established in this instance by articles 10.2, 24.1 and 96.1 of the Constitution in relation to article 1.5 of the Civil Code; articles 23.4

[1] Criminal Complaint is used as a translation of *Querella Criminal*. It is an action arising out of a civil wrong which is also an offence, like defamation, and may have consequences under both civil and criminal law. Because it involves a criminal element, proceedings may theoretically be instituted by any citizen though in practice it is usually the victim or his/her representative who prefers the charge with the Investigative Criminal Court (translator's note).

a), 23.4 b), 23.4 c) and 23.5 of the Organic Law of the Judicial Power, and article 272.I of the Law of Criminal Proceedings, all aforementioned articles being considered in relation to article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, dated 23 May 1969 (RCL 1980, 1295 and ApNDL 13520), which established that a party to the Convention "may not invoke the provisions of its domestic law as justification of a breach [by another party] of a treaty," (Sentence of the Supreme Court, Section 2, of 29 March 1993, A.2567).

SECOND. Plaintiff is the Foundation cited above (represented by its President Mr. Joan E. Garcés y Ramón, DNI no. 18848673, married adult, practicing attorney of the Madrid Bar Association, Ph. D in Political Science, with registered office at C/Alfonso XII, no. 18, of this Capital).

THIRD. The names, last names and residences of the defendants are those established in the complaint filed by the Progressive Association of Public Prosecutors.

FOURTH. The detailed description and other details regarding the facts, referred to in article 277(4o) of the Law of Criminal Proceedings cited above, are expressly stated in the complaint filed by the Progressive Association of Public Prosecutor, which is reproduced here in its entirety and amended as follows:

1. The defendants Augusto Pinochet Ugarte, José Toribio Merino Castro, Gustavo Leigh Guzmán and César Mendoza Durán, knowing that on 11 September 1973 the Head of State was to convene a national referendum, ordered that forces under their command attack the Presidential Palace with artillery and armoured vehicles, bomb it from aircraft and assault it with infantry troops, and provoked the violent death of the constitutionally elected Head of State, Dr. Salvador Allende Gossens, within the Presidential Palace while it was burning. Following the aforementioned acts, the defendants assumed control over the Constituent, Executive and Legislative branches thereby imposing a reign of terror that shut down Congress, burned election Registers and libraries, militarized the universities (including the Pontifical Catholic University), suppressed the freedom of information and press, murdered more than three thousand individuals upon the defendants orders, subjected hundreds of thousands of individuals to torture, deprived millions of individuals of their civil, social and economic rights and subjected those same millions of individuals to a regime of economic exploitation through successive States of War, Siege, and Curfew over a period of 15 years.

From the winner of the Nobel Peace Prize, Pablo Neruda, to the most anonymous citizen, the life of every individual was subject to the repression and arbitrariness which was carried out on the defendants orders. In establishing this fact, it is enough to refer to the autopsy performed on doctors EDUARDO PAREDES BARRIENTOS and ENRIQUE PARIS ROA, both detained by order of the defendants, along with 22 other individuals, in the Presidential Palace (see p. 133 of the Rettig Report), all of these individuals having been referred to as "detained-missing" as from 11 September 1973 until the discovery of some of them in 1995 in a mass grave, which revealed that they had suffered torture specified as

follows:

> *"fracture of the vertebral column, pelvis, wrists, ribs, cranium, fatal burns - with torches and flame throwers - in the thorax, shoulders, throat and parts of the face, which left black marks in the bone structure, including the teeth."*

So that the Court, which I have the honour to address, assess the magnitude of the absolute impunity regarding the facts recited, not a single legal proceeding has been invoked so far to determine the cause leading to the violent death of the Head of State nor the deaths of doctors EDUARDO PAREDES and ENRIQUE PARIS.

2. The accused individuals referred to in the preceding set of facts concerted with individuals of equal rank in the Military Authority of Argentina to coordinate and widen the commission of identical acts of terrorism, assassination, illegal detention, torture, kidnapping of minors and disappearances. The Central Investigating Court No. 5 of this National Criminal Court is at present carrying out Preliminary Investigations num. 108/1996 regarding the acts of genocide and terrorism committed in Argentina.

The agreement to commit crimes followed a common pattern, and the defendants used for the purpose of committing those crimes officials under its control (subordinates by hierarchy, organized, obedient and abstaining of political involvement), offences carried out in multiple American and European countries which were financed from the State Budget, the victims of which were, among others, Spanish citizens, as well as tens of thousands of citizens of different countries who were murdered, kidnapped or "detained-missing". The names of thousands of individuals who were murdered or "detained-missing" pursuant to orders given by the defendants are listed in attached Annex 2.

The agreement to commit crimes between the defendants and the members of the Military Authority of Argentina (Investigative Central Court No.5, 105/1996) was assigned the name "OPERATION CONDOR". It is of public knowledge that it was discovered initially by the FBI agent Robert Scherrer, the legal attaché since 1972 to the United States Embassy in Buenos Aires, Argentina, while investigating in Argentina the ramifications of the assassination in Washington, D.C., of Mr. Orlando Letelier del Solar (Minister in the Dr. Salvador Allende Administration of 1970-1973). In his telegram to the Director of the FBI in Washington, D.C., dated 28 September 1976, Robert Scherrer reported the following

> ***"BUENOS AIRES (109-2) 109-9)***
> ***To Director (109-12-201) (109-12-207) Priority 204-28***
> ***Brasilia Priority 026-28***
> ***Madrid Priority 007-28***
> ***Paris Priority 601-28***
> ***CONDOR***
> ***Secret***
> ***Foreign Political Matters - Argentina; Is - Argentina;***
> ***Foreign Political Matters- Chile; Is - Chile.***
>
> ***On September 28, 1976, a Confidential source abroad provided the following***

information

> *'''Operation Condor' is the code name for the collection, change and storage of intelligence: data concerning so called leftists, communist and marxists, which was recently established between cooperating intelligence services in South America in order to eliminate marxist terrorist activities in the area. In addition "Operation Condor" provides for joint operations against terrorist, targets in member countries of "operation condor". Chile is the center for "Operation Condor" and in addition to Chile its members include Argentina, Bolivia, Paraguay and Uruguay, Brazil also has tentatively agreed to supply intelligence input for "Operation Condor". - Members of "Operation Condor" showing the most enthusiasm to date have been Argentina, Uruguay and Chile. The latter three countries have engaged in joint operations, primarily in Argentina, against the terrorist target. (...)*
>
> *'A third and most secret phase of "Operation Condor" involves the formation of special teams from member countries who are to travel anywhere in the world to non member countries to carry out sanctions up to assassination against terrorists or supporters of terrorist organizations from "Operation Condor" member countries. For example, should a terrorist or a supporter of a terrorist organization from a member country of "Operation Condor" be located in a European country, a special team from "Operation Condor" would be dispatched to locate and surveil the target. When the location and surveillance operation has terminated, a second team from "Operation Condor" would be dispatched to carry out the actual sanction against the target. Special teams would be issued false documentation from member countries of "Operation Condor" and may be composed exclusively of individuals from one member nation of "Operation Condor" or may be composed of a mixed group from various "Operation Condor" member nations.'*

Two european countries, specifically mentioned for possible operations under the third phase of "Operation Condor" were France and Portugal.

A special team has been organized (...) which are being prepared for possible future action under the third phase of "Operation Condor" coordinated locally.

It should be noted that no information has been developed indicating that sanctions under the third phase of "Operation Condor" have been planned to be carried out in the United States; however, it is not beyond the realm of possibility that the recent assassination of Orlando Letelier in Washington, D.C. may have been carried out as third phase action of "Operation Condor". As noted above, information available of the source indicates that particular emphasis was placed on the third phase actions of 'Operation Condor' in Europe, specifically France and Portugal. This office will remain alert for any information indicating that the assassination of Letelier may be part of 'Operation Condor' action".

Other examples of "Operation Condor" were the assassination in the Argentine of the President of the Republic of Bolivia - General Juan José Torres Gonzalez - in June 1976, or the assassination in the Argentine in that same year of two Uruguayan parliamentarians, the President of the Chamber of Deputies Hector Gutiérrez Ruiz and Senator Zelmar Michelini.

Before an Investigating Committee of the U.S. Senate, the CIA stated that it had prevented other "Condor" actions in Portugal and France, by alerting the authorities of those countries (ibid.)

The center which provided the inspiration and organization for "Operation Condor" was in Santiago de Chile, under the command of those who are herewith accused.

3.The list of acts of terrorism, and those who were victims of the accused, contained in the complaint of the Progressive Association of Public Prosecutors is added to hereby with the following facts:

- they experimented with kidnapped persons the development of a lethal gas called "SARIN", provoking their death in a cruel and painful manner, according to the confession of the DINA agent William Townley, a crime which is still unpunished,

- Mr. JOSE TOHA GONZALEZ, son of Spaniards, Vice-President of the Republic of Chile, Minister of the Interior and of Defense detained in the Presidential Palace on 11th September 1973, was subjected as from that day to such suffering in the Military School, in the Dawson Island concentration camp, in the Military Hospital and in the Air Force Hospital, as well as in the War School of the Air Force, that his weight fell to 49 kgs. (his height was 1.92 meters) and on the 14th March 1974 his executioners hung him from a closet until he died (pages 498 and 499 of the attached Rettig Report and other sources), a crime which is still unpunished,

- the acts of international terrorism whose coordination and planning were carried out by international concerted actions, such as the so-called "OPERATION CONDOR", include amongst others:

- in Madrid, the planning of the murder of Senator Carlos Altamirano, who had been invited to the Congress of the PSOE towards the end of 1976, as confessed by William Townley before Eric Marcey, US Attorney of Washington DC,

- in Mexico, the attempt to assassinate two people in 1976, according to the confession of the same Michael Townley, who identified them,

- in Argentina, Bolivia, Paraguay, Brazil and Uruguay the carrying out of numerous kidnappings, followed by assassinations and "detentions-disappearances" of tens of thousands of citizens of different nationalities, including children born before or after captivity of their parents (see pages 594 to 602 of the Rettig Report).

LEGAL BASES

I

The argument stated in the offenses report presented by the Progressive Association of Public Prosecutors is taken here as being reproduced in its entirety. In particular, Legal Base No. 6, concerning jurisdiction and the competence of the National Criminal Court

pursuant to articles 23.4.a), b), g) and 23.5 of the Organic Law of Judicial Power.

II

In accordance with article 1.5 of the Civil Code and articles 10.2, 196, 3.1, 13.3 and 93 of the Spanish Constitution, the following legal norms are directly applicable to this proceeding:

1. From the **CHARTER OF THE UNITED NATIONS**, dated 26 June 1945, signed by Spain and Chile, the Preamble and articles 1.3, 55.c, 56 and 62.2.

Article 1.3 [regarding the purpose of the United Nations] states

"To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms all without distinction as to race, sex, language, or religion."

Article 55.c) establishes that [the Members of the Organization have the obligation to promote]

*"**c) Universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion and the effectiveness of these rights and liberties**"*

Article 56 states, in imperative language, that:

*"**All Members pledge themselves to take joint or separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55.**"*

The International Court of Justice, in its 1971 Resolution concerning Namibia (ICJ Report 1971), states that the Charter of the United Nations imposes on its Members obligations inherent in Human Rights, which are imperative in nature, through which it concludes that "*a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter.*"

The subsequent international treaties on human rights are considered as the interpretation and development of the provisions within the Charter of the United Nations. And, therefore, they are binding on the Members and are also obligatory in terms of application to the Members, all in accordance with article 56 of the Charter. Furthermore, in so much as international treaties, they form part of international treaty law and are the source of it.

2. The **VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES**, dated May 23, 1969, ratified by Chile 9 April 1981, and in particular its

Art. 27: "A party may not invoke the provisions of its internal law as

justification for its failure to perform a treaty."

principle applied in the Supreme Court Sentence of 29 March 1993 (**Alkassar case**, Rapporteur Mr. Ramón Montero),

- in relation to the above cited article 55 of the Charter of the United Nations, article 31 of the Vienna Convention, states:

> **Art. 31**: "*General Rule of Interpretation*
> ***1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.***
> ***2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:***
> ***a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;***
> ***b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.***
> ***3. There shall be taken into account, together with the context:***
> ***a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;***
> ***b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;***
> ***c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.***
> ***4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended."***

3. **The UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS**, United Nations General Assembly, dated 10 December 1948, signed by Spain and Chile, articles 3, 9 and 10:

- **Article 3**: *"Everyone has the right to life, liberty and the security of his person."*

- **Article 9: "No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile."**

- **Article 10:** ***"Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him."***

These three provisions are applicable assuming: a) illegal detention, as in kidnappings; b) an agreement between the agents of two States for the apprehension of a person without respecting the legal means for such; c) actions done by private persons in service to, or on behalf of, the State.

The provisions in the Universal Declaration of Human Rights from 1948 are binding and are of an obligatory application on the Members as stated in the separate opinion of the Vice-President of the International Court of Justice, Mr. Ammoun, expressed in the Namibia case, ICJ Report 1971, Repertory of the ICJ 16,76. The judgment was supported by a unanimous Security Council in its Resolution from 20 October 1971, and approved by the United Nations General Assembly on 20 December 1971 (by 111 votes to 2, with 10 abstaining).

4. The **INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS,** done in New York, dated 19 December 1966, after its approval by the United Nations General Assembly, of which Chile forms part (Official Gazette 30th April 1977) articles 2, 3, 6, 7, 9, 12 and 13.

> **Article 2: "1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, wealth, birth or other status"**
>
> **Article 3: "Each State Party to the present Covenant undertakes:**
> **a) to ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;**
> **b) to ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;**
> **c) to ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.**
>
> **Article 6: "1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life."**
>
> **Article 7: "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment."**
>
> **Article 9: 1: "Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law."**
> **2. "Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him."**
> **3. "Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial**

power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, or at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment."
4. "Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful."
5. "Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation."

Article 12: "1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence."
2. "Everyone shall be free to leave any country, including his own."
3. "The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order, public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant."
4. "No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country."

Article 13: "An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefore only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority."

5. **THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF CRIMES AGAINST INTERNATIONALLY PROTECTED PERSONS, INCLUDING DIPLOMATIC AGENTS**, done in New York, dated 14 December 1973, joined by Spain on 26 July 1985 (BOE 7.02.1986) and Chile on 21 January 1977, the following articles:

Article 1: "For the purposes of this Convention:
1. 'internationally protected person' means:
a) a Head of State, including any member of a collegial body performing the functions of a Head of State under the constitution of the State concerned, a Head of Government or a Minister for Foreign Affairs, whenever any such person is in a foreign State, as well as members of his family who accompany him;
b) any representative, functionary or official personality of a State or any functionary, official personality or other agent of an international organization of an inter-governmental character who, at the time when and in the place where a crime against him, his official premises, his private accommodation or his means

of transport is committed, is entitled pursuant to international law to special protection from any attack on his person, freedom or dignity, as well as members of his family forming part of his household;
2. 'alleged offender' means a person as to whom there is sufficient evidence to determine 'prima facie' that he has committed or participated in one or more of the crimes set forth in article 2."

Article 2: "1.The intentional commission of:
a) a murder, kidnapping or other attack upon the person or liberty of an internationally protected person;
b) a violent attack upon the official premises, the private accommodation or the means of transport of an internationally protected person likely to endanger his person or liberty;
c) a threat to commit any such attack;
d) an attempt to commit any such attack; and
e) an act constituting participation as an accomplice in any such attack shall be made by each State Party a crime under its internal law."
2. Each State Party shall make these crimes punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature."
3. Paragraphs 1 and 2 of this article in no way derogate from the obligations of States Parties under international law to take all appropriate measures to prevent other attacks on the person, freedom or dignity of an internationally protected person."

Article 3: "1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the crimes set forth in paragraph 1 of article 2 in the following cases:
a) when the crime is committed in the territory of that State or on board a ship or aircraft registered in that State;
2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over these crimes in cases where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article."
3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law".

Article 8: "1. To the extent that the crimes set forth in article 2 are not listed as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties, they shall be deemed to be included as such therein. States Parties undertake to include those crimes as extraditable offences in every future extradition treaty to be concluded between them."
2. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may, if it decides to extradite, consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of those crimes. Extradition shall be subject to the procedural provisions and the other conditions of the law of the requested State."

3. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize those crimes as extraditable offences between themselves subject to the procedural provisions and the other conditions of the law of the requested State."
4.Each of the crimes shall be treated for the purpose of extradition between States Parties, as if it had been committed not only in the place in which it occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with paragraph 1 of article 3."

6. The **CONVENTION AGAINST TORTURE**, adopted by the United Nations General Assembly, dated 10 December 1984, ratified by Spain on 19 October 1987 (Official Gazette 9th November 1987) and signed by Chile on 23rd September 1987, articles 4, 5 and 8, which state:

Article 4: "1.Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to any attempt to commit torture and to any act by any person which constitutes complicity or participation in torture."
2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature."

Article 5: "1.Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in Article 4 in the following cases:
a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;
b) When the alleged offender is a national of that State;
c) When the victim was a national of that State if that State considers it appropriate"
2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in Paragraph 1 of this article."
3 This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law."

Article 8: "1.The offences referred to in article shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties. States Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be concluded between them in the future."
2. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of such offences. Extradition shall be subject to the other

conditions provided by the law of the requested State."
3. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize such offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested state."
4. Such offences shall be treated for the purpose of extradition between States Parties as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with article 5, paragraph 1."

7. **The CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE**, done in New York on 9 December 1948, (Official Gazette 8th February 1969)ratified by Chile on 3 June 1953.

8. Also applicable to the State of Chile are:

- The **CONVENTION TO PREVENT AND PUNISH ACTS OF TERRORISM**, done in Washington on 2 February 1971, under the auspices of the OAS, as well as

- The **INTER-AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**, adopted on 22 November 1969 and entered into force on 18 July 1978, in particular its article 7.

9. The State of Spain is bound by

- The **CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS**, adopted in Rome on 4 November 1950 (Official Gazette 10th October 1979), and in particular its article 5, as well as

- the **EUROPEAN CONVENTION FOR THE SUPPRESSION OF TERRORISM**, entered into force 4 August 1978 (BOE 8.08.1980 y 31.08.1982), in particular its articles 1, 2, 6, 7; 5, 13.

10. The **CRIMINAL EXTRADITION AND JUDICIAL ASSISTANCE TREATY BETWEEN CHILE AND SPAIN**, signed in Santiago, Chile, on 14 April 1992 and ratified 20 December 1994 (BOE 10.01.1995), including the following articles:

Art. 3: "Crimes included or considered in multilateral conventions of which both countries are a Party is a basis of extradition."

Art. 5: "Political Crimes
"For purposes of this treaty, in no instance shall the following acts be considered political crimes:
a) attempted criminal assaults against the life, physical integrity or liberty of a Head of State, or a member of his family;
b) acts of terrorism; or
c) war crimes, and crimes committed against the peace and security of humanity, in conformity with international law."

Art. 9: "*Mandatory Causes for Refusal Extradition will not be granted:*
a) when pursuant to the law of the requesting Party, that Party is not competent to adjudicate the crime which is the basis of the request for extradition;
c) when pursuant to the law of a Party the criminal penalty and punishment corresponding to the criminal act for which extradition has been requested has been annulled."

JUDICIAL ASSISTANCE FOR CRIMINAL MATTERS

Art. 28: "Obligation to Render Assistance
1. The Parties mutually agree to assist, pursuant to the provisions of the Treaty, in the realization of investigations and inquiries relevant to criminal proceedings commenced for deeds the knowledge of which is crucial for the requesting Party at the moment assistance has been requested.
2. The assistance may be given in the interest of justice, even though the act prosecuted may not be a crime under the law of the Party from which extradition has been requested. Nevertheless, in order to exercise security measures for objects or residential searches, it is necessary that the act for which assistance is requested also be considered a crime pursuant to the laws of the Party from which extradition has been requested."

Art. 44: "Entry into Force and Expiration
4. Extraditions requested after the entry into force of this Treaty will be governed by the provisions of this Treaty, regardless of the date of the act committed for which extradition is requested."

III

Pursuant to comparative law, the Department of State of the United States has defined terrorism as "*premeditated violence, which is politically motivated and performed by sub-national groups or clandestine agents against non-combatant targets generally for the purpose of influencing those who are observing*" and defined international terrorism as "*terrorism which affects citizens of more than one State*" (**North Atlantic Assembly Papers, Sub-Committee on Terrorism, Final Report**, January 1989, p.2).

IV

The **Report of the Special Investigatory Commission on Disappeared Nationals of Spain in American countries** is attached to this complaint, and was approved by the Spanish Senate on 5 August 1983, thereby qualifying the acts denounced in this Complaint as acts of State terrorism and crimes against humanity.

Also attached in one copy (in two volumes) of the report of the **National Commission on Truth and Reconciliation**, appointed in 1990 by the Government of Chile, known as the "**Rettig Report**", published in February of 1991, which specifies close to three thousand murders or "disappearances" pursuant to orders given by the defendants or with their consent. It identifies amongst the victims those mentioned in the present complaint and in

the offenses report of the Progressive Association of Public Prosecutors.

The following are identified as **LEGAL MEASURES** which much be taken:

a) those requested in the offenses report filed by the Progressive Association of Public Prosecutors, which we take as having been reproduced here in their entirety,

b) that the following depositions be taken:

b.1) in their capacity as witnesses,

- Mssrs. E. LAWRENCE BARCELLA, EUGENE M. PROPPER and ERIC MARCEY, US Attorneys (Washington, D.C.) who investigated crimes committed by agents of the defendants,
- FBI Agent CASTER CORNICK (Washington, D.C.) who investigated crimes committed by individuals under the authority of the defendants,
- Captain of the Chilean Army ARMANDO FERNANDEZ LARIOS, judged and condemned in the United States for his participation in a terrorist act while acting under the authority of the defendants, and at present a resident in the United States,
- Mercenaries VIRGILIO PAZ and JOSE DIONISIO SUAREZ ESQUIVEL, who are currently serving a twelve year sentence in the United States (Federal Correctional Institution, FCI Road, Mariana, Florida 32446) for conspiracy to murder while fulfilling orders of agents of the Chilean Government pursuant to orders given by the defendants,
- Chilean citizens and residents LUZ ARCE SANDOVAL, MARIANA CALLEJA, MARTIN MELIAN GONZALEZ, JORGE ELEAZAR LAGOS RUIZ, CARLOS HERNAN SANHUEZA, MARIA ALEJANDRA DAMIANI SERRANO, for testimony on the detention, torture and violent death of Spanish citizen D. CARMELO SORIA ESPINOSA,

b.2) the remaining individuals identified in this text and that of the Progressive Association of Public Prosecutors as suspects regarding the acts referred to in the Complaint.

c) that an International Rogatory Commission be directed to the United States General Attorney's Office (in Washington D.C.) in order that he order the corresponding services of the Government of the United States (National Security Agency, DIA, FBI, State Department, CIA) to investigate in their respective archives, and in those to which the US Government has access, as to the information available about the crimes of terrorism, crimes against humanity, murders, kidnappings, detentions "disappearances" and tortures of social and/or political dissidents carried out by the so-called "Operation Condor"; and in particular between 11 September 1973 and April 1990 in Chile, by officials under the authority and discipline of the defendants, and obtain the necessary authorization pursuant to US law for the declassification of results and their delivery to this Court.

d) that an International Rogatory Commission be directed to the Ministry of Justice of Chile requesting a list of legal cases which have been pursued in relation to national crimes and/or international crimes, crimes against human rights, by reason of detention followed by "disappearance", torture, violent death, or murder of Spanish citizens or those of any

other nationality, including Chilean, in the territory of that country or any other, in relation to acts committed between 11 September 1973 and April 1990 attributed to officials or agents of the State of Chile while its Armed Forces and its forces of order were under the command of AUGUSTO PINOCHET UGARTE, GUSTAVO LEIGH GUZMAN, CESAR MENDOZA DURAN, JOSE TORIBIO MERINO CASTRO, as well as under the command of FERNANDO MATTHEI AUBEL and RODOLFO STANGE OELCKERS, as an expression of cases which have been resolved by firm sentences and some degree of compliance with the Sentences, in particular of the judicial proceedings for the victims identified in this criminal complaint and in the previous offenses report of the Progressive Association of Public Prosecutors, that is:

- Father D. JOAN ALSINA HURTOS,
- Mr. JOSE TOHA GONZALEZ,
- Mr. CARMELO SORIA Y ESPINOSA,
- Mr. ENRIQUE LOPEZ OLMEDO,
- Father D. ANTONI LLIDO MENGUAL,
- Ms. MICHELLE PENA HERREROS and her son born in captivity
- Mr. ANTONIO ELIZONDO ORMAECHEA,
- Mr. CARLOS PRATS GONZALEZ and Ms. SOFIA CUTHBERT de PRATS,
- Mr. BERNARD LEIGHTON GUZMAN and Ms. ANITA FRESNO de LEIGHTON,
- Ms. RONNI KARPEN MOFFIT and Mr. ORLANDO LETELIER DEL SOLAR
- DR. SALVADOR ALLENDE GOSSENS, DR. EDUARDO PAREDES BARRIENTOS, and DR. ENRIQUE PARIS ROA

e) that an International Rogatory Commission be directed to the US Secretary of State so that the Assistant Secretary of State for Human Rights may provide information to this Court of all the cases of international crimes and crimes against humanity of which Spanish citizens have been victims, or victims of any other nationality who were assassinated or arrested-disappeared in Chile between 11 September 1973 and April of 1990 known to the US Government, and of those assassinated in other countries on orders from agents of the Chilean State in the same years

f) that there be an attachment placed on all assets of the defendants,

g) that international detention orders be issued, for the purpose of putting the individuals responsible for the facts established in the criminal complaint in the custody of the Spanish Judicial Authority,

h) that there be a request, at the correct moment in the proceedings, for the extradition and surrender to Spain of the individuals responsible for the facts established in the Complaint. For this purpose, it is necessary to note that the Criminal Extradition and Judicial Assistance Treaty between Spain and Chile, signed in Santiago, Chile, on 14 April 1992, and ratified on 20 December 1994, does not exclude (pursuant to article 7.1) the surrender of nationals, and therefore the Chilean nationality of the guilty parties should not prevent their surrender so that they may be tried in Spain.

i) Such additional legal measures as may be appropriate

In virtue of the facts presented,

IT IS REQUESTED OF THE COURT: that it consider this written complaint as presented together with the Power of representation which accompanies it and the annexed document, by which there is established a criminal complaint against the individuals listed in the third paragraph, that refers to the individuals listed in the Progressive Association of Public Prosecutors' offenses report; that it consent to institute legal proceedings, that the initial investigations requested in paragraph V be initiated; that it proceed with the detention and imprisonment of the accused defendants in order that they may pay such pecuniary damages and indemnities as the Court may rightfully declare due.

ADDITIONAL DECLARATION: since it is necessary to me for other purposes, I ask that the power of representation be returned leaving sufficient evidence thereof in the record of the proceedings

For this reason,

REQUEST TO THE COURT: that it order that the power of representation be returned leaving sufficient evidence thereof in the record of the proceedings.

Madrid, July 5, 1996.

Dr. Juan E. Garcés y Ramón

Madrid Bar Association member no. 18.774

CASO PINOCHET. España.

QUERELLA INICIAL

5 de julio de 1996

AL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION DE GUARDIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

DON JUAN MIGUEL SANCHEZ MASA, Procurador de los Tribunales y de la Fundación Presidente Allende, de nacionalidad española, CIF G79339693, constituida en conformidad al Decreto 2.930/1972, de 21 de julio, del Ministerio de Educación y Ciencias, inscrita con el No. 225 en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Educación y Cultura, y con domicilio a efectos de notificaciones en la C/ Alfonso XII, núm. 18 - 4o. izq., Madrid 28014, ante el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional en funciones de Guardia comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO**:

Que habiendo tenido conocimiento de la denuncia interpuesta en escrito de fecha 1 de julio de 1996 en el Juzgado de Guardia de Valencia por D. MIGUEL MIRAVET HOMBRADOS, en nombre y representación de la Asociación Progresista de Fiscales, contra Augusto Pinochet Ugarte, José Toribio Merino Castro, Gustavo Leigh Guzmán, César Mendoza Durán, Fernando Matthei Aubel, Rodolfo Stange Oelckers y otros, por hechos que pueden considerarse tipificados de GENOCIDIO (art. 607 del Código Penal) y TERRORISMO INTERNACIONAL (art. 572 C. Penal), por medio del presente escrito, y en ejercicio de la acción popular establecida en el art. 125 de la Constitución, regulada en los arts. 19.1 y 20.3 de la LO del Poder Judicial, los arts. 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cumpliendo los requisitos del art. 277 y concordantes de aquella ley formulo

QUERELLA CRIMINAL

contra las mismas personas y por los mismos hechos denunciados en la citada denuncia. A los que adiciono los hechos delictivos y personas imputadas que más adelante se relatan, a fin de poner de relieve y mejor configurar la dimensión internacional del terrorismo y el carácter masivo de los crímenes contra la Humanidad denunciados por la Asociación Progresista de Fiscales.

PRIMERO.- Dicha querella se presenta ante el Juzgado Central de Instrucción al que por repartimiento haya correspondido conocer de la meritada denuncia, por ser el competente al tratarse de hechos susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delitos de genocidio y terrorismo, delitos universales, de fuero universal. Y ello en aplicación de los arts. 10.2, 24.1 y 96.1 de la Constitución en relación con el art. 1.5 del Código Civil, de los arts. 23.4 a), b), g) y 23.5 de la LO del Poder Judicial, del art. 272.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todos ellos en relación con el art. 27 de la Convención de Viena relativa al Derecho de los Tratados,

de 23-5-1969 (RCL 1980, 1295 y ApNDL 13520), en cuanto sanciona que una parte "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (STS, Sala 2a., de 29.03.1993, A.2567).

SEGUNDO.- Querellante es la Fundación en el encabezamiento mencionada (por la que actúa su Presidente don Joan E. Garcés y Ramón, DNI núm. 18848673, mayor de edad, casado, abogado en ejercicio del I. Colegio de Madrid, doctor en Ciencias Políticas, con despacho en C/ Alfonso XII, núm. 18 de esta Capital).

TERCERO.- Los nombres, apellidos y vecindad de los querellados son los que se relacionan en la denuncia interpuesta por la Asociación Progresista de Fiscales.

CUARTO.- La relación circunstancia y demás pormenores de los hechos a que alude el ordinal 4o. del citado art. 277 de la susodicha Ley de Enjuiciamiento Criminal, es la que expresa la meritada denuncia formulada por la Asociación Progresista de Fiscales, que se tiene aquí por reproducida en su integridad, a la que se adicionan los siguientes:

1º. Los querellados Augusto Pinochet Ugarte, José Toribio Merino Castro, Gustavo Leigh Guzmán y César Mendoza Durán, en conocimiento de que el día 11 de septiembre de 1973 el Jefe del Estado iba a convocar un referéndum nacional, ordenaron a fuerzas bajo su mando atacar el Palacio Presidencial con artillería, blindados, bombardearlo desde aviones, asaltarlo con infantería, y forzaron en su interior la muerte violenta del Jefe del Estado constitucional, el Dr. Salvador Allende Gossens, mientras el Palacio ardía por todos sus lados. Acto seguido los denunciados asumieron los poderes Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, e impusieron un r,gimen de terror que clausuró el Congreso, incendió los Registros electorales y bibliotecas, militarizó las Universidades (inclusive la Pontificia), suprimió las libertades de información y prensa, al tiempo que bajo el mando de los querellados fueron asesinados más de tres mil personas, se sometió a torturas a centenares de miles de personas, se privó de sus derechos cívicos, sociales y económicos a millones de ciudadanos, sometiéndolos a un régimen de sobre-explotación económica mediante sucesivos estados de guerra, de sitio y toque de queda mantenidos durantes tres lustros.

Desde el Premio Nobel Pablo Neruda hasta el más anónimo ciudadano, nadie tuvo su vida a salvo de la represión y la arbitrariedad ejecutadas por orden de los aquí querellados. Baste citar el ejemplo de la autopsia efectuada a los médicos D. EDUARDO PAREDES BARRIENTOS y D. ENRIQUE PARIS ROA, detenidos por orden de los querellados junto con otras 22 personas en el Palacio Presidencial (ver pág. 133 del Informe Rettig), "detenidos-desaparecidos" todos desde el 11.IX.1973 hasta la localización de algunos en 1995 en una fosa común, ha revelado que sufrieron torturas que les significaron

> ***"fractura de columna vertebral, pelvis, muñecas, costillas, cráneo, quemaduras homicidas -con soplete o lanzallamas- en el tórax,***

hombros, garganta y parte de la cara, que dejaron marcas negras en la estructura ósea, incluso en los dientes".

Para que el Juzgado al que tengo el honor de dirigirme mida la magnitud de la impunidad -absoluta- de los hechos que se relatan, ni una sola diligencia judicial se ha incoado en averiguación de los hechos que ocasionaron la muerte violenta del propio Jefe del Estado ni la de los doctores EDUARDO PAREDES y ENRIQUE PARIS.

2º. Las personas citadas en el hecho que precede, se concertaron con las de igual rango en la Junta Militar de Argentina para coordinar y multiplicar la amplitud de las acciones de idénticos delitos de terrorismo, asesinatos, detenciones ilegales, torturas, secuestros de menores y desapariciones. Sobre los delitos de genocidio y terrorismo cometidos en Argentina instruye hoy Diligencias Previas el Juzgado Central No. 5 de esta Audiencia Nacional (108/1996)

La concertación para delinquir siguió un patrón común, utilizando los aquí querellados para cometer sus crímenes a funcionarios públicos bajo su mando (jerárquicamente subordinados, organizados, obedientes y no deliberantes), cuyas actividades terroristas eran financiadas desde los Presupuestos del Estado, y entre cuyas víctimas figuran españoles y, también, decenas de miles de ciudadanos de diferentes países, asesinados, secuestrados o "detenidos-desaparecidos' en acciones cometidas en una pluralidad de Estados de América y Europa. Se aporta en el doc. anexo núm. 2 la identificación de varios miles de personas asesinadas o detenidas-desaparecidas por orden y con consentimiento de los aquí querellados.

La concertación para delinquir entre los aquí querellados y los integrantes de la Junta Militar de Argentina (Juzgado Central No.5, 108/1996) recibió el nombre de OPERACION CONDOR. Es de notoriedad pública que fue detectada por el agregado legal de la Embajada de EE.UU. en Buenos Aires desde 1972, el agente del FBI Robert Scherrer, al investigar en Argentina las ramificaciones del asesinato, cometido en Washington D.C., de D. Orlando Letelier del Solar (Ministro en el Gobierno del Dr. Salvador Allende (1970-1973). En su cable al Director del FBI en Washington DC, de fecha 28 de septiembre de 1976, Robert Scherrer informaba.

"Tema: Operación Cóndor, posible relación con asesinato de Letelier.
"Operación Cóndor es el nombre en código de la recopilación, intercambio y almacenamiento de datos de inteligencia [militar] sobre personas [calificadas de adversarios políticos], recientemente establecida entre los servicios que a ella cooperan con el fin de eliminar a [sus adversarios políticos] en estos países. Además, la Operación Cóndor lleva a cabo operaciones conjuntas contra sus blancos en los países miembros (...) Chile es el centro de la Operación Cóndor, e incluye también a Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay. Brasil también ha aceptado en principio aportar información a la Operación Cóndor.

"Una tercera y más secreta fase de Operación Cóndor consiste en formar equipos especiales de los países miembros para que viajen por todo el Mundo, por países no miembros de aquella, para llevar a la práctica las sanciones, [que incluyen] asesinatos, contra [adversarios políticos] de los países miembros de la Operación Cóndor. Un ejemplo, si un [adversario político] o un apoyo de la [organización política adversa es localizada en

Europa, un equipo especial de la Operación Cóndor ser enviada a localizar y vigilar el blanco. Cuando ha culminado la localización y vigilancia, un segundo equipó de Operación Cóndor ser enviado a llevar a cabo la sanción efectiva contra el blanco. En teoría, un país proveería de documentación falsa al equipó de asesinos, formado por gentes de un país distinto. El asesinato de Letelier puede haber sido obra de una tercera fase de Operación Cóndor"(fuente:John Dinges-Saul Landau: Assassination on Embassy Road, N. York, Pantheon Books, 1980, pp. 238-239).

Otros ejemplos de la "Operación Cóndor" fueron el asesinato en Argentina del Presidente de la República de Bolivia -general Juan José Torres González- en junio de 1976, o el asesinato en Argentina en el mismo año de dos parlamentarios de Uruguay, el Presidente de la Cámara de Diputados Hector Gutiérrez Ruiz y el senador Zelmar Michelini. Ante una Comisión de Investigación del Senado de los EE.UU. la CIA informó que había desbaratado otras acciones de "Cóndor" en Portugal y Francia, señalándolas a las respectivas autoridades (ibíd.).

El centro inspirador y organizativo de "Operación Cóndor" estuvo en Santiago de Chile, bajo el mando de los aquí querellados.

3o. La relación de actos de terrorismo, y de víctimas de los querellados, contenida en la denuncia de la Asociación Progresista de Fiscales se amplía aquí con los siguientes hechos:

- experimentaron con personas secuestradas la elaboración del gas letal denominado "SARIN", provocando su muerte en forma cruel dolorosa, según confesión del agente de la DINA William Townley, crimen que sigue impune,

- D. JOSE TOHA GONZALEZ, hijo de españoles, abogado, Vice-Presidente de la República de Chile, Ministro del Interior y de Defensa, detenido en el Palacio Presidencial el 11 de septiembre de 1973, fue sometido desde ese día a tales sufrimientos en la Escuela Militar, en el campo de concentración de la isla Dawson, en el Hospital Militar y en el de la Fuerza Aérea, así como en la Academia de Guerra de la Fuerza Aérea, que su peso bajó a 49 Kgs. (siendo su estatura de 1.92 metros), y el 14 de marzo de 1974 sus verdugos le colgaron de un armario hasta que murió (pp. 498 y 499 del adjunto Informe Rettig, y otras fuentes), crimen que sigue impune,

- los actos de terrorismo internacional cuya coordinación y programación se llevó a cabo a través de acciones concertadas internacionales, como la denominada "OPERACION CONDOR", incluyen entre otros:

- en Madrid, la planificación del asesinato del Senador Carlos Altamirano, un invitado al Congreso del PSOE a fines de 1976, según confesión de William Townley ante el Fiscal Eric Marcey, de Washington DC,

- en México, el intento de asesinato de dos personas en 1976, según confesión del mismo William Townley, quien las identifica,

- en Argentina, Bolivia, Paraguay, Brasil y Uruguay la consumación de numerosos secuestros, seguidos de asesinatos y "detenciones-desapariciones", de decenas de miles de ciudadanos de distintas nacionalidades, incluidos niños nacidos antes de o durante el cautiverio de sus padres (ver pp. 594 a 602 del Informe Rettig),

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Los que se argumentan en la denuncia interpuesta por la Asociación Progresista de Fiscales, que se tienen aquí por reproducidos en su integridad. En particular el FJ 6o., relativo a jurisdicción y competencia de la Audiencia Nacional en virtud de lo dispuesto en los arts. 23.4. a). b), g) y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

II

En conformidad con el art. 1.5 del Código Civil y los arts. 10.2, 196, 3.1, 13.3, 93 de la Constitución española, son de aplicación directa en este procedimiento las siguientes normas:

1. De **la CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS de 26.06.1945**, suscrita por España y Chile, el Preámbulo y los arts. 1.3, 55.c, 56 y 62.2.

El art. 1.3. [sobre los fines de las Naciones Unidas] dispone

> ***"Realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humano, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión."***

El art. 55. c) establece que [los Estados miembros de la Organización tienen la obligación de promover]

> ***"c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades."***

El art. 56 dispone con carácter imperativo que:

> ***"Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55".***

El Tribunal Internacional de Justicia, en su resolución de 1971 sobre Namibia (Rep. del TIJ, 1971, 16), declara que la Carta de la ONU impone a sus Estados miembros las obligaciones inherentes a los Derechos Humanos, con carácter imperativo, por lo que, concluye, "una denegación de los derechos humanos fundamentales es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta".

Los posteriores tratados internacionales sobre Derechos Humanos son considerados como interpretación y desarrollo de las disposiciones sobre aquellos de la Carta de las Naciones Unidas. Y, por consiguiente, son vinculantes y de aplicación también obligatoria para los Estados miembros, en conformidad con el art. 56 de la Carta. Además, en tanto que tratados internacionales, forman parte del derecho internacional convencional y son fuente del mismo.

2. **El CONVENIO DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, de 23 de mayo de 1969** (BOE 13.06.1980), ratificado por Chile el 9.04.1981, y en especial su

- Art. 27.

"una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado",

principio aplicado en la STS de 29.03.1993 (caso Alkassar, Ponente D. Ramón Montero),

- en relación con el arriba citado art. 55 de la Carta de Naciones Unidas, el art. 31 del Convenio de Viena, que dispone:

Art. 31. *"Regla general de interpretación.-*

1. Un tratado deber interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

3. De **la DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10.12.1948, suscrita por España y Chile, los arts. 3, 9 y 10:

- Art. 3: *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".*

- Art. 9: "**Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".**

-Art. 10: "**Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".**

Estas tres disposiciones son de aplicación a supuestos de: a) detención ilegal, como en los secuestros; b) connivencia entre agentes de dos Estados para aprehender a una persona sin respetar los medios legales para ello; c) acciones de particulares que obran al servicio de o por cuenta de un Estado.

Las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 son vinculantes y de aplicación obligatoria para los Estados miembros, como puede leerse en la Opinión separada del Vice-Presidente del Tribunal Internacional de Justicia, Sr. Ammoun, manifestada en el caso Namibia, 1971, Repertorio del T.I.J., 16, 76. Sentencia respaldada por la unanimidad del Consejo de Seguridad en su resolución de 20.10.1971, y aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1971 (por 111 votos contra 2 y 10 abstenciones).

4. Del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, hecho en N. York el 19.12.1966 tras su aprobación por la Asamblea General de la ONU (BOE 7, 9, 12 y 13.

Art. 2: "***1.Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y están sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica; nacimiento o cualquier otra condición social***".

Art.3: "***Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:***

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidir sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Art.6: *"1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".*

Art.7: *"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".*

Art. 9: 1. *"Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".*

2. "Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella".

3. "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

4. "Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

5.: "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".

Art. 12: *"1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.*

"2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

"3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

"4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país".

Art. 13: *"El extranjero que se halle legalmente en territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitir a tal extranjero exponer las razones que lo asistan*

en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar".

5. De la **CONVENCION SOBRE PREVENCION Y CASTIGO DE DELITOS CONTRA PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, INCLUSIVE LOS AGENTES DIPLOMATICOS**, hecho en N. York el 14.12.1973, al que se adhirió España el 26.07.1985 (BOE 7.02.1986) y Chile el 21.01.1977, los ss. artículos

ARTICULO 1

"Para los efectos de la presente Convención:

1. Se extiende por 'persona internacionalmente protegida:

a) Un Jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen.

b) Cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado, o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa.

2. Se entiende por 'presunto culpable' la persona respecto de quien existan suficientes elementos de prueba para determinar 'prima facie' que ha cometido o participado en uno o m s de los delitos previstos en el artículo 2".

ARTICULO 2

"1. Serán calificados por cada Estado parte como delitos en su legislación interna, cuando se realicen intencionalmente:

a) La comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida;

b) La comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad;

c) La amenaza de cometer tal atentado;

d) La tentativa de cometer tal atentado, y

e) La complicidad en tal atentado".

"2. Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.
"3. Los dos párrafos que anteceden no afectan en forma alguna las obligaciones que tienen los Estados partes, en virtud del derecho internacional, de adoptar todas las medidas adecuadas para prevenir otros atentados contra la persona, libertad o dignidad de una persona internacionalmente protegida".

ARTICULO 3
"1. Cada Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 del artículo 2 en los siguientes casos:
a) Cuando el delito se haya cometido en el aeronave matriculado en ese Estado;
2. Asimismo, cada Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que dicho Estado no conceda su extradición conforme al artículo 8 a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.
3. La presente Convención no excluir ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional".

ARTICULO 8
"1. En la medida en que los delitos previstos en el artículo 2 no estén enumerados entre los casos de extradición en tratados de extradición vigentes entre los Estados partes, se considerarán incluidos como tales en esos tratados. Los Estados partes se comprometen a incluir esos delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en lo sucesivo.
"2. Si un Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado recibe una demanda de extradición de otro Estado parte con el que no tiene tratado de extradición podrá, si decide concederla, considerar la presente convención como la base jurídica necesaria para la extradición en lo que respecta a esos delitos. La extradición estará sujeta a las disposiciones de procedimiento y a las demás condiciones de la legislación del Estado requerido.
"3. Los Estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocer n esos delitos como casos de extradición entre ellos, con sujeción a las disposiciones de procedimiento y a las demás condiciones de la legislación del Estado requerido.
"4. A los fines de la extradición entre Estados partes, se considerar que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 3."

6. De la **CONVENCION SOBRE LA TORTURA de 10.12.1984**, ratificada por España el 19.10.1987 (BOE 9.11.1987) y suscrita por Chile el 23.09.1987, los arts. 4, 5 y 8, que establecen:

ARTICULO 4.

"1. Todo Estado velará para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

"2. Todo Estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad".

ARTICULO 5.

"1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

"2. Todo Estado Parte tomar asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

"3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales".

ARTICULO 8.

"1. Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

"2. Todo Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrán considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.

"3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocer n dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

"4. A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, sino también en el territorio de los

Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 3".

7. El **CONVENIO PARA LA PREVENCION Y SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO**, hecho en Nueva York el 9.XII.1948 (BOE 8.02.1969), ratificado por Chile el 3.06.1953.

8. Al Estado de Chile le son, también, de aplicación

- el **CONVENIO PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS ACTOS DE TERRORISMO** firmado en Washington, bajo auspicios de la OEA, el 2.02.1971, así como la

- la **CONVENCION INTER-AMERICA DE DERECHOS HUMANOS**, hecha en 22.11.1969 y que entró en vigor el 18 de julio de 1978, en particular su art. 7.

9. Para el Estado español son vinculantes

- el **CONVENIO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES**, hecho en Roma el 4.11.1950 (BOE 10.10.1979), y en particular su art. 5, así como

- el **Convenio Europeo para la represión del terrorismo** (BOE 8.08.1980 y 31.08.1982), en particular sus arts. 1,2,6,7; 5, 13.

10. **Del TRATADO DE EXTRADICION Y ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE ESPAÑA Y CHILE**, suscrito en Santiago de Chile el 14 de abril de 1992 y ratificado el 20 de diciembre de 1994 (BOE 10.01.1995), los ss. arts.

Art.3:
"Darán lugar a extradición, también conforme al presente Tratado, los delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean Parte".

Art. 5.
Delitos políticos
"A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerar n delitos políticos:
a) El atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de un Jefe de Estado o de Gobierno, o de un miembro de su familia,
"b) los actos de terrorismo
"c) los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz la seguridad de la humanidad, de conformidad con el derecho internacional".

Art. 9.
Causas de denegación obligatoria
"No se concederá la extradición:

a) cuando de conformidad a la Ley de la Parte requirente ésta no tuviere competencia para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición

b) (...)

c) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las Partes se hubiere extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición".

ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Art. 28.

Obligación de prestar asistencia

"1. Las Partes se obligan a prestarse asistencia mutua, según las disposiciones de este Tratado, en la realización de este Tratado, en la realización de investigaciones y diligencias relacionadas con cualquier procedimiento penal incoado por hechos cuyo conocimiento competa a la Parte requirente en el momento en que la asistencia sea solicitada.

"2. La asistencia podrá prestarse en interés de la justicia, aunque el hecho no sea punible según las leyes de la Parte requerida. No obstante, para el ejercicio de medidas de aseguramiento, No obstante, para el ejercicio de medidas de aseguramiento de objetos o registros domiciliarios, será necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea también considerado como delito por la legislación de la Parte requerida".

Art. 44.

Entrada en vigor y terminación

"4. Las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este Tratado, se regirán por sus cláusulas, cualquiera que sea la fecha de comisión del delito".

III

En Derecho comparado, el Departamento de Estado de EE.UU. ha definido el terrorismo como *"la violencia premeditada, motivada políticamente, perpetrada por grupos sub-nacionales o agentes clandestinos contra blancos no-combatientes, generalmente para influenciar a quienes la observan*", y define como "*internacional*" al *"terrorismo que afecta a ciudadanos de más de un Estado"* (North Atlantic Assembly Papers, Sub-Committee on Terrorism, Final Report, January 1989, p.2).

IV

Se acompaña al presente escrito de querella el Dictamen de la Comisión Especial de Investigación sobre Desaparición de Súbditos españoles en países de

América, aprobado por el Senado español el 5 de agosto de 1983, que califica los hechos aquí denunciados como terrorismo de Estado y crimen contra la humanidad.

Se acompaña también un ejemplar (en dos volúmenes) del informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, designada en 1990 por el Gobierno de Chile, conocido como "Informe Rettig", y publicado en febrero de 1991, que individualiza cerca de tres mil asesinatos o "desapariciones" cometidos por orden o con el consentimiento de los querellados. E identifica entre las víctimas a la mencionada denuncia de la Asociación Progresista de Fiscales.

Como DILIGENCIAS que se deberán practicar indicamos las siguientes:

a) las pedidas en la denuncias formulada por la Asociación Progresista de Fiscales, que damos aquí por reproducidas en su integridad,

b) que se reciba declaración a las siguientes personas:

b.1) En calidad de testigo,

- a los Sres. E. LAWRENCE BARCELLA, EUGENE M. PROPPER y ERIC MARCEY, Fiscales de los EE.UU. (Washington D.C.) que investigaron crímenes cometidos por agentes bajo el mando de las personas querelladas,

- al agente del FBI, Mr. CASTER CORNICK (Washington D.C.), que investigó crímenes cometidos por personas bajo el mando de las personas querelladas,

- al capitán del Ejército de Chile ARMANDO FERNANDEZ LARIOS, juzgado y condenado en EE.UU. por su participación en atentado terrorista mientras actuaba bajo el mando de las personas querelladas, actualmente residente en EE.UU.,

- a los mercenarios VIRGILIO PAZ y JOSE DIONISIO SUAREZ ESQUIVEL, que cumplen hoy en EE.UU. (Federal Correctional Institution, FCI Road, Mariana, Florida 32446) la pena de 12 años impuesta por conspirar para asesinar cumpliendo ordenes de agentes del Estado de Chile bajo ordenes de las personas querelladas,

- a los ciudadanos chilenos, residentes en Chile LUZ ARCE SANDOVAL, MARIANA CALLEJA, MARTIN MELIAN GONZALEZ, JORGE ELEAZAR LAGOS RUIZ, CARLOS HERNAN SANHUEZA, MARIA ALEJANDRA DAMIANI SERRANO, sobre el secuestro, tortura y muerte violenta del ciudadano español D. CARMELO SORIA ESPINOSA,

b.2) a las restantes personas

identificadas en este escrito y en el de la Asociación Progresista de Fiscales como responsables de los hechos, en calidad de imputados.

c) que se libre Comisión Rogatoria Internacional al General Attorney de los EE.UU. (en Washington D.C.) para que éste ordene a los servicios correspondientes del Gobierno de los EE.UU. (National Security Agency), DIA, FBI,

State Department, CIA) que investiguen en sus respectivos archivos, y en aquellos a los que el Gobierno de los EE.UU. tiene acceso, sobre la información disponible acerca de crímenes de terrorismo, crímenes contra la Humanidad, asesinatos, secuestros, detenciones, "desapariciones" y torturas de disidentes sociales y/o políticos practicadas en la denominada "Operación Cóndor"; y en particular entre el 11 de septiembre de 1973 y abril de 1990 en Chile, por funcionarios bajo la autoridad y disciplina de las personas aquí querelladas, y recaben la pertinente autorización conforme a las leyes de EE.UU para que sus resultados sean desclasificados y aportados a este Juzgado.

d) Que se libre Comisión Rogatoria Internacional al Ministerio de Justicia de Chile a fin de que remita relación de procedimientos judiciales seguidos por crímenes nacionales y/o internacionales, crímenes contra los derechos humanos, por causa de detención seguida de "desaparición", tortura, muerte violenta o asesinato de ciudadanos españoles, o de cualquier otra nacionalidad, chilena incluida, en el territorio de aquel país o cualquier otro Estado, por hechos ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y abril de 1990 imputados a funcionarios o agentes del Estado de Chile mientras sus FF.AA. y de Orden estuvieron bajo el mando de AUGUSTO PINOCHET UGARTE, GUSTAVO LEIGH GUZMAN, CESAR MENDOZA DURAN, JOSE TORIBIO MERINO CASTO, así como de FERNANDO MATTHEI AUBEL y RODOLFO STANGE OELCKERS, como expresión de los casos que han sido resueltos por sentencia firme y grado de cumplimiento de las Sentencias, y en particular de los procedimientos judiciales seguidos en los casos de las víctimas identificadas en esta querella y en la denuncia previa de la Asociación Progresista de Fiscales, a saber:

- Padre D. JOAN ALSINA HURTOS,
- D. JOSE TOHA GONZALEZ
- Don CARMELO SORIA Y ESPINOSA

- Don ENRIQUE LOPEZ OLMEDO
- Padre D. ANTONI LLIDO MENGUAL
- Doña MICHELLE PEÑA HERREROS y su hijo nacido en cautiverio,
- Don ANTONIO ELIZONDO ORMAECHEA,
- D. CARLOS PRATS GONZALEZ y Dña. SOFIA CUTHBERT de PRATS,
- D. BERNARDO LEIGHTON GUZMAN y Dña. ANITA FRESNO de LEIGHTON,
- Dña. RONNI KARPEN MOFFIT y D. ORLANDO LETELIER DEL SOLAR.
- Doctores SALVADOR ALLENDE GOSSENS, EDUARDO PAREDES BARRIENTOS y ENRIQUE PARIS ROA,

e) Que se libre Comisión Rogatoria Internacional al Secretario de Estado de EE.UU., para que el Assistant Secretary of State for Human Rights de EE.UU. informe a este Juzgado de todos los casos de crímenes internacionales y crímenes contra la Humanidad de que hayan sido víctimas ciudadanos españoles, o de cualquier otra nacionalidad, asesinados o detenidos-desaparecidos en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y abril de 1990 de que tenga conocimiento el Gobierno de los

EE.UU., y de los asesinados en otros países cumpliendo ordenes emanadas de agentes del Estado chileno en los mismos años.

f) Que se proceda a trabar embargo de todos los bienes de que sean titulares los querellados,

g) Libramiento de ordenes internacionales de detención, para la puesta a disposición de la Autoridad Judicial Española de las personas respecto de las que se acredite responsabilidad en los hechos denunciados,

h) Solicitud, en el momento procesal oportuno, de la extradición y entrega a España de los responsables de los hechos denunciados. En este aspecto, conviene resaltar que el vigente Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre España y Chile, suscrito en Santiago de Chile el 14 de abril de 1992 y ratificado el 20 de diciembre de 1994 no excluye (art.7.1) la entrega de nacionales, por lo que no sería óbice la nacionalidad chilena de los culpables para su entrega a fin de que sean juzgados en España.

i) Las demás que procedan.

En virtud de lo expuesto,

AL JUZGADO SUPLICO: Que tenga por presentado este escrito con el poder que se acompaña, y el documento anexo, mediante el que se formula querella contra las personas expresadas en el inciso tercero, que remite a las personas enumeradas en la denuncia interpuesta por la Asociación Progresista de Fiscales; se digne admitirla, ordene que se incoe sumario y que sean practicadas como primeras diligencias las que se solicitan en el inciso V; disponga que se proceda a la detención y prisión de dichos querellados, como los inculpados para atender a las responsabilidades pecuniarias en reparación del daño e indemnización de perjuicios que en definitiva se puedan declarar procedentes.

OTROSI DIGO: Que por serme necesario para otros usos, pido que se desglose el Poder dejando en autos testimonio bastante del mismo,

En su virtud,

AL JUZGADO SUPLICO: Que ordene el desglose y entrega del Poder, dejando en autos testimonio bastante del mismo.

Madrid, 5 de Julio de 1996.

Dr. Juan E. Garcés y Ramón
Colegiado núm. 18.774, Madrid

Doc. num. 2

LORD COLLINS OF MAPESBURY, LL.D., F.B.A. (LAWRENCE COLLINS)

1960-1964	Downing College, Cambridge:
1963:	B.A., Law (First Class with Distinction) George Long Prize in Jurisprudence McNair Scholarship in International Law
1964:	LL.B., International Law (First Class) Whewell Scholarship in International Law
1964-65	Columbia University, New York (Ford Foundation Fellowship), LL.M. (1965)
1971-2000	Partner in Herbert Smith & Co (later Herbert Smith), solicitors
1997	Appointed Queen`s Counsel (one of first 2 solicitors to be appointed)
1997-2000	Deputy High Court Judge, Chancery Division
2000-2007	High Court judge (as Mr Justice Lawrence Collins) (Chancery Division; judge of the Commercial Court, from 2006)
2007-2009	Lord Justice of Appeal, Court of Appeal (as Lord Justice Lawrence Collins)
2009	Lord of Appeal, House of Lords (as Lord Collins of Mapesbury)
2009-2011	Justice of the Supreme Court of the United Kingdom
Since 2011	Acting Justice of the Supreme Court of the United Kingdom
Since 2011	Non-permanent member of the Hong Kong Court of Final Appeal
Since 2011	Professor of Law, University College London
Since 2012	Arbitrator member, Essex Court Chambers, London
Since 2013	Deputy Chairman, Takeover Appeal Board

As practitioner (1968-2000)

Acted as counsel/arbitrator in ICC, LCIA and Cairo Centre Arbitrations

Doc. num. 3

Accessibility | Email alerts | RSS feeds | Contact us

www.parliament.uk

Search

Home | Parliamentary business | MPs, Lords & offices | About Parliament | Get involved | Visiting | Education

House of Commons | House of Lords | What's on | Bills & legislation | Committees | Publications & records | Parliament TV | News | Topics

You are here: Parliament home page > Parliamentary business > Publications and Records > Lords Publications > Judgment Index > Judgment

HOUSE OF LORDS

House of Lords

Session 1998-99
Publications on the Internet
Judgments

Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet
Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)

HOUSE OF LORDS

Lord Browne-Wilkinson Lord Goff of Chieveley Lord Hope of Craighead Lord Hutton
Lord Saville of Newdigate Lord Millett Lord Phillips of Worth Matravers

OPINIONS OF THE LORDS OF APPEAL FOR JUDGMENT IN THE CAUSE

REGINA

v.

BARTLE AND THE COMMISSIONER OF POLICE FOR THE METROPOLIS AND OTHERS
(APPELLANTS)
EX PARTE PINOCHET
(RESPONDENT)

REGINA

v.

EVANS AND ANOTHER AND THE COMMISSIONER OF POLICE FOR THE METROPOLIS AND OTHERS
(APPELLANTS)
EX PARTE PINOCHET
(RESPONDENT)
(ON APPEAL FROM A DIVISIONAL COURT OF THE QUEEN'S BENCH DIVISION)

ON 24 March 1999

LORD BROWNE-WILKINSON

My Lords,

As is well known, this case concerns an attempt by the Government of Spain to extradite Senator Pinochet from this country to stand trial in Spain for crimes committed (primarily in Chile) during the period when Senator Pinochet was head of state in Chile. The interaction between the various legal issues which arise is complex. I will therefore seek, first, to give a short account of the legal principles which are in play in order that my exposition of the facts will be more intelligible.

Outline of the law

In general, a state only exercises criminal jurisdiction over offences which occur within its geographical boundaries. If a person who is alleged to have committed a crime in Spain is found in the United Kingdom, Spain can apply to the United Kingdom to extradite him to Spain. The power to extradite from the United Kingdom for an "extradition crime" is now contained in the Extradition Act 1989. That Act defines what constitutes an "extradition crime". For the purposes of the present case, the most important requirement is that the conduct complained of must constitute a crime under the law both of Spain and of the United Kingdom. This is known as the double criminality rule.

Since the Nazi atrocities and the Nuremberg trials, international law has recognised a number of offences as being international crimes. Individual states have taken jurisdiction to try some international crimes even in cases where such crimes were not committed within the geographical

boundaries of such states. The most important of such international crimes for present purposes is torture which is regulated by the International Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984. The obligations placed on the United Kingdom by that Convention (and on the other 110 or more signatory states who have adopted the Convention) were incorporated into the law of the United Kingdom by section 134 of the Criminal Justice Act 1988. That Act came into force on 29 September 1988. Section 134 created a new crime under United Kingdom law, the crime of torture. As required by the Torture Convention "all" torture wherever committed world-wide was made criminal under United Kingdom law and triable in the United Kingdom. No one has suggested that before section 134 came into effect torture committed outside the United Kingdom was a crime under United Kingdom law. Nor is it suggested that section 134 was retrospective so as to make torture committed outside the United Kingdom before 29 September 1988 a United Kingdom crime. Since torture outside the United Kingdom was not a crime under U.K. law until 29 September 1988, the principle of double criminality which requires an Act to be a crime under both the law of Spain and of the United Kingdom cannot be satisfied in relation to conduct before that date if the principle of double criminality requires the conduct to be criminal under United Kingdom law *at the date it was committed*. If, on the other hand, the double criminality rule only requires the conduct to be criminal under U.K. law *at the date of extradition* the rule was satisfied in relation to all torture alleged against Senator Pinochet whether it took place before or after 1988. The Spanish courts have held that they have jurisdiction over all the crimes alleged.

In these circumstances, the first question that has to be answered is whether or not the definition of an "extradition crime" in the Act of 1989 requires the conduct to be criminal under U.K. law at the date of commission or only at the date of extradition.

This question, although raised, was not decided in the Divisional Court. At the first hearing in this House it was apparently conceded that all the matters charged against Senator Pinochet were extradition crimes. It was only during the hearing before your Lordships that the importance of the point became fully apparent. As will appear, in my view only a limited number of the charges relied upon to extradite Senator Pinochet constitute extradition crimes since most of the conduct relied upon occurred long before 1988. In particular, I do not consider that torture committed outside the United Kingdom before 29 September 1988 was a crime under U.K. law. It follows that the main question discussed at the earlier stages of this case--is a former head of state entitled to sovereign immunity from arrest or prosecution in the U.K. for acts of torture--applies to far fewer charges. But the question of state immunity remains a point of crucial importance since, in my view, there is certain conduct of Senator Pinochet (albeit a small amount) which does constitute an extradition crime and would enable the Home Secretary (if he thought fit) to extradite Senator Pinochet to Spain unless he is entitled to state immunity. Accordingly, having identified which of the crimes alleged is an extradition crime, I will then go on to consider whether Senator Pinochet is entitled to immunity in respect of those crimes. But first I must state shortly the relevant facts.

The facts

On 11 September 1973 a right-wing coup evicted the left-wing regime of President Allende. The coup was led by a military junta, of whom Senator (then General) Pinochet was the leader. At some stage he became head of state. The Pinochet regime remained in power until 11 March 1990 when Senator Pinochet resigned.

There is no real dispute that during the period of the Senator Pinochet regime appalling acts of barbarism were committed in Chile and elsewhere in the world: torture, murder and the unexplained disappearance of individuals, all on a large scale. Although it is not alleged that Senator Pinochet himself committed any of those acts, it is alleged that they were done in pursuance of a conspiracy to which he was a party, at his instigation and with his knowledge. He denies these allegations. None of the conduct alleged was committed by or against citizens of the United Kingdom or in the United Kingdom.

In 1998 Senator Pinochet came to the United Kingdom for medical treatment. The judicial authorities in Spain sought to extradite him in order to stand trial in Spain on a large number of charges. Some of those charges had links with Spain. But most of the charges had no connection with Spain. The background to the case is that to those of left-wing political convictions Senator Pinochet is seen as an arch-devil: to those of right-wing persuasions he is seen as the saviour of Chile. It may well be thought that the trial of Senator Pinochet in Spain for offences all of which related to the state of Chile and most of which occurred in Chile is not calculated to achieve the best justice. But I cannot emphasise too strongly that that is no concern of your Lordships. Although others perceive our task as being to choose between the two sides on the grounds of personal preference or political inclination, that is an entire misconception. Our job is to decide two questions of law: are there any extradition crimes and, if so, is Senator Pinochet immune from trial for committing those crimes. If, as a matter of law, there are no extradition crimes or he is entitled to immunity in relation to whichever crimes there are, then there is no legal right to extradite Senator Pinochet to Spain or, indeed, to stand in the way of his return to Chile. If, on the other hand, there are extradition crimes in relation to which Senator Pinochet is not entitled to state immunity then it will be open to the Home Secretary to extradite him. The task of this House is only to decide those points of law.

On 16 October 1998 an international warrant for the arrest of Senator Pinochet was issued in Spain. On the same day, a magistrate in London issued a provisional warrant ("the first warrant") under section 8 of the Extradition Act 1989. He was arrested in a London hospital on 17 October 1998. On 18 October the Spanish authorities issued a second international warrant. A further provisional warrant ("the second warrant") was issued by the magistrate at Bow Street Magistrates Court on 22 October 1998 accusing Senator Pinochet of:

> "(1) Between 1 January 1988 and December 1992 being a public official intentionally inflicted severe pain or suffering on another in the performance or purported performance of his official duties;
>
> (2) Between the first day of January 1988 and 31 December 1992 being a public official, conspired with persons unknown to intentionally inflict severe pain or suffering on another in the performance or purported performance of his official duties;
>
> (3) Between the first day of January 1982 and 31 January 1992 he detained other persons (the hostages) and in order to compel such persons to do or to abstain from doing any act threatened to kill, injure or continue to detain

the hostages;

(4) Between the first day of January 1982 and 31 January 1992 conspired with persons unknown to detain other persons (the hostages) and in order to compel such persons to do or to abstain from doing any act, threatened to kill, injure or continue to detain the hostages;

(5) Between January 1976 and December 1992 conspired together with persons unknown to commit murder in a Convention country."

Senator Pinochet started proceedings for habeas corpus and for leave to move for judicial review of both the first and the second provisional warrants. Those proceedings came before the Divisional Court (Lord Bingham of Cornhill C.J., Collins and Richards JJ.) which on 28 October 1998 quashed both warrants. Nothing turns on the first warrant which was quashed since no appeal was brought to this House. The grounds on which the Divisional Court quashed the second warrant were that Senator Pinochet (as former head of state) was entitled to state immunity in respect of the acts with which he was charged. However, it had also been argued before the Divisional Court that certain of the crimes alleged in the second warrant were not "extradition crimes" within the meaning of the Act of 1989 because they were not crimes under U.K. law at the date they were committed. Whilst not determining this point directly, the Lord Chief Justice held that, in order to be an extradition crime, it was not necessary that the conduct should be criminal at the date of the conduct relied upon but only at the date of request for extradition.

The Crown Prosecution Service (acting on behalf of the Government of Spain) appealed to this House with the leave of the Divisional Court. The Divisional Court certified the point of law of general importance as being "the proper interpretation and scope of the immunity enjoyed by a former head of state from arrest and extradition proceedings in the United Kingdom in respect of acts committed while he was head of state." Before the appeal came on for hearing in this House for the first time, on 4 November 1998 the Government of Spain submitted a formal Request for Extradition which greatly expanded the list of crimes alleged in the second provisional warrant so as to allege a widespread conspiracy to take over the Government of Chile by a coup and thereafter to reduce the country to submission by committing genocide, murder, torture and the taking of hostages, such conduct taking place primarily in Chile but also elsewhere.

The appeal first came on for hearing before this House between 4 and 12 November 1998. The Committee heard submissions by counsel for the Crown Prosecution Service as appellants (on behalf of the Government of Spain), Senator Pinochet, Amnesty International as interveners and an independent amicus curiae. Written submissions were also entertained from Human Rights Watch. That Committee entertained argument based on the extended scope of the case as put forward in the Request for Extradition. It is not entirely clear to what extent the Committee heard submissions as to whether all or some of those charges constituted "extradition crimes". There is some suggestion in the judgments that the point was conceded. Certainly, if the matter was argued at all it played a very minor role in that first hearing. Judgment was given on 25 November 1998 (see [1998] 3 W.L.R. 1456). The appeal was allowed by a majority (Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn and Lord Hoffmann, Lord Slynn of Hadley and Lord Lloyd of Berwick dissenting) on the grounds that Senator Pinochet was not entitled to immunity in relation to crimes under international law. On 15 January 1999 that judgment of the House was set aside on the grounds that the Committee was not properly constituted: see [1999] 2 W.L.R. 272. The appeal came on again for rehearing on 18 January 1999 before your Lordships. In the meantime the position had changed yet again. First, the Home Secretary had issued to the magistrate authority to proceed under section 7 of the Act of 1989. In deciding to permit the extradition to Spain to go ahead he relied in part on the decision of this House at the first hearing that Senator Pinochet was not entitled to immunity. He did not authorise the extradition proceedings to go ahead on the charge of genocide: accordingly no further arguments were addressed to us on the charge of genocide which has dropped out of the case.

Secondly, the Republic of Chile applied to intervene as a party. Up to this point Chile had been urging that immunity should be afforded to Senator Pinochet, but it now wished to be joined as a party. Any immunity precluding criminal charges against Senator Pinochet is the immunity not of Senator Pinochet but of the Republic of Chile. Leave to intervene was therefore given to the Republic of Chile. The same amicus, Mr. Lloyd Jones, was heard as at the first hearing as were counsel for Amnesty International. Written representations were again put in on behalf of Human Rights Watch.

Thirdly, the ambit of the charges against Senator Pinochet had widened yet again. Chile had put in further particulars of the charges which they wished to advance. In order to try to bring some order to the proceedings, Mr. Alun Jones Q.C., for the Crown Prosecution Service, prepared a schedule of the 32 U.K. criminal charges which correspond to the allegations made against Senator Pinochet under Spanish law, save that the genocide charges are omitted. The charges in that schedule are fully analysed and considered in the speech of my noble and learned friend, Lord Hope of Craighead who summarises the charges as follows:

Charges 1, 2 and 5: conspiracy to torture between 1 January 1972 and 20 September 1973 and between 1 August 1973 and 1 January 1990;

Charge 3: conspiracy to take hostages between 1 August 1973 and 1 January 1990;

Charge 4: conspiracy to torture in furtherance of which murder was committed in various countries including Italy, France, Spain and Portugal, between 1 January 1972 and 1 January 1990.

Charges 6 and 8: torture between 1 August 1973 and 8 August 1973 and on 11 September 1973.

Charges 9 and 12: conspiracy to murder in Spain between 1 January 1975 and 31 December 1976 and in Italy on 6 October 1975.

Charges 10 and 11: attempted murder in Italy on 6 October 1975.

Charges 13-29; and 31-32: torture on various occasions between 11 September 1973 and May 1977.

Charge 30: torture on 24 June 1989.

I turn then to consider which of those charges are extradition crimes.

Extradition Crimes

As I understand the position, at the first hearing in the House of Lords the Crown Prosecution Service did not seek to rely on any conduct of Senator Pinochet occurring before 11 September 1973 (the date on which the coup occurred) or after 11 March 1990 (the date when Senator Pinochet retired as head of state). Accordingly, as the case was then presented, if Senator Pinochet was entitled to immunity such immunity covered the whole period of the alleged crimes. At the second hearing before your Lordships, however, the Crown Prosecution Service extended the period during which the crimes were said to have been committed: for example, see charges 1 and 4 where the conspiracies are said to have started on 1 January 1972, i.e. at a time before Senator Pinochet was head of state and therefore could be entitled to immunity. In consequence at the second hearing counsel for Senator Pinochet revived the submission that certain of the charges, in particular those relating to torture and conspiracy to torture, were not "extradition crimes" because *at the time the acts were done* the acts were not criminal under the law of the United Kingdom. Once raised, this point could not be confined simply to the period (if any) before Senator Pinochet became head of state. If the double criminality rule requires it to be shown that at the date of the conduct such conduct would have been criminal under the law of the United Kingdom, any charge based on torture or conspiracy to torture occurring before 29 September 1988 (when section 134 of the Criminal Justice Act came into force) could not be an "extradition crime" and therefore could not in any event found an extradition order against Senator Pinochet.

Under section 1(1) of the Act of 1989 a person who is accused of an "extradition crime" may be arrested and returned to the state which has requested extradition. Section 2 defines "extradition crime" so far as relevant as follows:

> "(1) In this Act, except in Schedule 1, 'extradition crime' means -
>
> (a) conduct in the territory of a foreign state, a designated Commonwealth country or a colony which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which, however described in the law of the foreign state, Commonwealth country or colony, is so punishable under that law;
>
> (b) an extra-territorial offence against the law of a foreign state, designated Commonwealth country or colony which is punishable under that law with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which satisfies -
>
> (i) the condition specified in subsection (2) below; or
>
> (ii) all the conditions specified in subsection (3) below.
>
> "(2) The condition mentioned in subsection (1)(b)(i) above is that in corresponding circumstances equivalent conduct would constitute an extra-territorial offence against the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment.
>
> "(3) The conditions mentioned in subsection (1)(b)(ii) above are -
>
> (a) that the foreign state, Commonwealth country or colony bases its jurisdiction on the nationality of the offender;
>
> (b) that the conduct constituting the offence occurred outside the United Kingdom; and
>
> (c) that, if it occurred in the United Kingdom, it would constitute an offence under the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment."

The question is whether the references to conduct "which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence" in section 2(1)(a) and (3)(c) refer to a hypothetical occurrence which took place at the date of the request for extradition ("the request date") or the date of the actual conduct ("the conduct date"). In the Divisional Court, the Lord Chief Justice (at p. 20 of the Transcript) held that the words required the acts to be criminal only at the request date. He said:

> "I would however add on the retrospectivity point that the conduct alleged against the subject of the request need not in my judgment have been criminal here at the time the alleged crime was committed abroad. There is nothing in section 2 which so provides. What is necessary is that at the time of the extradition request the offence should be a criminal offence here and that it should then be punishable with 12 months imprisonment or more. Otherwise section 2(1)(a) would have referred to conduct which would at the relevant time 'have constituted' an offence and section 2(3)(c) would have said 'would have constituted'. I therefore reject this argument."

Lord Lloyd (who was the only member of the Committee to express a view on this point at the first hearing) took the same view. He said at p. 1481:

> "But I agree with the Divisional Court that this argument is bad. It involves a misunderstanding of section 2 of the Extradition Act 1989. Section 2(1)(a) refers to conduct which *would* constitute an offence in the United Kingdom *now*. It does not refer to conduct which *would* have constituted an offence *then*."

My Lords, if the words of section 2 are construed in isolation there is room for two possible views. I agree with the Lord Chief Justice and Lord Lloyd that, if read in isolation, the words "if it occurred . . . would constitute" read more easily as a reference to a hypothetical event happening now, i.e. at the request date, than to a past hypothetical event, i.e. at the conduct date. But in my judgment the right construction is not clear. The word "it" in the phrase "if it occurred . . ." is a reference back to the actual conduct of the individual abroad which, by definition, is a past event. The question then would be "would that past event (including the date of its occurrence) constitute an offence under the law of the United Kingdom." The answer to that question would depend upon the United Kingdom law at that date.

But of course it is not correct to construe these words in isolation and your Lordships had the advantage of submissions which strongly indicate that the relevant date is the conduct date. The starting point is that the Act of 1989 regulates at least three types of extradition.

First, extradition to a Commonwealth country, to a colony or to a foreign country which is not a party to the European Convention on Extradition. In this class of case (which is not the present one) the procedure under Part III of the Act of 1989 requires the extradition request to be accompanied by evidence sufficient to justify arrest under the Act: section 7(2)(b). The Secretary of State then issues his authority to proceed which has to specify the offences under U.K. law which "would be constituted by equivalent conduct in the United Kingdom": section 7(5). Under section 8 the magistrate is given power to issue a warrant of arrest if he is supplied with such evidence "as would in his opinion justify

the issue of a warrant for the arrest of a person accused": section 8(3). The committal court then has to consider, amongst other things, whether "the evidence would be sufficient to warrant his trial if the extradition crime *had* taken place within jurisdiction of the court" (emphasis added): section 9(8). In my judgment these provisions clearly indicate that the conduct must be criminal under the law of the United Kingdom at the conduct date and not only at the request date. The whole process of arrest and committal leads to a position where under section 9(8) the magistrate has to be satisfied that, under the law of the United Kingdom, if the conduct "*had* occurred" the evidence was sufficient to warrant his trial. This is a clear reference to the position at the date when the conduct in fact occurred. Moreover, it is in my judgment compelling that the evidence which the magistrate has to consider has to be sufficient "to warrant his trial". Here what is under consideration is not an abstract concept whether a hypothetical case is criminal but of a hard practical matter--would this case in relation to this defendant be properly committed for trial if the conduct in question had happened in the United Kingdom? The answer to that question must be "no" unless at that date the conduct was criminal under the law of the United Kingdom.

The second class of case dealt with by the Act of 1989 is where extradition is sought by a foreign state which, like Spain, is a party to the European Extradition Convention. The requirements applicable in such a case are the same as those I have dealt with above in relation to the first class of case save that the requesting state does not have to present evidence to provide the basis on which the magistrate can make his order to commit. The requesting state merely supplies the information. But this provides no ground for distinguishing Convention cases from the first class of case. The double criminality requirement must be the same in both classes of case.

Finally, the third class of case consists of those cases where there is an Order in Council in force under the Extradition Act 1870. In such cases, the procedure is not regulated by Part III of the Act of 1989 but by Schedule I to the Act of 1989: see section 1(3). Schedule I contains, in effect, the relevant provisions of the Act of 1870, which subject to substantial amendments had been in force down to the passing of the Act of 1989. The scheme of the Act of 1870 was to define "extradition crime" as meaning "a crime which, if committed in England . . . would be one of the crimes described in the first schedule to this Act": section 26. The first schedule to the Act of 1870 contains a list of crimes and is headed:

> "The following list of crimes is to be construed according to the law existing in England . . . *at the date of the alleged crime*, whether by common law or by statute made before or after the passing of this Act." (emphasis added)

It is therefore quite clear from the words I have emphasised that under the Act of 1870 the double criminality rule required the conduct to be criminal under English law at the conduct date not at the request date. Paragraph 20 of Schedule 1 to the Act of 1989 provides:

> "'extradition crime', in relation to any foreign state, is to be construed by reference to the Order in Council under section 2 of the Extradition Act 1870 applying to that state as it had effect immediately before the coming into force of this Act and to any amendments thereafter made to that Order;"

Therefore in this class of case regulated by Schedule 1 to the Act of 1989 the same position applies as it formerly did under the Act of 1870, i.e. the conduct has to be a crime under English law at the conduct date. It would be extraordinary if the same Act required criminality under English law to be shown at one date for one form of extradition and at another date for another. But the case is stronger than that. We were taken through a trawl of the travaux preparatoires relating to the Extradition Convention and the departmental papers leading to the Act of 1989. They were singularly silent as to the relevant date. But they did disclose that there was no discussion as to changing the date on which the criminality under English law was to be demonstrated. It seems to me impossible that the legislature can have intended to change that date from the one which had applied for over a hundred years under the Act of 1870 (i.e. the conduct date) by a side wind and without investigation.

The charges which allege extradition crimes

The consequences of requiring torture to be a crime under U.K. law at the date the torture was committed are considered in Lord Hope's speech. As he demonstrates, the charges of torture and conspiracy to torture relating to conduct before 29 September 1988 (the date on which section 134 came into effect) are not extraditable, i.e. only those parts of the conspiracy to torture alleged in charge 2 and of torture and conspiracy to torture alleged in charge 4 which relate to the period after that date and the single act of torture alleged in charge 30 are extradition crimes relating to torture.

Lord Hope also considers, and I agree, that the only charge relating to hostage-taking (charge 3) does not disclose any offence under the Taking of Hostages Act 1982. The statutory offence consists of taking and detaining a person (the hostage), so as to compel someone who is not the hostage to do or abstain from doing some act: section 1. But the only conduct relating to hostages which is charged alleges that the person detained (the so-called hostage) was to be forced to do something by reason of threats to injure other non-hostages which is the exact converse of the offence. The hostage charges therefore are bad and do not constitute extradition crimes.

Finally, Lord Hope's analysis shows that the charge of conspiracy in Spain to murder in Spain (charge 9) and such conspiracies in Spain to commit murder in Spain, and such conspiracies in Spain prior to 29 September 1988 to commit acts of torture in Spain, as can be shown to form part of the allegations in charge 4 are extradition crimes.

I must therefore consider whether, in relation to these two surviving categories of charge, Senator Pinochet enjoys sovereign immunity. But first it is necessary to consider the modern law of torture.

Torture

Apart from the law of piracy, the concept of personal liability under international law for international crimes is of comparatively modern growth. The traditional subjects of international law are states not human beings. But consequent upon the war crime trials after the 1939-45 World War, the international community came to recognise that there could be criminal liability under international law for a class of crimes such as war crimes and crimes against humanity. Although there may be legitimate doubts as to the legality of the Charter of the Nuremberg Tribunal, in my judgment those doubts were stilled by the Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter

of Nuremberg Tribunal adopted by the United Nations General Assembly on 11 December 1946. That Affirmation affirmed the principles of international law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the judgment of the Tribunal and directed the Committee on the codification of international law to treat as a matter of primary importance plans for the formulation of the principles recognised in the Charter of the Nuremberg Tribunal. At least from that date onwards the concept of personal liability for a crime in international law must have been part of international law. In the early years state torture was one of the elements of a war crime. In consequence torture, and various other crimes against humanity, were linked to war or at least to hostilities of some kind. But in the course of time this linkage with war fell away and torture, divorced from war or hostilities, became an international crime on its own: see *Oppenheim's International Law* (Jennings and Watts edition) vol. 1, 996; note 6 to Article 18 of the *I.L.C. Draft Code of Crimes Against Peace*; *Prosecutor v. Furundzija* Tribunal for Former Yugoslavia, Case No. 17-95-17/1-T. Ever since 1945, torture on a large scale has featured as one of the crimes against humanity: see, for example, U.N. General Assembly Resolutions 3059, 3452 and 3453 passed in 1973 and 1975; Statutes of the International Criminal Tribunals for former Yugoslavia (Article 5) and Rwanda (Article 3).

Moreover, the Republic of Chile accepted before your Lordships that the international law prohibiting torture has the character of jus cogens or a peremptory norm, i.e. one of those rules of international law which have a particular status. In *Furundzija (supra)* at para. 153, the Tribunal said:

> "Because of the importance of the values it protects, [the prohibition of torture] has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even 'ordinary' customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by states through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force. . . . Clearly, the jus cogens nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate." (See also the cases cited in Note 170 to the *Furundzija* case.)

The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences jus cogens may be punished by any state because the offenders are "common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution": *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571.

It was suggested by Miss Montgomery, for Senator Pinochet, that although torture was contrary to international law it was not strictly an international crime in the highest sense. In the light of the authorities to which I have referred (and there are many others) I have no doubt that long before the Torture Convention of 1984 state torture was an international crime in the highest sense.

continue

Doc. num. 4

Official version, Document link:
http://www.open.gov.uk/lcd/magist/magistfr.htm]

JUDGMENT

In the Bow Street Magistrates' Court

THE KINGDOM OF SPAIN
- v -
AUGUSTO PINOCHET UGARTE

Mr Ronald David Bartle
Metropolitan Magistrate
8th October 1999

Before I commence my judgment there are certain preliminary matters which I feel I should mention. I do so because of the enormous public attention which this case has received both in this country and abroad, and because of the emotions, indeed passions, to which it has given rise.

Extradition is a branch of law relatively unknown to the general public, and therefore I think it is very important that I should say a few words at the outset to explain the proceedings and my role as the Presiding Magistrate. I shall, by way of explanation deal with the following: the proper approach of the court to the case before it; the nature of the hearing; the function of the court; and my own duties including the delivery of my judgment.

With regard to the first point I cannot do better than quote the words of Lord Browne-Wilkinson in the early part of his judgment delivered on 24th March of this year when this case was before the House of Lords Appellate Committee. What the learned law lord said was this:

> "In 1998 Senator Pinochet came to the United Kingdom for medical treatment. The judicial authorities in Spain sought to extradite him in order to stand trial in Spain on a large number of charges. Some of those charges had links with Spain. But most of the charges had no connection with Spain. The background to the case", said the learned law lord, "is that to those of left-wing political convictions Senator Pinochet is seen as an arch-devil: to those of right-wing persuasions he is seen as the saviour of Chile. It may well be thought", he continued, "that the trial of Senator Pinochet in Spain for offences all of which related to the State of Chile and most of which occurred in Chile is not calculated to achieve the best

justice. But I cannot emphasise too strongly that that is no concern of your Lordships. Although others perceive our task as being to choose between the two sides on the grounds of personal preference or political inclination, that is an entire misconception".

I respectfully adopt those words so far as this court is concerned, It is unfortunate that this point has to be made at all, but having regard to the appearance in the press of one or two foolish articles hinting at the possibility of bias, and taking into account the great deal of public debate, including statements of opinion by prominent public figures, I feel it incumbent upon me to emphasise that my decision in this case will be based upon the law and the law alone, in accordance with the judicial oath "to do right to all manner of persons, after the laws and ordinances of the realm, without fear or favour, affection or ill-will". If my understanding of the law is at fault a higher court will put that right.

Next I turn to the nature of these proceedings. The Spanish request is made under the terms of the European Convention on Extradition, entered into by a number of states, mostly though not entirely, European, for the purpose of simplifying and expediting the process of the return of fugitive offenders. Both Spain and the United Kingdom are signatories to the Convention and both have embodied its terms, with few reservations, into their own domestic law. In the case of this country the relevant law is contained in the Extradition Act 1989 and in The European Convention on Extradition Order 1990. The purpose of the Convention would appear to be to expedite and streamline the extradition process and so avoid the previous situation under which fugitives from justice, by taking every conceivable technicality, were able to delay, in some instances for years, their return to the requesting state.

The purpose of such Conventions is to assist the forces of law and order to counter the ever increasing sophistication with which international criminals, be they terrorists, drug traffickers, perpetrators of fraud on an international scale and such like, exploit advanced technology and communications to commit their crimes and avoid detection and subsequent apprehension. In recent years a number of such agreements between states have been entered into, including one which has been an important factor in this case, namely the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted by the United Nations General Assembly on 10th December 1984, referred to for convenience as "The Torture Convention".

These Conventions represent the growing trend of the international community to combine together to outlaw crimes which are abhorrent to civilised society whether they be offences of the kind to which I have referred or crimes of cruelty and violence which may be committed by individuals, by terrorist groups seeking to influence or overthrow democratic governments or by undemocratic governments against their own citizens. This development may be said to presage the day when, for the purposes of extradition, there will be one law for one world.

Against that background let me now turn to the function of this court. In this respect I cannot do better than quote the words of Lord Justice Kennedy in the case of *In Re Anthony*: "The whole purpose of the Convention and those parts of the statute, to which I have referred, is to provide a simplified form of procedure which does not become bogged down in detailed consideration of evidence. The person whose extradition is sought needs to know, in general terms, what he is supposed to have done, and both the Secretary of State and the Magistrate need to be satisfied that the conduct alleged would amount to a serious crime in either country". But as Lord Templeman said in *Evans*: "The magistrate is not concerned with proof of the facts, the possibilities of other relevant facts, or the emergence of any defence; these are matters for trial".

It cannot be too strongly emphasised that these proceedings are not conducted for the purpose of deciding the guilt or innocence of Senator Pinochet in respect of the allegations made against him, nor would a finding on my part that the request of Spain should be complied with be any indication whatever that I have formed a view as to his guilt or innocence.

The purpose of this hearing is to enable me as the presiding magistrate, to decide whether or not the conditions are in place which would oblige me to order the committal of Senator Pinochet to await the decision of the Secretary of State.

This is an accusation case under the Convention. No evidence is called, except on very restricted issues, and there is no requirement for the Government of Spain to establish a prima facie case. This is because the whole purpose of this procedure is to ensure that, so far as possible, contentious matters should be thrashed out in the courts of the requesting state. Hence, it would be in the Spanish court, should the case go that far, that evidence would be called and tested. It is there that Senator Pinochet would be able to establish any defence.

I refer to my own position as magistrate. My decision is not final. Firstly, both the government and the defence have the right to appeal my ruling, depending on which way it goes, to the Divisional Court of the High Court, and thereafter, with leave, to the House of Lords. Secondly, if Senator Pinochet is not discharged, the final decision regarding his extradition to Spain rests with the Secretary of State and not with the courts.

One further matter. The Divisional Court of the High Court, which hears appeals from this court in extradition cases, has indicated, very understandably, that when such appeals are heard it is helpful to the judges if they are provided with a statement of the magistrate's reasons for his decision. It is not my proper task to give a long judgment tracing through in detail all the submissions and dwelling in depth on the authorities. I therefore now return to what I understand to be the main issues, my ruling on each of these, and my reasons for so ruling.

The first question for my consideration is whether I can properly entertain material produced by the requesting state which was not before and had not been requested by the Secretary of State when he issued his authority to proceed on the 14th April 1999.

I can find nothing in Articles 12 or 13 of the Convention or Section 7 of the Extradition Act which states this. I am also satisfied that the case of *Cuoghi* is clear authority against it.

Article 12 sets out the necessary form and contents of the Request. Article 13, under the heading "Supplementary Information" states:

> "If the information communicated by the requesting party is found to be insufficient to allow the requested party to make a decision in pursuance of this Convention, the latter party shall request the necessary supplementary information and may fix a time-limit for the receipt thereof".

The power of the Secretary of State under Article 13 to request further information is for the purpose of enabling him the better to formulate the correct offences to be contained in the authority to proceed. I draw no inference from this that further material which was not before him when he issued his authority is not receivable by the court. The purpose of Article 13 is to assist the Secretary of State perform his task, not to deprive the court of necessary information to enable it perform its function.

I have been referred by the defence to a letter dated 15th April 1999 from a Home Office official to solicitors for the defence. I am not at all sure that in reaching my decision on this point it is appropriate for me to have regard to the contents of such a letter. But in any event I do not accede to the interpretation that the defence place upon the passages marked. The most significant appears to be paragraph 22. That paragraph states that the Secretary of State has declined the invitation of The Crown Prosecution Service to consider fresh material dated 10th December 1998, 24th December 1998, 26th March 1998(9) and 5th April 1999 subsequent to the formal request received in the Home Office on 11th November 1998.

The following words are important however.

> "He does not regard the material to be 'supplementary material' under Article 13 of the ECE since, as the requested party in that Article, he has not considered it necessary to request such material from Spain in order to make his decision".

The authority to proceed is, as the Government of Spain submits, the document which starts the proceedings moving. I can find no basis for the proposition that material which the Secretary of State has not found it necessary to request or consider should therefore be unavailable to the court. Section 7(2)(b) of the Extradition Act which refers to "particulars of the offence of which he is accused ……" which "shall be furnished with any

such request" does not in my view confine the court to those particulars which were furnished with the original request or which were before the Secretary of State when he issued his authority to proceed.

The further material, objected to by the defence is in my view supplementary to and in amplification of the conduct alleged against Senator Pinochet, namely his involvement in acts of torture and conspiracy to commit such acts. If such material described totally different offences the position would be different.

The relevant authority in point is that of *Re Cuoghi*. The Government and the defence each place a different construction on this case. I have to say I find the Government view more persuasive. The crucial words of Lord Justice Kennedy are these:

> "If the magistrate is satisfied that the authority to proceed has been issued in respect of the person arrested and that the offence to which the authority to proceed relates is an extradition crime he is required to commit. Nothing in the statute requires him to reach that state of mind on the basis of information as it was before the Secretary of State".

My ruling is therefore that I am entitled to receive and consider the further information which was not before the Secretary of State at the time he issued his authority to proceed on 14th April.

The next matter for my consideration is whether the conduct of which Senator Pinochet stands accused is conduct which if it occurred in this country and also in Spain would, under the law of each country constitute extraditable offences. This is called the "double criminality rule" which must be satisfied before I can properly commit Mr Pinochet to await the Secretary of State's further direction.

Section 2(1)(a) of the Extradition Act 1989 defines an extradition crime as "conduct in the territory of a foreign state …… which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which, however described in the law of the foreign state ……. is so punishable under that law".

May I say straight away that I feel sure that the House of Lords at the March hearing had under review the question of extradition crimes and immunity as two separate issues. Lord Browne-Wilkinson made that clear when he said at the commencement of his judgment:

"Our job is to decide two questions of law: are there any extradition crimes and, if so, is Senator Pinochet immune from trial for committing those crimes. If, as a matter of law, there are no extradition crimes or he is entitled to immunity in relation to whichever crimes there are, then there is no legal right to extradite Senator Pinochet to Spain, or indeed to stand in the way of his return to Chile. If, on the other hand, there are extradition crimes in

relation to which Senator Pinochet is not entitled to state immunity then it will be open to the Home Secretary to extradite him.

"The task of this House is only to decide those points of law".

I have carefully and respectfully read and re-read the judgments of their Lordships and I am satisfied that the majority of the House regarded the Torture Convention to be of universal application. Chile, Spain and the United Kingdom are all signatories to the Convention. The Criminal Justice Act 1988 Section 134 applies the Convention to the law of this country. Section 134(3) provides that the offence can be committed by act or omission, and the torture may be mental or physical. It has been submitted to me that the Government of Spain have to provide information that the alleged torture must be widespread and systematic. A majority of the House held that one act of torture was sufficient to establish the necessary conduct, Lord Goff dissenting. However, having admitted the further information, I respectfully adopt the view of their Lordships that the conduct alleged against Senator Pinochet would be extraditable offences under English law if the accusations were substantiated. But even without the guidance of the highest court in the land I would have come to the same conclusion.

What is the position regarding the law of Spain? The defence submit that I cannot be satisfied that by the law of Spain the conduct as alleged against Senator Pinochet is an extraditable offence in that country. Am I bound by the insistence of Spain that the conduct would be punishable in Spain with a sentence of twelve months' imprisonment or more or should I examine the situation more closely?

Here I receive great assistance from the leading House of Lords case of *In Re Evans*. I must ask the indulgence of counsel who I know are all too familiar with it, but I feel that it has such a powerful bearing on my judgment that I propose to cite those passages in the landmark judgment of Lord Templeman which I consider most important.

Mr Nicholls has, I think, conceded that on the authority of *Evans* he is not entitled to call evidence of foreign law. He is entitled to make submissions, and I have to ask myself what is my position as a presiding magistrate having heard those submissions.

After reviewing the law generally as attaching to accusation cases under the Convention, Lord Templeman said "If the magistrate in committal proceedings were not limited to consideration of the conduct of the accused as alleged in the request for extradition, in the light of the law of the foreign state as presented with the request, then no one would ever be extradited until he had been tried and found guilty in the United Kingdom of an offence against the law of a foreign country committed in the foreign country". He then states later: "For the purposes of the court of committal, the conduct or facts are those set forth in the request for extradition; the relevant law of the requesting state is that set forth in the request for extradition".

Then again he states: "The magistrate will then consider whether the conduct set out in the particulars of conduct furnished by the requested state constituted an offence under the law set out in the particulars of law supplied by the requesting state. The magistrate will be aware that the authorities which issued the foreign warrant for arrest and the government which requested extradition must have been satisfied that the conduct constituted an offence".

I read that passage as saying that having heard submissions the relevant foreign law to which I must direct my attention is that contained in the request. Can I go behind the claim in the request that the foreign law has been infringed by the alleged conduct.

To do so would surely involve me in an investigation of the foreign law of a kind which the full House in *Evans* declared impermissible. Foreign experts would surely have to assist the court. But that would be a reversion to the old system which has been ruled out in *Evans* in Convention accusation cases.

Moreover the High Court of Spain has twice ruled that the conduct complained of would amount to Extradition offences under the law of Spain. Could I, a magistrate with no particular knowledge, or quite frankly no knowledge of Spanish law challenge the rulings of Spanish High Court judges regarding the law of their own country? I think not.

Two further significant passages in Lord Templeman's judgment are worthy of note in this context: "If the presentation of the law of the foreign state set forth in the request for extradition were inaccurate or incomplete in a relevant and material respect and the correct law could not be presented by agreement, then the accused would have his remedy in habeas corpus proceedings".

The learned Law Lord is not there speaking in a derogatory manner of the committing magistrate, but emphasising the very limited nature of the role he or she has to play.

One final passage I would cite: "In my opinion where requests for extradition allege acts of violence, theft, fraud or the like courts should be slow to pay heed to any representations that such acts do not constitute offences under foreign law".

I conclude therefore that I am bound by the Spanish representations as to their own nation's law and I accordingly find that the double criminality rule is satisfied.

The remaining issues I propose to deal with quite briefly.

The matter of immunity has been ruled upon by the House of Lords with one dissentient voice. That ruling is binding upon this court.

Accordingly I find that the information before me relating to allegations after 8th December 1988 constitute a course of conduct amounting to torture and conspiracy to torture for which Senator Pinochet enjoys no immunity.

The attack on the charges relate in my view to matters of evidence appropriately dealt with at the court of trial. Again I pray in aid a passage from Lord Templeman's judgment in *Evans*: "The magistrate is not concerned with proof of the facts, the possibilities of other relevant facts, or the emergence of any defence; these are matters for trial". The issues raised on the charges essentially go to Senator Pinochet's defence for which the appropriate court is the court of trial, which this is not.

I take the view that information relating to the allegation of conspiracy prior to 8th December 1988 can be considered by the court, as conspiracy is a continuing offence. However, this would not be my ruling relating to the substantive offences.

Whether the disappearances amount to torture; the effect on the families of those who disappeared can amount to mental torture. Whether or not this was intended by the regime of Senator Pinochet is in my view a matter of fact for the trial court.

On the basis of my findings I am therefore satisfied that all the conditions are in place which oblige me under the terms of Section 9(8) of the Extradition Act 1989 to commit Senator Pinochet to await the decision of the Secretary of State

Doc. num. 4 bis

Richmond House 79 Whitehall London SW1A 2NS Telephone 020 7210 5150-4
From the Chief Medical Officer
Professor Liam Donaldson

IN CONFIDENCE

Fenella Tayler
Extradition Section
Home Office
Judicial Co-operation Unit
50 Queen Anne's Gate
London SW1H 9AT

26 October 1999

Dear Fenella,

I promised to get back to you with names of possible clinical assessors.

After very careful deliberation I have selected two individuals whom I feel would be right for this task. Both have enormous professional standing and credibility. They are:

Professor Sir John Grimley Evans
Professor of Clinical Geratology
Radcliffe Infirmary
Oxford

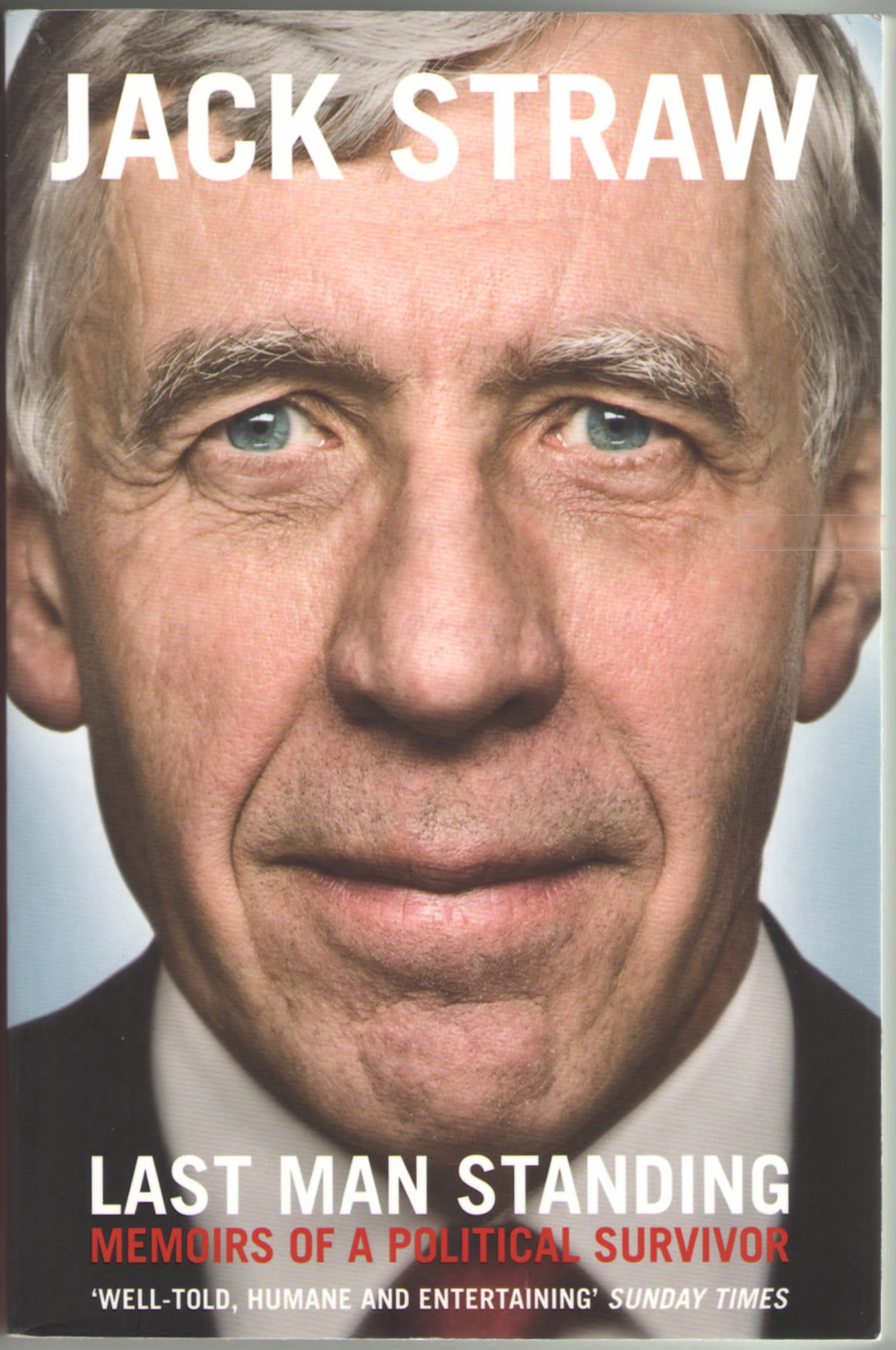
Sir John is probably the most respected individual in British Geriatric medicine. He has a wide range of experience and has served on many national bodies. He is respected internationally.

Dr Michael Denham
Consultant Physician in Geriatric Medicine
Northwick Park Hospital
London

Dr Denham is of similarly high professional standing and is widely experienced clinically. He is ex-President of the British Geriatric Society and also well respected nationally and internationally.

I would recommend that whichever were chosen should be free to bring in other members of their team (doctors or other health professionals) to help with the assessment. This would be standard practice where multisystem disorders are involved. An alternative is that we could ask Sir John and Dr Denham to pair up and undertake the exercise jointly.

Doc. num. 5


JACK STRAW
LAST MAN STANDING
MEMOIRS OF A POLITICAL SURVIVOR
'WELL-TOLD, HUMANE AND ENTERTAINING' SUNDAY TIMES

'Crafted with literary elegance – erudite, forensic and fascinating. Always a consummate politician – possessed of "guile and low cunning", as his old ministerial boss Barbara Castle memorably put it – his book is a tour de force through the fluctuating fortunes of the Labour party from the mid-1960s to the 2010 election defeat . . . Some memoirs by former Labour politicians generated headlines and big serialization fees – promptly to disappear, quickly remaindered. This book will stand the test of time. Straw's account of Labour's journeys in and out of power over nearly five decades is a must for serious students of government and politics' Peter Hain, *Observer*

Among those institutions is the Conservative Party. The first four black or Asian MPs elected post-war to the House of Commons took their seats in 1987; they were all Labour – Bernie Grant, Keith Vaz, Diane Abbott and Paul Boateng. It is to David Cameron's considerable credit that the 2010 Parliamentary Conservative Party has eleven black or Asian MPs among its strength. The party that most wears its civil rights credentials on its sleeve – the Liberal Democratic Party – is now the only major party whose MPs are all white.

Despite this, the British ruling elite is still dominated by white middle-class men. There's a long way to go before black and Asian people themselves consider that their skin colour is no more important than the colour of a person's eyes or hair, in the way they are treated, in the opportunities which come their way. The serious allegations in 2012 about continued racist behaviour by some police officers underlines why the battle for equal treatment has to continue. But there has been a deep-seated cultural change towards race in Britain. The pervasive, open racism of the fifties and sixties, the pernicious, sniggering racism of the seventies, eighties and nineties is gone. For that we have to thank Doreen and Neville Lawrence, above all others.

Today, every so often, walking down the street or on a bus, someone will stop me, and say 'thank you'. Setting up the Lawrence Inquiry had made a difference to *their* life. These are humbling moments. I was lucky to have the chance to take that decision. If it proves to be the only thing for which I am remembered, it will be enough.

ELEVEN

A Dictator Calls

In October 1998, whilst Sir William Macpherson and his colleagues were busy drafting their report, I took a plane to Marseilles at the invitation of the French minister of justice, Elisabeth Guigou, to give a keynote speech at a conference in Avignon she was organizing on the important but scarcely show-stopping subject of mutual legal co-operation. We'd struck up a good rapport and I thought I'd try to show further respect by making part of my speech in French.

My formal education in the language had ended in 1961 with an O level. My first wife Anthea taught French and spoke it perfectly. Alice was fluent. Their facility had, occasionally, encouraged me to improve my own with various teach-yourself tapes and books. At the Home Office I had readily accepted an offer of a weekly French lesson. This, with homework in between, had raised my French to a passable, operational level.

I had, however, never made a speech in French. Most of the flight from Gatwick to Marseilles was spent rehearsing the first two pages of the speech, in French, while Mara Goldstein, one of my private secretaries, who was a natural linguist, listened patiently and corrected my mistakes. Half an hour before the flight was due to land I decided to leaf through the newspapers for a little light relief.

On page six of the *Guardian* Mara pointed me to a small item saying that General Augusto Pinochet, former dictator and president of Chile,

was in London, and that the Spanish anti-terrorist judge, Baltasar Garzón, had asked that Scotland Yard locate him and prevent from leaving the country. Somewhere in my head an alarm bell rang.

'Do you know anything about this?' I asked Mara.

'Not a clue,' she replied.

'As soon as we land, please find out whether there's anything in this,' I told her. 'If there is, it could be tricky.'

Mara began to work the phones the minute we got in the car taking us to the hotel. It was all true. In fact, the Foreign Office had known that there was a strong possibility of an extradition request for at least twenty-four hours, and Home Office officials had been consulted by Spain about the UK's likely reaction to it, but no one had thought it necessary to let me know.

Annoyed, I demanded to see the relevant Foreign Office telegrams. We had no means of secure communication. It was long before the days of laptops and BlackBerries. The only fax machine in our upmarket boutique hotel was in the chef's cubicle next to his steaming kitchen. Now, yards of FCO telegrams and panicky submissions spewed out on to the sawdust-covered floor.

The initial arrest of any 'fugitive', as the subject of an extradition request is known, is nothing to do with the Home Secretary. It is a matter for a judge: in this case, the on-duty magistrate sitting at Bow Street Magistrates' Court, the London court specializing in extradition matters.* The warrant was issued the following day, and by the time I got back that night, Pinochet had been arrested.

Ever since my two months in Chile in the summer of 1966 I'd taken a close interest in the country. I remembered in 1973 the fighter planes strafing President Allende's headquarters, his suicide, and the *coup d'état* which had brought General Pinochet to power for seventeen years.

---

* Bow Street Courts closed in 2006. These matters are now handled by Westminster Magistrates' Court.

The stories of torture and 'disappearance' of hundreds of his opponents had been so frequent and well documented that it was inconceivable for them all to have been fabricated. I felt that there was no point in the United Kingdom leading the campaign for an International Criminal Court and signing up to high-minded international conventions making torture and similar crimes the subject of universal jurisdiction unless we were prepared to act when faced with concrete allegations against an individual. Now, whether we had the courage of our conviction was down to me. I knew what I wanted to do, but I was careful never to share my views with anyone, because Pinochet's lawyers would leave no stone unturned to challenge my integrity, and to have decisions on his case removed from me.

I would also face intense pressure from within government, and Parliament, to cancel the general's extradition as soon as it was put in front of me. Relations with Chile were good. The general himself was a frail eighty-three-year-old.

There would be countervailing pressure from human rights groups, the left-wing press and other MPs – including, to my surprise, a vehement Peter Mandelson – calling for this 'evil war criminal' to be 'made to face a trial'.

The press devoted many pages of commentary to analysing me, my politics, my personality and my options. Everyone had a strong opinion. The Home Office was awash with correspondence. Many claimed this was a career-defining moment for me. Doing a job like Home Secretary, you discover things about yourself. Luckily, I seemed able to take this latest frenzy in my stride.

To ward off the pressures as much as I could I turned myself into something of a Trappist monk. Thousands of people, including fellow members of the government, wrote to me; but I refused to discuss the case with anyone apart from the officials and lawyers directly advising me. Since I had to make every decision in the case on a 'quasi-judicial' basis, I excluded almost everyone – other ministers, my parliamentary

private secretary, special advisers, the press office, and, crucially, Tony and Number 10 – from any involvement in the process. I batted off every attempt by colleagues to have a 'private word' with me about the case with the same 'I'm sorry I cannot talk to you about it', and every question when the media were ostensibly interviewing me about something else with the mantra 'I will make my decisions in accordance with the law'. On a visit to Madrid to see my friend Jaime Mayor Oreja, the Spanish interior minister, I had to spend about an hour repeating this again and again as scores of television crews from across Latin America tried to get something more out of me.

Pinochet's lawyers' first move was to ask me to cancel the provisional arrest warrant. I refused. They then sought a judicial review, which was heard by a divisional court, presided over by the Lord Chief Justice, Lord Bingham.

The senior official leading an extradition in the Home Office, Clare Checksfield, was first rate. Juliet Wheldon, the Home Office's senior legal adviser, and a star, quickly recommended that we would need the very best barrister, and briefed Jonathan Sumption. (In 2011 Jonathan became the first person in living memory to be appointed direct from the Bar to the UK's highest court.)

Lord Bingham's judgment followed precedent. Whilst the judicial review against my decision was not upheld, the original issue of the warrant was quashed, because 'sovereign immunity' extended to heads of state even after they had left office.

The Crown Prosecution Service, who were representing Spain, appealed to the Law Lords. The Law Lords' judgment, which came to be known as 'Pinochet 1', was due in the early afternoon of Wednesday 25 November 1998. I'd already prepared a short statement to make if the Law Lords confirmed the earlier decision, since the warrant would then have to be cancelled and Pinochet released from custody. I found that I had an hour with nothing in the diary, so I took myself off to Politicos Bookshop, close by in Artillery Row. But the quiet browse I'd been hoping for proved impossible. Politicos had two televisions per-

manently tuned to the news. Sky News was on one, BBC News on the other; I was on both. Fellow shoppers were looking at the screens, looking at me, then trying to engage me in conversation. I made a speedy purchase, and went to my room in the Commons to watch the feed from the House of Lords as the judgment was issued.

The Law Lords' decision was landmark and an important advance in the cause of human rights. By three to two the Law Lords upheld Pinochet's extradition on the basis, as Lord Nicholls put it, that 'international law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone'. They determined that it would be lawful to extradite Pinochet on thirty-two charges laid by Baltasar Garzón.*

Pinochet's extradition could go ahead. But the process had many stages. This was only the first. I now had to decide whether to issue an 'Authority to Proceed' – then the key decision on what happened to a fugitive. If I refused it, Pinochet would be released. If I granted it, then, subject to what I knew would be interminable challenges in the courts to review my decision, he would be sent to Spain to stand trial.

Shortly after his initial arrest, officials had asked me whether there were any grounds on which my bona fides could be challenged by the highly litigious parties on both sides of the case. I told them about my trip to Chile – four years before Allende had been elected, seven years before Pinochet's coup. I might have met Allende at a reception in

* *R* vs *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochent Ugarte (Amnesty International and others intervening) (No 1)* [1998] 4 All ER 897 at 940. The majority cited the Nuremberg Judgment and affirmed the view first elaborated by the Nuremberg Tribunal that: 'Individuals have duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State, if the State in authorizing action moves outside its competence under international law': Judgment of the International Military Tribunal (Nuremberg) 41 AJIL (1947) 172 at 221. See D. Sugarman, 'The Pinochet Case: International Criminal Justice in the Gothic Style?' (2001), *Modern Law Review* 64, pp. 933–44.

Santiago de Chile, perhaps even shaken his hand, but I'd had no other dealings with him whatever.

I did, however, recall that on my return from Chile I'd written an article for *Tribune*. I'd been very proud of that piece. It was the first I'd ever had published in a national journal. I'd spent hours on it. I managed to find the article in an archive box in our house in Blackburn. To general relief, the article was a worthy, and rather tedious, exposition about agrarian reform under President Eduardo Frei. Not even the Pinochistas were able to claim that it contained any evidence of prejudice against their general.

With that potential hurdle out of the way, the serious task of deciding whether to agree or to reject Pinochet's extradition began. Supporting evidence was obtained from Judge Garzón in Spain, lengthy representations were received from Pinochet's lawyers, and from France, Belgium and Switzerland who, not to be outdone, had now weighed in with their own extradition requests. All of this was assembled in twelve lever-arch files (which had to be wheeled into the office on a trolley), with a day set aside for me to read them and then make a decision, based on certain key tests on which Jonathan Sumption and our lawyers provided further advice.

I read the lot, and formed the view that there was clearly a case for Pinochet to answer, and no other impediment I could see in the way of his being transferred to Spain. I announced my decision to the Commons on 9 December 1998.[1]

Meanwhile, Pinochet's ever-industrious lawyers had made a discovery which they believed might abort the whole process – and very nearly did.

One of the five Law Lords who had heard Pinochet 1 was Lord Hoffmann. He'd been brought up in South Africa when apartheid was at its most oppressive. Like many others from the liberal Jewish community there, he had left South Africa in his twenties and settled in England. He had commendably strong views about unpleasant dictatorial regimes; so did his wife, Gillian. Pinochet's lawyers had unearthed the fact that Gillian worked as an administrative assistant for Amnesty

International and that Leonard Hoffman was himself chair of Amnesty's charity. Amnesty had been granted the right of representation in the case before the Law Lords but Hoffmann had seen fit to declare his position neither to the court, nor to Pinochet's lawyers.

I was dumbfounded that a jurist of such distinction could make such an error, and deliver himself, and the court, into the hands of the Pinochistas. Others who knew him better said that he was so confident that he had all the required judicial qualities, including impartiality, in greater abundance than any of his colleagues, that the idea that he might be perceived as having a potential conflict had simply never occurred to him.

Pinochet's counsel now had a well-primed torpedo to aim at the extradition. They fired it. Deeply embarrassed by the infelicity of one of their colleagues, the Law Lords had (by a decision known as 'Pinochet 2') to 'vacate' their judgment in Pinochet 1, and start again with a differently constituted court.[2]

This second group of Law Lords did in the main confirm Pinochet 1. By Pinochet 3, they found that torture was an international crime over which the parties to the UN Torture Convention (Spain and the UK included) had universal jurisdiction; and a former head of state did not have immunity from prosecution. This was a further landmark in international human rights' law, and its impact went far beyond our shores.*

However, for technical reasons, principally to do with the dates of some of Pinochet's alleged crimes, and when the Torture Convention came into force (June 1987) their lordships cut the number of potential charges on which Pinochet could be extradited from the thirty-two found lawful under Pinochet 1, to three. His supporters argued that the

* In effect the House of Lords vindicated the principle that executive power and sovereignty are subject to the limits imposed by the rule of law.' D. Sugarman, 'The Arrest of Augusto Pinochet: Ten Years On' Open Democracy (29 October 2008), sets out more generally the domestic and international significance of the 'Pinochet precedent'.

cutting of the charges from thirty-two to three implied he should be released.

The lever-arch files, full of new representations, were put back on my desk to help me decide whether to issue an amended Authority to Proceed.

Amongst the representations in my file was a carefully phrased minute from Robin Cook, giving me his very balanced view of the foreign policy implications of any decision I made. Robin told me much later that he had had to rewrite the draft himself, because the weight of opinion inside the Foreign Office was that 'the sooner Straw lets him go, the better'.

That was most certainly the prevailing view across the road from the Foreign Office, in Downing Street. Since I resolutely refused to discuss the implications of the case with anyone – including everyone in Number 10 – I never pinned down why they were so concerned that I might transfer this unpleasant dictator to Spain to stand his trial – something that we had all signed up for. The point they were making was clear enough. I could read the newspapers, which ran almost daily reports about the debt we owed Pinochet and Chile for our victory in the Falklands.

My permanent secretary brought a message into one meeting. 'I've just had a suggestion from Number 10. It's a third way. They think we might use the good offices of the Vatican.' I knew the Vatican had written, and in what terms. But as far as I was concerned this was a matter for determination in this life, not the next. I blew a raspberry and moved on.* As well as former US president George H. W. Bush, who issued a public statement calling for Pinochet's release, a large group of wealthy and influential supporters now weighed in. Chief among them were the

* The newspapers later ran well-sourced stories, claiming that the Vatican had written to the government requesting Pinochet's release (*Sunday Times*, 21 February 1999). The Vatican confirmed it had made representations at the request of the Chilean government.

former Conservative Chancellor of the Exchequer, Norman (by then Lord) Lamont, and Margaret (now Baroness) Thatcher. She wrote to Tony twice. The first letter argued the case – over three pages – for releasing General Pinochet. The second, much pithier, in response to his explanation that this was a decision for his Home Secretary, not for him, more or less questioned Tony's manhood. 'I am dismayed . . . Are you saying that it is proper for the Home Secretary to be guided by the view of private individuals but not to take into account those of the prime minister? Such a proposition is manifestly absurd. In the last resort, you are responsible for all the actions of your government. You will understand that I cannot leave the matter here.'

Tony was by this time twitchy about the whole issue. Every so often after a meeting in the Cabinet Room, he'd call me into his study and suggest, in Delphic terms, that it was time to say goodbye to the general, and then try to engage me in conversation about it. To his mounting frustration I had to tell him that I was sorry but I couldn't discuss the matter with him. If any decision of mine was challenged in court – and in practice, every decision I made would be challenged by someone – and I was asked to testify what representations I had received from him, I would have to say. If he wished, he could of course minute me, as Robin had done, but that too would be disclosable.

Alice said to me one evening, 'Good God, Jack. I go to work to get away from you and the Home Office, but you're outside my window every day. "Jacky Straw out!" from one side, "Jacky Straw in!" from the other. There's no escape.' Every time an important decision loomed, the pro- and anti-Pinochet campaigns renewed their protests, in two police corrals. Alice, by then a director general in the Department of Health, had a large ground-floor room directly adjacent to the demonstrators, and was thus forced to listen to their competing chants, along with fruity comments about my paternity and much else.

Meanwhile, the Pinochistas' efforts to find something that would do for me as Lord Hoffmann's error had done for him were going to ever

more extravagant lengths. Gino Peirano, the very nice man whose family had given me digs in in the middle-class suburb of Viña del Mar for three weeks in 1966, had been tracked down. So had an attractive young woman whom I'd taken out a couple of times. Photographs of a group of us sitting on the beach were published in the *Sunday Times* and the *Mail on Sunday* under suggestive headlines.* But to their obvious annoyance, they could never find the smoking gun, since there wasn't one.

I issued the second Authority to Proceed on 14 April 1999.[3] The issue then quietened for some months. The courts had made sensible, bespoke arrangements for Pinochet's remand. He was formally in custody, but in extremely comfortable surroundings in a detached house in Surrey, with an extensive armed guard provided by the Met's Diplomatic Protection Group.

Under the then convoluted extradition procedures, once the Authority had been issued the matter went back to the Chief Metropolitan Magistrate.† Accordingly, at the end of September 1999, almost exactly a year after Pinochet had arrived in the UK, there was a three-day hearing at Bow Street. On 8 October 1999 the Chief Metropolitan Magistrate committed Pinochet on all charges, to await my decision on 'surrender' – i.e. transfer to Spain.

Pinochet's lawyers, having delayed his extradition for nearly twelve months, had few cards left. Spain's case had been examined in the most minute detail by both the highest court in the land, and the senior judge in charge of extradition cases.

But, ever-inventive, they found a trump: the general's health.

---

* 21 March 1999.

† When I announced my decision not to extradite General Pinochet, on 2 March 2000, I also announced that we would be producing a consultation paper on streamlining extradition procedures. This was the beginning of the process of modernizing extradition law.

On 14 October, just six days after the committal decision, the Chilean government, through its embassy, issued a formal request, accompanied by medical reports, claiming that Pinochet was unfit to stand trial. This request led me to suspect that parts of the British government might have been offering 'helpful' advice to the embassy about how best to make their case.

Whatever its provenance, though, I could not simply ignore the detailed assessments of Pinochet's health from experienced medical practitioners. Plenty of people in their eighties do suffer from serious loss of memory and other brain functions. But however distinguished Pinochet's doctors, I was not going to accept their opinion as definitive and, on the advice of my officials, decided that the general should also be examined by our own panel of experts.

On the recommendation of the government's Chief Medical Officer, Professor Liam Donaldson, I appointed four – including a consultant neuropsychologist – all of whom had had extensive forensic experience, on behalf of prosecution authorities, in assessing whether defendants who were pleading incapacity to stand trial had genuine symptoms. I thought they should easily spot whether Pinochet was another Ernest Saunders.*

The medical panel was thorough. Rather to my surprise they unanimously came to a clear view that Pinochet was indeed unfit to stand trial. The Chief Medical Officer concurred.†

---

* Ernest Saunders was convicted in 1990 for offences of share trading fraud. He was originally sentenced to five years. This was reduced on appeal to two and a half years because the court found that he was suffering from the incurable Alzheimer's disease, and he was released having served only ten months. He later recovered from his symptoms.

† He wrote to me on 7 January 2000, 'This authoritative medical report leaves me no reason to doubt the specialists' judgement that the Senator is not fit to stand trial and that his present condition is not one which would be expected to improve. The report also makes clear that the Senator's condition could not be feigned' (HoC Library, Dep 00/446).

My strong instinct was to have all the medical evidence examined in detail before a judge, who would also have been able to hear representations from Spain, France, Belgium, Switzerland and the other interested parties such as Amnesty International, but I was given conclusive legal advice that I had to make the decision. The only way the matter could, at that stage, have gone to court would have been if I had wilfully refused to come to a view. My failure to do so in the face of clear advice to the contrary would, almost certainly, have been declared 'irrational' by the court. That would have been damaging to my reputation, and would have led to such accusations of bias that I might have had to drop my involvement in the case. It would not, in any event, have achieved what I wanted – for the decision on Pinochet's health to be made by a court, rather than by me – since the court, on finding me irrational, would not have taken over from me the discretion that was properly mine, but would simply have directed me to do my duty and decide.

There was, as it were, no 'Get Out of Jail' card for me.

On 11 January 2000 I announced that the weight of evidence led me to conclude that the general was unfit to stand trial, adding that, 'subject to any representations that I may receive, I am minded to take the view that no purpose would be served by continuing the present extradition proceedings'.

Spain and the other parties seeking Pinochet's extradition all smelt a rat. Their suspicions, well placed, about the pressures from the defence and foreign policy establishment of the British government for his release, were compounded by my unwillingness to hand over the medical reports to them. But it is a default rule that all such reports are confidential. Much as I thought it would help my handling of the case if I could make them public, I could see no grounds for doing so. I also believed that any undertakings by the other parties to respect their confidentiality would not last five minutes. Judge Garzón would keep to any promises he might make; so might France, Switzerland and Amnesty; but I was wholly cynical about Belgium's extradition request.

It reeked of posture and opportunism. There was no more chance of them keeping anything under wraps than there was of the Flemish and the Walloons ending their centuries of linguistic conflict.

On 26 January 2000, Belgium and six human rights groups sought a judicial review of my refusal to hand over the medical reports. Three weeks later, on 15 February, the court ruled that the reports should be disclosed 'in confidence'. They were, of course, leaked within hours.

The Home Office medical team had been reviewing their findings in the light of all the representations they had received, but did not materially depart from their original finding that he was unfit to plead.

I'd been up hill and down dale on Pinochet's health. I'd been looking at it for four and a half months. On Thursday 2 March I concluded that I had no alternative but to discharge the extradition request, on the grounds that Pinochet was unfit to stand trial and no significant improvement in his health could be expected.

I prepared a statement to the Commons. I wanted to wait in my room to see his plane take off from UK soil before I made it, in case there was a successful last-minute attempt to obtain a court order to block its departure. The plane seemed to spend an age parked on the runway and it got to the point at which I had to go and sit on the front bench, so I would be there when the Speaker called me. It was only as I was getting to my feet that a private secretary dashed in with a note to say the plane had taken off.

There was much criticism of me from the Tory Opposition, who had taken Pinochet's side all the way through, and great disappointment on my side. In response, I told the House: '[T]his case is unprecedented. Throughout the process, I have sought to exercise my responsibilities in a fair and rational way in accordance with the law. The case has understandably aroused great debate and feeling. Its impact has been felt worldwide. It has established, beyond question, the principles that those who commit human rights abuses in one country cannot assume that they are safe elsewhere. That will be the lasting legacy of this case.'[4]

What I said then has turned out to be true. But when Pinochet landed in Santiago de Chile he gave me a metaphorical 'V sign' by getting out of his wheelchair to wave at the crowds of jubilant supporters I felt double-crossed. True, the medical issues had nothing directly to do with his physical mobility, but the message was clear. He'd tricked the British system, and escaped the trial he had deserved.

The joy at Pinochet's return was by no means universal in Chile. Ricardo Lagos, from the centre-left, had recently won a tightly fought presidential election, and took office just a few days later, on 11 March 2000. He said that the general's 'triumphant arrival' had damaged the image of Chile across the world.

In Chile, a battle then began between those who wanted to see Pinochet brought to trial, and those who were determined to protect him (and no doubt themselves) from censure for the appalling brutality of his regime. Immunities granted by the Chilean Senate were overturned by the courts; prosecutors brought charges against Pinochet, only to have the trials suspended on grounds of his medical incapacity. The immunities were reasserted by the executive and Parliament; again overturned by the courts; new medical evidence of incapacity was brought in. After more than six years of this game of cat and mouse, it looked as if the prosecutors could close in. In November 2006 Pinochet was charged with thirty-six counts of kidnapping and twenty-three of torture. The prosecutor sought his house arrest. The dictator died a few weeks later, on 10 December 2006, aged ninety-one, without any court, in Europe or Latin America, ever having convicted him of any criminal offence.

Judgements about the state of health of prisoners are notoriously difficult. Two cases which arose years later, when I was Justice Secretary, illustrate this well.

In the summer of 2009, whilst on holiday in Italy, I was faced with a 'very urgent' matter which could not wait for my return. The notorious train robber, Ronnie Biggs, was so ill, I was told, that I should

immediately release him from prison on compassionate grounds. The medical evidence was that he would die very soon. Sceptical, I examined this carefully, and held a conference call with the head of the Prison Service and other officials. I ordered his release. His health miraculously improved. At the time of writing, Biggs is still alive.

A week later, the Scottish justice minister, Kenny MacAskill, was faced with the much higher-profile decision about whether to release Abdelbaset al-Megrahi, the Lockerbie bomber. I had nothing to do with the decision itself, but I knew a lot about the background of the case. MacAskill was so concerned to ensure that he made the right decision that he even visited al-Megrahi in prison. He was convinced by all the evidence. Al-Megrahi was terminally ill with cancer, and could have only a few weeks to live. He ordered his release on compassionate grounds.

Like Pinochet nine years before, al-Megrahi made a miraculous recovery on the flight home. He too got off his bed and walked, as he arrived to a triumphant welcome from Colonel Gaddafi. He died nearly three years later, in May 2012.

In the Pinochet case, one of the Home Office medical experts was subsequently reported in the *Observer* as commenting that his panel's assessment of Pinochet's capacity to stand trial was not as conclusive as I had made out. Sir John Grimley Evans (professor of clinical gerontology at the John Radcliffe Hospital, Oxford) was asked about the accuracy of my Commons statement that 'the unequivocal and unanimous conclusion of the three medical practitioners and the consultant was that . . . he is at present unfit to stand trial, and that no change to that position can be expected'. His answer was reportedly that he would have to 'hedge' his answer: 'I have no problem with the "unanimous" but the "unequivocal" depends on how unequivocal it was from a lawyer's point of view – that's his judgement . . . All we did was list the medical facts. Whether those medical facts constitute unequivocal grounds for decreeing unfitness for trial is outside our field of competence and outside our responsibilities.'[5] That was not what was said in

their report, however. Had there been any serious ambiguity in their conclusions I would have not have discharged the extradition request.*

I greatly regret that I was not able to surrender Pinochet to Judge Garzón. By the time Pinochet's sixteen-month incarceration in England was over, my knowledge of his record was encyclopaedic. It was horrific. Pinochet was one of the worst dictators of the post-war era and it is an enduring source of enormous frustration that I was not able to lead him into the dock.

Some have claimed that, given the ultimate failure of the extradition, it would have been better if I had simply rejected the request the day it had been received.

My answer to that assertion is an emphatic 'No'.

It is vital that we establish clear norms for dealing with alleged crimes against humanity.

Everyone knows that the targets of the conventions to which we have signed up are going to be the leaders, the instigators, of brutal regimes, not the camp followers. If the leaders are skilful they are always likely to have very influential friends and allies – and the money – to exert pressure to avoid sanction. Thus it was with Pinochet. It would have been morally abject for me just to send him away out of convenience, as so many had urged me to do.

There is a second purpose for these conventions – to create a climate where those tempted down the path of repression will think twice, for fear of the consequences. The case changed the law. Under the Torture Convention, immunity for any head of state now ends when they lose office.

---

* Despite conducting a second unhelpful interview with *El Pais* along the same lines as the *Observer* interview, and continuing to insist on the distinction between medical fact and the legal judgment made on the basis of those facts, Professor Grimley Evans wrote to officials on 16 January 2000 to say that the *Observer* article had misrepresented him and that my statement to the House about the report's findings was 'entirely correct and appropriate'. (HoC Library, Dep 00/171).

The Pinochet case was not only a landmark in terms of international law. It changed the face of Chilean politics for ever. The sixteen months Pinochet spent in custody in Britain enabled the Chilean people to come to terms with his legacy in a way they had not been able to do up to that point, and, I suggest, would have found far more difficult but for his detention.[6]

I have never been back to Chile since my 1966 visit. I was on the way there as Foreign Secretary when I had to turn back on the death of the Queen Mother. But I fell in love with the country when I was there, and feel privileged to have played a significant, if wholly unexpected, part in helping to make it a more civilized place.

Doc. num. 6

© Copyright 2016, vLex. © Copyright 2007, vLex. All Rights Reserved.
Copy for personal use only. Distribution or reproduction is not allowed.

Kingdom Of Belgium, R (on the application of) v Secretary Of State For Home Department, Court of Appeal - Administrative Court, February 15, 2000, [2000] EWHC Admin 293

Resolution Date: February 15, 2000

Issuing Organization: Administrative Court

Actores: Kingdom Of Belgium, R (on the application of) v Secretary Of State For Home Department

Id. vLex: VLEX-52635126

Link: http://vlex.com/vid/-52635126

Text

- 2 -

Case Nos: CO/236/2000

CO/238/2000

IN THE SUPREME COURT OF JUDICATURE

QUEEN'S BENCH DIVISION

CROWN OFFICE LIST

Royal Courts of Justice

Strand, London, WC2A 2LL

Tuesday 15 February 2000

B e f o r e :

LORD JUSTICE SIMON BROWN

MR JUSTICE LATHAM

and

MR JUSTICE DYSON

- -

(Transcript of the Handed Down Judgment of

Smith Bernal Reporting Limited, 180 Fleet Street

London EC4A 2HD

Tel No: 0171 421 4040, Fax No: 0171 831 8838

Official Shorthand Writers to the Court)

- -

Mr J. Sumption QC & Mr P. Sales (instructed by Treasury Solicitor of London SW1) for the Respondent

Mr R. Drabble QC & Miss Frances Webber (instructed by Messrs. Bindman & Partners, Solicitors of London W1X 8QF) for Amnesty International and 5 other applicants

Mr N. Pleming QC, Mr P. Sands, Mr R. Singh & Miss H. Mountfield (instructed by Messrs Leigh Day & Co, Solicitors of London EC1M 4LB) for The Kingdom of Belgium

Mr C. Nicholls QC & Mr J.B. Knowles (instructed by Messrs Kingsley Napley, Solicitors of London EC1M 4AJ) for Augusto Pinochet Ugarte, an interested party

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

Judgment

As Approved by the Court

Crown Copyright ©

Lord Justice Simon Brown:

Introduction

It is sixteen months since Senator Pinochet was arrested. What should happen to him now? Should he be extradited to Spain to stand trial for the grave crimes of which he is accused? Or should he be allowed to return home to Chile? Many passionately hold one view, many the other.

All, however, would surely agree upon one thing. It is high time the decision was taken: Senator Pinochet has spent quite long enough in this country. But the decision must, of course, be taken lawfully, and that is the issue now before us.

This challenge, the latest in a whole succession of legal proceedings, is to the Secretary of State's proposed decision not to extradite Senator Pinochet to Spain on the ground that he is unfit to stand trial. More particularly at issue is the Secretary of State's entitlement to take such a decision (as he is "minded" to do) without first giving Spain and other requesting states sight of the medical report which is critical to it. Shorn of the applicants' more exorbitant demands - that they be allowed to examine Senator Pinochet themselves, that they have an opportunity to question the four specialists who prepared the Secretary of State's report, that the report be disseminated more widely than to the four requesting states - this is the essence of their complaint. What they ask is that the report now be disclosed to the requesting states so that at least they may comment upon its conclusions.

There are two applicants before us, one the Kingdom of Belgium (Belgium), a requesting state, the other a group of six human rights organisations headed by Amnesty International (Amnesty). Their joint application for permission to move for judicial review came initially before Maurice Kay J who dismissed it on 31 January 2000: in the case of both applicants on the merits and in Amnesty's case on the additional ground that they lack "sufficient interest" i.e. standing. His judgment, right or wrong, is a model of clarity and thoroughness extending to forty-five pages of transcript. On the core issue he concluded:

"... that it is simply not arguable that the non-disclosure of the medical report [to the requesting states] is unlawful, unfair or irrational."

The application was renewed before us. During the course of the hearing we decided that it certainly merited permission and thereafter we proceeded to deal with it as a substantive motion.

With that brief introduction let me now outline the facts as shortly as may be

The Facts

We shall assume our readers' familiarity with the earlier stages of this case: Senator Pinochet's arrest in London on 16 October 1998 pursuant to a Spanish warrant and the extensive subsequent litigation as to whether he enjoys state immunity. I can pick up the story with the final House of Lords decision on 24 March 1999 essentially to the effect that the offences alleged in Spain's request were "extradition crimes" only if committed after September 1988, and that Senator Pinochet had no immunity in respect of such crimes committed after December 1988. Following that decision, the Secretary of State on 14 April 1999 issued a fresh Authority to Proceed which Senator Pinochet thereafter unsuccessfully sought to challenge.

The committal hearing before the Bow Street magistrate took place between 27 and 30 September 1999. On 8 October 1999 Senator Pinochet was committed on all charges to await the decision of the Secretary of State as to whether he should be extradited to Spain. A habeas corpus application was made on Senator Pinochet's behalf on 22 October 1999 which presently stands fixed for hearing on 20 March 2000. Under the Extradition Act 1989 the Secretary of State

cannot order extradition whilst that application remains outstanding. He can, however, decide that he would not order Senator Pinochet's extradition in any event and that is what he is presently minded to do.

Three other states, Belgium, France and Switzerland, have made requests for Senator Pinochet's extradition. Pending the outcome of proceedings on the Spanish request, no Authority to Proceed has been issued in respect of any of these.

Recent events relate to Senator Pinochet's health. He is 84 years old. The first sign that there might be a serious problem about his health came on 6 October 1999 when, two days before the judgment in the committal proceedings, the Bow Street magistrate made the unusual decision to excuse him from attending the judgment in person. That decision was based on evidence about his state of health given to the court by the general practitioner attending Senator Pinochet. On 14 October 1999, shortly after the magistrate's decision to commit Senator Pinochet, the Secretary of State received representations from the Chilean Embassy supported by medical reports which suggested that there had been a recent and significant deterioration in Senator Pinochet's health. After taking advice on the medical implications of this material from the Chief Medical Officer (CMO), Professor Liam Donaldson, the Secretary of State took the view that, whilst it was not conclusive, it did suggest that Senator Pinochet might be unfit to stand trial. Although these representations did not come from Senator Pinochet himself, the Secretary of State was mindful of his duty to consider the discretion conferred upon him by the Extradition Act in the light of relevant circumstances. He therefore decided to invite Senator Pinochet to submit to a medical examination by a team of clinicians appointed by the Secretary of State. The object was to obtain an independent, comprehensive and authoritative report on the relevant facts which would equip him to perform his statutory function. Correspondence ensued between the Home Office and the solicitors representing Senator Pinochet. In a letter dated 5 November 1999 the Home Office invited Senator Pinochet to make himself available for medical examination. The letter went on to state:

"It should go without saying that every effort would be made by the doctors and their team, and the Home Office, to keep the report's contents entirely confidential."

On 11 November 1999 Senator Pinochet's solicitors replied, stating:

"Senator Pinochet is prepared to undergo the examination on the understanding that none of its contents are disclosed to anybody other than the Home Office and ourselves."

Such a condition was considered to be too narrow by the Home Office officials: it would have prevented the disclosure of the report to the Director of Public Prosecutions or the Solicitor General in the event of a decision being made not to extradite Senator Pinochet. Under Article 7 of the Convention Against Torture the United Kingdom is required, if it does not extradite a person accused of torture, "to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution." The functions of the Secretary of State in relation to extradition include referring a case to the Director of Public Prosecutions and the Solicitor General in this event. Such a reference would include material relevant to any issue of Senator Pinochet's fitness for trial. On 29 November 1999 Senator Pinochet agreed to this provided that:

"... any medical report would not be considered for any other purpose and would not be disclosed to any member of the Crown Prosecution Service in any other capacity."

Thereafter the Secretary of State selected a team of clinicians who were considered to have the required range of specialisations and who had no inappropriate personal interest in the case. The selection was pursuant to advice given by the CMO in the light of what was already known about Senator Pinochet's condition. The team comprised Sir John Grimley Evans FRCP, Professor of Clinical Geratology at the University of Oxford, a former Vice-President of the Royal College of Physicians, who serves on the World Health Organisation expert panel on the care of the elderly and who is considered by the CMO to be "probably the most respected individual in British geriatric medicine"; Dr Michael Denham, MD, FRCP, FRSA, Consultant Physician in Geriatric Medicine at Northwick Park Hospital, London, a former president of the British Geriatrics Society and the author of numerous papers on the care of the elderly; and Professor Andrew Lees, MD, FRCP, Professor of Neurology at the National Hospital for Neurology and Neurosurgery, London, a specialist in movement disorders and dementia and medical adviser to and co-director of the Parkinson's Disease Society. The CMO advised that all three are independent practitioners of outstanding national and international reputation in their fields. On the advice of the three clinicians and with the agreement of the CMO, Maria Wyke MA, PhD, consultant neuro-psychologist, was added to the team. Professor Lees and Dr Wyke are fluent Spanish speakers.

The medical examination was conducted in Spanish at the Northwick Park Hospital over a period of some six hours on 5 January 2000. The Home Office received the report of the examination the following day. The Secretary of State's evidence describes it as follows:

"It summarises recent medical records concerning Senator Pinochet, and deals in detail with his recent personal medical history and with the examination which he underwent. The unequivocal and unanimous conclusion of all four practitioners was that following the recent deterioration in the state of Senator Pinochet's health which seems to have occurred mainly during September and October 1999, he is not at present capable of meaningful participation in a trial and that no change to that position can be expected. It is right to emphasise that this statement is not simply the Secretary of State's inference from the material which the report contains. It is the written conclusion of the practitioners themselves."

Having received the report, the Secretary of State sought the advice of the CMO. He advised that he had found the assessment made by the four practitioners to be extremely thorough and their report to be clear and comprehensive. He concluded that the report was authoritative and that it left no reason to doubt the specialists' judgment that Senator Pinochet is not fit to stand trial and that his present condition is not one which would be expected to improve. The CMO also pointed out that the report made clear that Senator Pinochet's condition could not be feigned and that this had been backed up by some of the specialist tests which had been carried out.

On 11 January 2000 the Home Office wrote to the various interested parties (including the applicants) to inform them of the Secretary of State's view. All the letters referred to the finding of unfitness to stand trial and that no change was expected. They also contained this passage:

"In the circumstances, you should note that the Secretary of State is minded to conclude that

there is no purpose to be served by continuing the present proceedings, instituted as a result of the Spanish request of 16 October 1998 for his extradition. He is therefore minded to take a decision that he will not extradite Senator Pinochet to Spain. The effect of such a decision would be that the current basis for his continuing detention would lapse."

Amnesty and Spain were invited to submit any further representations (further, that is, to those previously submitted at the Authority to Proceed stage) by 18 January. The other addressees were informed that that was the date by which other parties were being invited to make representations.

In the letter to Senator Pinochet's solicitors the Home Office wrote this:

"In the light of the nature of the report, the Secretary of State is of the view that it would be of assistance in enabling matters to progess as smoothly as possible if it were disclosed in full, under conditions of strict confidence, to Spain, France, Belgium and Switzerland. He is not, however, asking for agreement to disclose the report any more widely, for example to interested pressure groups."

Consent was refused.

Amnesty's letter in response raised a number of concerns as to whether other particular experts should also have been involved and included this paragraph:

"Quite apart from the public interest in securing compliance with international obligations, there is the vital public interest in maintaining the integrity of the criminal justice system. This integrity is severely damaged by the public perception that defendants with influence or wealth, like Ernest Saunders, are able to mock the system by feigning dementia for long enough to escape justice. This is another factor making it imperative that a decision that Senator Pinochet is unfit to stand trial is completely safe and is seen to be so."

Besides making other more extensive requests, Amnesty sought disclosure of the report. The Home Office replied on 18 January and this letter I should quote at length as did the judge below:

"In referring to Senator Pinochet's fitness to stand trial, the Secretary of State is referring to his capacity to participate meaningfully in a trial. The Home Secretary has proceeded on the footing that the decisive criteria are the quality of his memory, his ability to process verbal information and to follow the proceedings, his ability to understand the content and implications of questions put to him, his ability to express himself coherently and comprehensibly, and his ability to instruct his legal representatives. The Home Secretary was not using the expression in the sense of `general physical debility'.

There has never been any obscurity about this. Immediately after making his statement in the House of Commons on 12 January, the Secretary of State was asked a question very similar to your own by Mr Simon Hughes. He replied in substantially the same terms:

`Among the criteria that I took into account were whether the Senator would be in a position to follow the proceedings, to give intelligible instructions to those representing him and to give a

coherent statement of his case, and of recollection' [Hansard 12 January 2000 col 281]

The report of the medical examination of Senator Pinochet on 5 January directly addressed all of the above matters. This was in accordance with their instructions which stated the criteria as follows:

`Without in any way intending to limit the comprehensive scope of the commission, the Home Secretary would be grateful in particular to be advised whether, in your view, there are any aspects of Senator Pinochet's state of health which, separately or together, would suggest that he is not at present fit, or is likely to become unfit, to stand trial in Spain. In this context he is particularly interested in Senator Pinochet's ability to follow a line of questioning, to recall events, some of which took place as long ago as the 1970s, and to give coherent evidence. Any trial might be expected to take place within the next 18 months to three years.'

I now turn to your request for a copy of the report. The report contains detailed personal information about Senator Pinochet's medical history and the examination which he underwent, which is confidential to him. The Secretary of State is not at liberty to disclose it, because Senator Pinochet consented to the medical examination on the express basis that the report was to be used only for the purpose of enabling the Secretary of State to perform his functions under the Extradition Act and of enabling the Director of Public Prosecutions and the Solicitor General to perform their functions in relation to any possible domestic prosecution, and that disclosure would accordingly be confined to those three office-holders. Subject to any overriding public interest, the Secretary of State is bound to respect those stipulations. It appears to him that the relevant public interest is in the proper performance of the functions of the three office-holders, and that the disclosure to which Senator Pinochet has already consented is sufficient for that purpose. The Secretary of State has already made it clear that he would have preferred to disclose the report, as a matter of courtesy and on suitable terms as to its further dissemination, to the relevant authorities of the Kingdom of Spain and the three other states which have made extradition requests. Senator Pinochet was asked to consent to this, but refused."

The letter then dealt with Amnesty's request to be allowed to have Senator Pinochet further medically examined but no point now arises in that regard and I need say no more about it.

Belgium's response to the letter of 11 January was essentially by way of two letters rogatory issued pursuant to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters. The first, dated 19 January, requested assistance for the purpose of "appointing a panel of experts, medical doctors, with the task ... of examining [Senator Pinochet] in depth and on an equal footing ..." The second, dated 24 January, sought assistance in the form of (i) disclosure of the medical report, and (ii) the hearing as witnesses of the authors of the report.

Spain's response, it is convenient to note at this stage, was communicated by letter from the Spanish ambassador dated 17 January:

"I have received instructions to convey to you the full Spanish respect for the decision that the Home Secretary may take, in the understanding that the decision that he has indicated that he is minded to take is within his exclusive discretionary powers according to applicable British laws. With regard to that, I confirm to you that the Kingdom of Spain has no intention to appeal against

the decision taken in due time by the Home Secretary."

The letter indicated the Spanish government's awareness that the decision would be based upon "all the data available" and the representations previously made. It also enclosed a detailed letter from the Spanish judge complaining inter alia of "the lack of knowledge about the medical report upon which an opinion is asked for, which renders a bit absurd situation (sic) ... [and] makes impossible any kind of concrete pronouncement, rendering illusory the guarantees that should be present - as essential elements - in every criminal proceedings, i.e. the principle of equal opportunities for all parties."

France and Switzerland, we are told, have made representations, to what effect we know not.

The Application below

As already indicated, the applicants below were seeking substantially more in the way of relief than they do now. Now they ask only that the Secretary of State should do that which he has stated that he would like to do: disclose the report under conditions of strict confidentiality to the four requesting states.

There is another respect too in which the argument below went to issues that fell away before us. Given the narrower basis of challenge now advanced, Mr Sumption QC for the Secretary of State accepted that Amnesty as well as Belgium have sufficient interest to give them standing. Nor has it been necessary to explore the somewhat technical arguments that arose below with regard to Belgium's letters rogatory.

On the core issue, however, the arguments before us plainly ranged further and wider than in the court below. By no means all of them, I should warn, will find mention in this judgment.

The Context of the Secretary of State's Decision

Before I turn to the arguments, it is necessary to set out the context in which the decision was taken. The applicants' central contention is that the requesting states, all of whom were given the opportunity (although only Spain was expressly invited) to make representations in respect of the Secretary of State's "minded to" decision, are entitled as a matter of fairness to be shown the report. Fairness, therefore, is at the heart of this challenge and, as Lord Mustill said in R v Home Secretary ex parte Doody [1994] 1 AC 531 at 560:

"What fairness demands is dependent on the context of the decision, and this is to be taken into account in all its aspects. ... An essential feature of the context is the statute which creates the discretion, as regards both its language and the shape of the legal and administrative system within which the decision is taken."

The decision which the Secretary of State is presently considering falls to be taken under s.12 of the Extradition Act 1989:

"(1) Where a person is committed under s.9 above and is not discharged by order of the High Court [as stated, Senator Pinochet's application for habeas corpus remains outstanding], the

Secretary of State may by warrant order him to be returned unless his return is prohibited, or prohibited for the time being, by this Act or the Secretary of State decides under this section to make no such order in his case.

(2) Without prejudice to his general discretion as to the making of an order for the return of a person to a foreign state ...

a. the Secretary of State shall not make an order in the case of any person if it appears to the Secretary of State in relation to the ... offences in respect of which his return is sought that ... (ii) by reason of the passage of time since he is alleged to have committed it ... it would, having regard to all the circumstances, be unjust or oppressive to return him ..."

Were the Secretary of State to take the view that Senator Pinochet's medical condition brought him within s.12(2)(a)(ii) and that in those circumstances it would be "unjust or oppressive to return him", then he would have no discretion in the matter: Senator Pinochet would have to be discharged. If, however, s.12(2)(a) does not apply - and the case law suggests a narrow application of these provisions - the Secretary of State would nevertheless have a general discretion in the matter and would then need to have regard to a whole range of other considerations - including his policy in extradition cases, various political considerations (one notes amongst the consultees the Government of Chile, the Foreign and Commonwealth Office and the Ministry of Defence), and where best the decision on fitness for trial should be taken - the relevance and weight of which would be entirely for him.

If at any point the Secretary of State were contemplating making an order for Senator Pinochet's return, it should be noted, Senator Pinochet would have the right to make representations under s.13(2) of the Act, and if, despite those representations, a warrant for his return were issued, a right under s.13(6) to apply for leave to seek judicial review of the Secretary of State's decision to make the order. The respondents point out that there is no equivalent provision in the Act for the requesting state to be given advance notice of an adverse decision and an opportunity to make representations about it. They point too to dicta of the highest authority indicating that the Secretary of State's discretion is unfettered and that it exists mainly for the benefit of the accused, not the requesting state. As Lord Reid said in Atkinson v Government of the United States of America [1971] AC 197 at 232:

"The Secretary of State always has power to refuse to surrender a man committed to prison by the magistrate. It appears to me that Parliament must have intended the Secretary of State to use that power whenever in his view it would be wrong, unjust or oppressive to surrender the man."

This approach, the Secretary of State and Senator Pinochet submit, is consistent too with the provisions of the European Convention on Extradition under which the rights of requesting states are limited. Their express rights are solely (i) to make an extradition request (Article 12), (ii) to be given an opportunity to supply any supplementary information necessary to enable the requested state to make a decision (Article 13) and (iii) to be given reasons by the requested state for any complete or partial rejection of their request (Article 18(2)). By Article 22 it is provided that: "Except where this Convention otherwise provides, the procedure with regard to extradition and provisional arrest shall be governed solely by the law of the requested Party."

Essentially, therefore, submit the respondents, the Secretary of State's discretion exists principally for the protection of the accused and neither the Statute nor the Convention accord to the requesting state any right to participate in its exercise. Rather the decision falls to be taken by the executive authority acting inquisitorially and, as Staughton LJ said in R v Secretary of State ex parte McGuire [unreported, 25 November 1995]:

"What fairness requires in this situation is a proper balance between the basic requirements of justice on the one hand and the manifest intent of the statute on the other that there should not be a lengthy and elaborate trial before the fugitive can be surrendered for trial somewhere else."

A fortiori, submit the respondents, there should not be a lengthy and elaborate trial before an accused can be discharged.

The Secretary of State's Argument

That statutory context notwithstanding, the Secretary of State accepts that the interests of the requesting states (and most particularly Spain) are directly affected by his decision and that he is under a duty to act fairly towards them. He submits, however, that fairness here does not require the disclosure of the report to those states. True, he acknowledges, where a public authority is under an obligation to consult others about a prospective decision or chooses to do so, the consultation must be effective. As Webster J said in R v Secretary of State for Social Services ex parte Association of Metropolitan Authorities [1986] 1 WLR 1, 4:

"... sufficient information must be supplied by the consulting to the consulted party to enable it to tender helpful advice. ... By helpful advice in this context, I mean sufficiently informed and considered information or advice about aspects of the form or substance of the proposals, ... being aspects material to the implementation of the proposals as to which the Secretary of State might not be fully informed or advised and as to which the party consulted might have relevant information or advice to offer."

Here, submits Mr Sumption, the requesting states were not being consulted upon Senator Pinochet's clinical condition but rather upon the implications of that condition for the Secretary of State's final decision, for example upon whether it would be more consonant with justice to leave to Spain the question of fitness for trial. And certainly, he submits, the consultees could have nothing useful to say about Senator Pinochet's fitness to stand trial: the primary facts about his condition are a matter of direct clinical observation and cannot be challenged by those who have not observed him; the rest is a matter of professional opinion based on those facts. Unless, therefore, the report on its face contains some patent logical or clinical error which vitiates its conclusions, no effective representations could be made upon it. In the light of the CMO's assessment of the report as comprehensive and authoritative, the Secretary of State is satisfied that no such vitiating error exists. In short, submits Mr Sumption, even if the requesting states are to be regarded as having been consulted generally upon the question of Senator Pinochet's future, his fitness to stand trial was not an "aspect" of the decision upon which they "might have relevant information or advice to offer."

Mr Sumption further relies in this part of his argument upon the authority of R v Joint Higher Committee on Surgical Training ex parte Milner (1995) 7 Admin LR 454 in which Ognall J

rejected the applicant's complaint about the non-disclosure of his tutors' reports upon his surgical abilities on the footing that he "has not demonstrated that the evidence on which the [advisory committee] relied is amenable to any significant challenge or any challenge which would have made any difference to the outcome." So too here, submits the Secretary of State. The possibility of the requesting states being able to affect his thinking on the issue of fitness for trial is remote and highly speculative. The court is not concerned with theoretical possibilities but with substantial injustice - see R v The Chief Constable of the Thames Valley Police ex parte Cotton [1990] IRLR 344.

Not merely is the Secretary of State therefore not bound to disclose the report, but, submits Mr Sumption, he is not even entitled to do so and this, moreover, considerations of confidentiality apart. In support of this limb of his argument Mr Sumption relies on R v Chief Constable of North Wales Police ex parte Thorpe [1999] QB 396, a case where convicted paedophiles unsuccessfully sought to challenge the right of the police to disclose information about them in the locality to which they had moved upon release from prison. Lord Bingham CJ in the Divisional Court (at pp.409 - 410) said this:

"When, in the course of performing its public duties, a public body ... comes into possession of information relating to a member of the public, being information not generally available and potentially damaging to that member of the public if disclosed, the body ought not to disclose such information save for the purpose of and to the extent necessary for performance of its public duty or enabling some other public body to perform its public duty ... The principle ... rests on a fundamental rule of good public administration which the law must recognise and if necessary enforce."

In the Court of Appeal Lord Woolf MR put the principle thus:

"... the information having come into the police's possession to enable them to perform their functions, as a public body they were only entitled to use that information when this was reasonably required to enable them to properly carry out their functions."

It is Mr Sumption's contention that it is unnecessary for the Secretary of State to disclose the report to the requesting states for the proper performance of his public duty. This is to reach a decision under s.12 and, if he refuses extradition, to refer the case to the Solicitor General and DPP pursuant to Article 7 of the Torture Convention. If, as he is satisfied, consultation with the requesting states on the contents of the report would serve no useful purpose, then it cannot be necessary for the performance of his public duty that he should disclose it to them. Only if there was a realistic possibility of their being able to make effective representations on the issue of Senator Pinochet's fitness to stand trial would the Secretary of State be entitled to disclose the report to them. Perhaps then in any event Spain at least would be entitled to see the report pursuant to their right under Article 13 of the European Convention on Extradition to be given the opportunity to supply "supplementary information necessary to enable the requested state to make a decision".

Mr Sumption turns next to an important further feature of this report, namely its confidential character. That medical information is intrinsically confidential (and attracts the right of privacy under ECHR) is indisputable. And this report, of course, was subject also to an express

assurance of confidentiality. Senator Pinochet cannot be deprived of these rights without proper legal reason and here, submit the respondents, there is none. There is no point in consulting on the contents of the report since its conclusions cannot usefully be challenged. Disclosure to the requesting states, therefore, is not necessary for the proper performance of the Secretary of State's executive function so that there exists no countervailing public interest capable of overriding Senator Pinochet's rights. Disclosure here, Mr Sumption argues, would not be "in accordance with the law and ... necessary in a democratic society ... for the prevention of disorder or crime" (Article 8.2 of ECHR) as those terms are explained in the Strasbourg jurisprudence.

In the result, submits Mr Sumption, although the Secretary of State would prefer as a matter of courtesy to disclose the report to the four requesting states, he is not in law entitled to do so, a submission in which he is strongly supported by Mr Nicholls QC for Senator Pinochet.

These are powerful arguments. But there are powerful arguments on the other side too. Before I turn to these, however, it is convenient first to say something about the Secretary of State's initial assurance to Senator Pinochet that the report's contents would be kept "entirely confidential" (letter of 5 November 1999) and "would not be disclosed" save to the Secretary of State, DPP, and Solicitor General (letter of 29 November 1999).

The Secretary of State's assurance of confidentiality

Although at first blush that express assurance might be thought of some importance, Mr Sumption tells us that in fact it plays little if any part in the Secretary of State's decision not to disclose the report. And that, indeed, is the logic of his argument: given that the contents of the report are in any event confidential, then no assurance was required; equally, if the public interest in disclosure is such as to outweigh the confidentiality, disclosure would have to be made whether or not an assurance had been given. In short, Mr Sumption tells us, the assurance was given because it was thought that in those circumstances Senator Pinochet would be more likely to agree to independent medical examination (his health having been put in issue by Chile rather than himself) but the Secretary of State regarded it in any event as subject to an implied term that it would give way to any overriding public interest. Mr Sumption, indeed, further suggests that disclosure has already been made in two respects beyond that to which Senator Pinochet consented. In the first place, the report was disclosed to the CMO, an officer of the Department of Health, not the Home Office. Secondly, the report's conclusions were announced by press notice, to the effect that Senator Pinochet is and is likely to remain permanently unfit to stand trial, and moreover the Secretary of State has published his instructions to the clinicians and the criteria by which they reached their conclusion, namely Senator Pinochet's ability to follow the proceedings, give intelligible instructions to his lawyers, recall events, and give coherent evidence.

There is this further important consideration. As Mr Stadlen, the senior Home Office official concerned with extradition, states in his witness statement of 7 February 2000 (provided at our request during the hearing):

"In almost all cases where the accused's health is raised as a serious issue, I would normally expect it to be necessary to seek further information from the requesting state. There are two reasons for this. The first is that the accused's condition is almost invariably amenable, at least to some extent, to treatment or alleviation. Its significance may therefore depend on the facilities

available in the requesting state for treating him or otherwise dealing with his condition ... This is so, whether it is being contended that the accused is unfit to stand trial or simply that it would be unduly harsh to extradite him. The Home Office's ordinary practice in such cases is to seek information on this point from the requesting state, so that it can be put before the Secretary of State when he makes his decision. For this purpose it is usually necessary to supply the requesting state with a copy of the medical report so that it may properly consider the facilities for dealing with the problems described in it. The second reason why the accused's health may make it necessary to seek further information from the requesting state applies only to cases where it is being said that he is unfit to stand trial. In this case the Home Office may ask the requesting state what are its criteria and procedures for determing the accused's fitness to plead."

Mr Stadlen then describes Senator Pinochet's case as unique in a number of respects including this:

"... his condition is of such a nature that no significant improvement can be expected. This meant that there was no question of enquiring of the requesting states what facilities they had for treatment or alleviation. So far as I am able to discover, there has been no previous case of an accused who on the best available medical evidence, was permanently unfit to be tried."

It follows from all this that had the report not, uniquely amongst such reports, concluded that no significant improvement can be expected in Senator Pinochet's condition, it would in any event have been disclosed to the requesting states. It is hardly surprising that in these circumstances the Secretary of State's case for non-disclosure is not founded upon the assurance. The assurance accordingly has now lost the significance which appears earlier to have been attached to it - not least, for example, in the Home Office's letter to Amnesty of 18 January 2000 - and it is therefore unnecessary to explore, as at one stage had seemed essential, both the wisdom and the effect of the Secretary of State having given the assurance in the first place.

On analysis there arises but a single question in this case: does the public interest in making the limited further disclosure now sought outweigh the remaining confidentiality in the report? That in turn seems to me to depend upon whether disclosure to the requesting states is required in the interests of fairness. If fairness demands disclosure, then to my mind disclosure clearly becomes the overriding public interest.

The Applicants' Argument

Although both Mr Pleming QC for Belgium and Mr Drabble QC for Amnesty made their own very full written and oral submissions to the court, I think it convenient, now that standing is no longer in issue because the applicants jointly seek the same relief, to treat their cases for the most part indistinguishably. Three central themes dominate their arguments. First that, contrary to Mr Sumption's core submission, the requesting states might well be able to make useful representations on the content of the report. Second, that an executive decision maker, acting quasi-judicially as the Secretary of State on 13 January 2000 told Parliament he is, cannot properly withhold from directly interested parties the very material which is likely to form the foundation of his decision simply on the basis of his ipse dixit that its conclusions are incontrovertible. Third, it is submitted that the appearance of fairness is of very particular importance in the circumstances of this unique case. Let me consider these briefly in turn.

The applicants contend that, if the report were disclosed to them, the requesting states would be able to express views (a) upon the value of the particular tests used to establish whether Senator Pinochet could meaningfully participate in a trial, (b) whether or not his condition (i) could be feigned, and (ii) is permanent, and (c) whether the analysis of the tests and the conclusions drawn from them were valid. The mere fact that the clinicians selected for the examination were of great eminence and that the CMO was later involved does not mean that the conclusions drawn from the report are necessarily unassailable. It is salutary to recall Megarry J's celebrated dictum in John v Rees [1970] Ch. 345, 402:

"It may be that there are some who would decry the importance which the courts attach to the observance of the rules of natural justice. `When something is obvious,' they may say, `why force everyone to go through the tiresome waste of time involved in framing charges and giving an opportunity to be heard? The result is obvious from the start.' Those who take this view do not, I think, do themselves justice. As everybody who has anything to do with the law well knows, the path of the law is strewn with examples of open and shut cases which, somehow, were not; unanswerable charges which, in the event, were completely answered; of inexplicable conduct which was fully explained; of fixed and unalterable determinations that, by discussion, suffered a change. Nor are those with any knowledge of human nature who pause to think for a moment likely to underestimate the feelings of resentment of those who find that a decision against them has been made without their being afforded any opportunity to influence the course of events."

Milner, submit the applicants, was a very different case. At the heart of the judge's conclusion there was that the undisclosed reports contained essentially expressions of opinion rather than disputed matters of fact; the applicant "might have vigorously dissented from them, but could not in any sensible way have corrected them." Here, by contrast, the medical opinions relied upon by the Secretary of State depend crucially on the undisclosed primary facts and, it is said, the requesting states (or rather the medical experts advising them) may well have informed comment to make upon them.

The applicants' second main argument is that where, as here, the undisclosed report founds the very basis of the proposed decision, a fairness challenge cannot be resisted simply by asserting that its effect is overwhelming. That is decision-making by ministerial fiat based on unexamined material. It is hidden justice, the very antithesis of a just procedure. Once, as here, an obligation to act fairly to the requesting states as directly interested parties is recognised, then the material upon which it is proposed to take the decision should be made available to them unless there are compelling reasons to the contrary. Here there are not. Given (a) the extent to which the conclusions of the report have already been made public, and (b) the limited and closely controlled further disclosure now sought, comparatively little further impairment of privacy would be involved.

Thirdly, this is on any view a highly exceptional case and yet, paradoxically, it appears to be the only extradition case in which, according to Mr Stadlen, the Secretary of State has not consulted with the requesting state on the medical issues raised in respect of the accused. One exceptional feature of this case is that it involves allegations of international crimes, crimes against not only the laws of particular states but the laws of all nations. Lord Browne-Wilkinson in R v Bow Street Magistrate ex parte Pinochet (No. 3) [1999] 2 WLR 827, 841, noting that the international law

prohibiting torture has the character of jus cogens or a peremptory norm, said this:

"The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences jus cogens may be punished by any state because the offenders are `common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution': Demjanjuk v Petrovsky (1985) 603 F.Supp. 1468."

The applicants contend that it cannot be right for the executive of a single state to make so fundamental a decision in relation to the unfitness for trial of an alleged "enemy of all mankind" without subjecting the underlying medical report to some form of consideration by requesting states who "have an equal interest in [Senator Pinochet's] apprehension and prosecution."

Conclusions

I have not found this an easy case. There are, as I have said, powerful arguments on both sides. Ultimately, as I have sought to explain, there is but a single question for our determination: does fairness require disclosure of this report to the requesting states? This is not a question which we can shirk on the footing that the procedure to be followed by the Secretary of State is substantially a matter for him. It is not. As De Smith, Woolf and Jowell, 5th edition, states at pages 406- 407:

"Whether fairness is required and what is involved in order to achieve fairness is for the decision of the courts as a matter of law. The issue is not one for the discretion of the decision-maker. The test is not whether no reasonable body would have thought it proper to dispense with a fair hearing. The Wednesbury reserve has no place in relation to procedural propriety."

The footnoted case of R v Panel on Takeovers and Mergers ex parte Guinness [1990] QB 146 is clear authority for that proposition.

I readily see the force of much of Mr Sumption's argument. In common with the Secretary of State, I too doubt whether on sight of the report the requesting states would in reality be able to make representations seriously challenging the cogency of its conclusions. I recognise too that some additional loss of confidentiality and privacy would be involved in any further disclosure of the report and that Senator Pinochet remains an unconvicted accused who himself has rights which must be protected. It is also true that under the scheme of extradition contemplated by the European Convention and the 1989 Act there is no right in the requesting state, let alone anyone else, to participate fully in decisions taken by the executive of the requested state in the exercise of its wide discretion. As Mr Stadlen observes:

"In no previous case of which I am aware has the Secretary of State announced a provisional decision publicly and invited representations from the parties. Representations were invited on this occasion from those who had participated in the hearings in the House of Lords and made representations on the two occasions when the Secretary of State was considering the issue of Authorities to Proceed. This reflected the exceptional public controversy surrounding the Pinochet case, and a genuine belief that human rights organisations with special expertise of international human rights law and practice might have something to say in those areas which

would be of value in the decision-making process."

The Secretary of State plainly cannot be faulted in the care he took to commission as expert and authoritative a medical report as possible, nor in the range of those whom he later chose to consult. He is, indeed, much to be commended in these regards. Mr Sumption makes the further telling point that never previously has a requesting state (or anyone else) sought to challenge a decision of the Secretary of State favourable to the accused. Rather such decisions have hitherto been accepted with good grace. It is, he submits, of some significance that Spain is not amongst those challenging the present decision. These are, I repeat, powerful arguments.

Yet despite them all I find myself driven to conclude that this report really ought to be disclosed to the requesting states. The decision which the Secretary of State is "minded to" take is, it need hardly be emphasised, one of very great moment. Its consequence would be that Senator Pinochet, accused though he is of the most terrible crimes, would be effectively untriable anywhere in the world. He would not be extradited to Spain. No more would he be extradited to any of the other three requesting states. Although theoretically the Solicitor General and DPP would need to reach an independent decision on whether to prosecute him here under Article 7 of the Torture Convention, the inescapable logic of the Secretary of State's position is that they too would inevitably find Senator Pinochet unfit for trial. Whilst, of course, the Chilean authorities would not themselves be bound by the Secretary of State's conclusion, Senator Pinochet would presumably pray it in aid with compelling effect in any proceedings brought against him there. If ever there were a case in which the integrity of the international criminal justice system needed to be demonstrated, a case calling for the highest standards of fairness and transparency, this is it. It is simply not satisfactory that this all-important medical report should be seen only by four office-holders within a single state.

Much would be gained by the limited further disclosure now sought; comparatively little lost. The gains would be first and foremost that the requesting states would have the opportunity to comment - and just might have something constructive to say - about the report's conclusions. Second, justice would be seen to be done. Third, minds would be set at rest. If, as the Secretary of State clearly supposes, those who see the report are almost certain to endorse his conclusion upon it, that very endorsement might be expected to reassure the wider world. More than mere courtesy (or "good public relations" as Mr Sumption came to call it) would be achieved: a uniquely controversial case would have been decided according to the fairest possible procedures. And what would be lost? Little in the way of delay, even at this late stage. As we indicated during the hearing, the Secretary of State would need to allow the requesting states no more than perhaps seven days following sight of the report to make their final comments upon it. It would then be for him alone (aided by such further advice as he chose to take) to evaluate these responses and reach his final decision. There is no question of embarking on "a lengthy and elaborate trial" of the kind rightly held inappropriate in ex parte McGuire. Nor will the order proposed here represent a charter for disappointed prosecutors or victims in future; it is difficult to imagine another case combining so many extraordinary features as this one.

As for the additional loss of confidence involved in further disclosure of the report, this seems to me in the particular context both limited and predictable. Its limited nature is surely obvious. The report's conclusions have already been publicly announced. What remains to be disclosed are the factual findings underlying them and these will be seen only by the requesting states and

under conditions of strict confidence. Why I describe this additional loss of confidence as predictable is because the issue to which the report goes - the accused's fitness for trial - is ordinarily one for resolution within the judicial process. Under domestic law the question of fitness to plead is one for a jury, that of general fitness to stand trial (at any rate once proceedings have started) one for the judge. And, as I understand it, in all the other states party to the European Convention on Extradition the present issue would fall to be resolved by the courts rather than the executive. Indeed, were Senator Pinochet to rely on his medical condition in the course of his pending habeas corpus application under s.11 of the 1989 Act (the terms of which precisely mirror those of s.12), the report then would clearly have to be disclosed at least to Spain.

I recognise, of course, that initially it was Chile who put Senator Pinochet's medical condition in issue and that it was at least partly for this reason that the express assurance of confidentiality was given. Once, however, Senator Pinochet lent himself to what is essentially an application for discharge on the ground of unfitness to stand trial - as to my mind he did by submitting to medical examination - and once one discounts the express assurance of confidentiality - as for the reasons already given one must - these factors cannot in my judgment outweigh the demands of fairness and transparency in the decision-making process.

What, then, of the respondents' reliance on Article 8 of ECHR to protect Senator Pinochet's privacy? In my judgment it is misplaced. Accepting entirely, as I do, "that the protection of ... medical data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life" (see MS v Sweden (1999) 28 EHRR 313, 338), I nevertheless conclude that the limited further disclosure proposed here would be both "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society ... for the prevention of discorder or crime". I have already described the proposed disclosure as predictable and to my mind Senator Pinochet could properly have foreseen that it would be required by the common law in the interests of a fair and just procedure. "The prevention of disorder or crime" extends to the prosecution or extradition of alleged offenders and again it seems to me that the limited further interference with Senator Pinochet's rights proposed here is proportionate to the pressing social need for such a process to apply fairly to all concerned and not merely the accused himself. Even, therefore, were the Human Rights Act 1998 already in full force, I would not regard the proposed order as involving any violation of Senator Pinochet's Article 8 rights.

It follows from all this that on the central issue arising on this challenge I would hold that fairness demands that the report now be disclosed to the four requesting states and that they be given a brief opportunity to comment upon it. I reject the Secretary of State's argument that this can be dispensed with as "pointless," and I reject too his and Senator Pinochet's contention that the loss of confidentiality and privacy involved is disproportionate to the advantages this will bring. In the result, the Secretary of State is not merely entitled to make disclosure; he is obliged to do so. The governing interest is the public interest in operating a procedure which would be perceived and accepted by the great majority to be fair. That is the imperative and in my judgment it outweighs any contrary private interest. That, therefore, is the order I would make.

I should perhaps add this. I regard the challenge advanced by these particular applicants as neither weaker nor stronger than any challenge which Spain itself might have brought. Not weaker because, once their standing is accepted, the court must rule on the issue raised - the

fairness and thus the legality of the procedure impugned - no less than were Spain the applicant. Not stronger because I find no substance in any of the party-specific arguments raised by each applicant. I reject Mr Pleming's contention that Belgium must be regarded as "some other public body" (within Lord Bingham's formulation in ex parte Thorpe) which now needs to see the report "to perform its public duty", namely to decide whether or not to pursue its own extradition request. That seems to me entirely artifical and contrived. But, of course, the submission is an unnecessary one given that ex parte Thorpe cannot in any event avail the Secretary of State once the court holds, as I would, the further disclosure to be "necessary for [the] performance of [his] public duty." Nor do I find Mr Drabble's reliance on Article 6 of ECHR any more convincing than did Maurice Kay J on the initial application. The argument in essence is that a number of torture victims represented by Justicia propose to bring civil claims in Spain which would be dependent upon the successful prosecution there of Senator Pinochet, and that this prospect ought not to be curtailed by the Secretary of State's proposed decision without the process being attended by greater procedural safeguards than have thus far been afforded. Of course one sympathises deeply with the victims of torture: their concerns that justice in the extradition process be done and be seen to be done is readily understandable. Their civil claims, however, to my mind add nothing to their urgent plea that, if at all possible, Senator Pinochet should stand trial.

Finally this. Much was made by Mr Pleming in argument of the importance in this case of international law obligations and the comity of nations, and true it is that our law is replete with dicta explaining how extradition is founded in concepts of comity and reciprocity. But it is important to recognise the nature of the rules of comity in public international law. They are, said Lord Diplock in Buck v The Attorney General [1965] 1 Ch. 745 at 770, "the accepted rules of mutual conduct as between state and state which each state adopts in relation to other states and expects other states to adopt in relation to each other". Or, as Donaldson LJ put it in Buttes Gas and Oil Company v Hammer [1981] QB 223 at 256: "do as you would be done by".

I do not believe that comity in the present context requires more of the Secretary of State than that he acts with the conspicuous fairness to the requesting states which disclosure of the report to them would represent. And this too should be added. Comity, like fairness, is a two-way street. Both Belgium and Amnesty have clearly stated that they would support the Secretary of State's decision if only they could be satisfied that Senator Pinochet is indeed shown by the report to be permanently unfit to stand trial. The requesting states, one must hope and expect, will not lightly dissent from the Secretary of State's conclusion. They will wish to be scrupulous to ensure that any critique they make of the report is itself fair. They too must do as they would be done by.

That, however, is but a footnote. For the reasons given earlier, this application succeeds.

Mr Justice Latham:

This application raises novel and difficult issues as to the functions and duties of the Secretary of State in a case which has already resulted in substantial legal and political controversy. I agree with Simon Brown LJ that the issue before us can be reduced to the single question: did fairness, in the context of these extradition proceedings, require the Secretary of State to disclose the contents of the medical reports to the requesting states? The Secretary of State has consistently argued that the obligation upon him, when considering whether or not to exercise the

discretionary power under Section 12 of the Extradition Act 1989 not to order Senator Pinochet's return to Spain, required him to do no more than fully inform himself of all relevant material, and come to a rational decision in the light of that material. He accepts a limited duty to consult those from whom he invited representations as to what consequences should follow from his conclusion that Senator Pinochet is unfit to stand trial. He also accepts that he would be bound to take into account any relevant representations made by any person, organisation, or country, and in particular the requesting states, who, although not expressed to be consultees, nonetheless clearly had the opportunity to make representations. He asserts that no useful purpose would be served by consulting in relation to the medical reports, as to which he has already reached a clear and unequivocal conclusion, supported by the Chief Medical Officer. Further medical opinions he says would either be of no value, as any doctor seeking to give such an opinion could not examine Senator Pinochet himself, or be of little value. It follows that there is no significant prospect of consultation in relation to the medical reports producing any material of value in the decision that he has to make. It follows, he says, that there is no public interest which could justify the clear breach of confidence which would be entailed in disclosing the medical reports.

The Human Rights organisations, and Belgium, have all now narrowed their argument to the proposition that the requesting states have an interest in the decision which is sufficient to entitle them to be consulted as a matter of fairness, and that proper consultation necessarily involves disclosure of the medical reports. They say that the Secretary of State has misdirected himself if he considers that no useful purpose could be served by such disclosure. It is said that useful comment could be made, inter alia, about whether or not the clinical examination and tests were appropriate and did support the medical opinions expressed, and whether or not the medical opinions supported the Secretary of State's conclusion. It is pointed out that the Secretary of State himself considered that it was appropriate, strictly in breach of the assurance of confidentiality, to obtain the opinion of the Chief Medical Officer. The consultation offered is so restricted as to be meaningless. The result would be that the Secretary of State could come to a conclusion which would have the consequences described by Simon Brown LJ on the ipse dixit of the Secretary of State without any opportunity for anyone, including the Court, to comment on the extent to which the conclusion the Secretary of State has reached as to Senator Pinochet's condition is indeed justified by the medical reports.

Those are the battle lines drawn by the protagonists on what I conceive to be the central issue. I agree with Simon Brown LJ that the discrete point taken by the Human Rights organisations based upon Article 6 of the European Convention of Human Rights has no merit. Whilst the interests of victims are capable of being a consideration relevant to the exercise of the Secretary of State's discretion, a refusal to order Senator Pinochet's return in no way interferes with the rights of those victims in the United Kingdom nor does it preclude them from bringing civil proceedings wherever they wish to do so. Equally, for the reasons that he has given, it seems to me that the arguments which have been addressed to us arising out of the assurances given to Senator Pinochet are of subsidiary relevance. The assurance was inevitably subject to any overriding considerations of public interest. Clearly Article 8 is relevant in this context; but, as Simon Brown LJ has explained, does not at the end of the day add anything in this context to domestic law.

Having formulated the essential question in the way I have, I do not intend to dissent in any way

from the proposition of the Secretary of State that the exercise that he is engaged in is the exercise of a discretionary power, in which his fundamental obligation is to take reasonable steps to inform himself of all relevant material and come to a rational conclusion on that material. Fairness will necessarily be part of the process wherever the exercise of the discretion is capable of affecting the interests of a person or body to the detriment of that person or body. But that general statement of principle is in one sense no help. The Secretary of State has, by implication even if not expressly, accepted a duty to act fairly in the sense that he considers that it is appropriate for him to obtain representations in relation to the course of action that he should adopt in the light of his conclusions. The concept of fairness underpins the duty to consult. It is the rationale of any express duty to consult, and the justification for any implied duty, whether expressed as arising from a legitimate expectation, or otherwise. The difficulty is in deciding how the concept of fairness can be met in any given case.

In R v Home Secretary ex p Doody [1994] 1AC 531 at page 560 Lord Mustill set out a number of factors which have to be borne in mind. In particular he said:

"(3) The principles of fairness are not to be applied by rote identically in every situation. What fairness demands is dependent on the context of the decision, and this is to be taken into account in all its aspects.

(4) An essential feature of the context is the statute which creates the discretion, as regards both its language and the shape of the legal and administrative system within in which the decision is taken.

(5) Fairness will very often require that a person who may be adversely affected by the decision will have an opportunity to make representations on his own behalf either before the decision is taken with a view to producing a favourable result; or after it is taken, with a view to procuring its modification; or both.

(6) Since the person affected usually cannot make worthwhile representations without knowing what factors may weigh against his interests of fairness will very often require that he is informed of the gist of the case which he has to answer.....

..... the respondents acknowledge that it is not enough for them to persuade the Court that some procedure other than the one adopted by the decision maker would be far better or more fair. Rather they must show that the procedure is actually unfair. The Court must constantly bear in mind that it is to the decision maker, not the Court, that parliament has entrusted not only the making of the decision but also the choice as to how the decision is made."

In the present case, the context includes not only domestic legislation, but international treaties, as explained by Simon Brown LJ. There is much to be said for the view which underpins the argument of the Secretary of State, that the requesting state has only a limited role once the requested state has accepted that extradition procedures are appropriate in relation to the accused in question. Clearly, at the time that it is making the request, it has the task of setting out sufficient material to persuade the Secretary of State to give his authority to proceed. But thereafter, apart from the opportunity to respond to a request for further information, neither the European Convention on Extradition Order 1990 nor the Extradition Act 1989 envisage a

separate role for the requesting state beyond that required for the judicial process of determining whether the requirements of the Act have been satisfied so as to justify the return of the accused.

In support of their argument that the requesting state does have a role in any discretionary decisions which may fall to be made, the Human Rights organisations and Belgium rely on the international obligation of comity which, it is said, requires a requested state to consult a requesting state if a discretionary decision to refuse to order return is contemplated. I have considerable difficulty with this argument. If a settled practice could be identified by which nations did consult in such circumstances, then that might have provided some basis for the argument that comity, as a distinct principle, had some application to this type of situation. In the absence of any evidence of such practice, I cannot see how the concept of comity advances the case any more than the general principle of fairness does. Either a requesting state has, in the context of the treaties and legislation a sufficient interest in a particular decision to justify the conclusion that a failure to consult will amount to unfairness, or it does not.

For my part, I have little difficulty in accepting the proposition that the requesting state does have a sufficient interest in a decision as to whether or not, in the exercise of discretion, the Secretary of State should decline to order return to justify imposing upon him the obligation to act fairly towards the requesting state. In truth, I do not believe that the Secretary of State would seek to argue the contrary. The real question is whether or not in choosing to invite representations on the limited basis that he did, he in fact acted fairly. The Secretary of State submits that he did; he did not consider that any purpose would be served by offering consultation in relation to the medical reports, as the results of that consultation could not realistically be expected to have provided any useful material for the purposes of the exercise of his statutory functions. The cases of R v Joint Higher Committee on Surgical Training ex parte Milner [1994] 7 Admin CR 56 and R v The Chief Constable of the Thames Valley Police ex parte Cotton [1990] I RLR 344 are authority for the proposition, it is said, that where no purpose could be served by giving an opportunity to comment on or make representations about matters to be taken into account by the Secretary of State, no unfairness results if such representations were bound to be of no effect. Assuming for the moment that those cases are authority for that proposition, this argument, in my judgment, brings into useful focus the fact that the approach of both the Secretary of State, and the Human Rights organisations and Belgium essentially point in the same direction. As I see it, the Secretary of State accepts that were consultation appropriate, it must be the sort of consultation described by Webster J in R v Secretary of State for Social Services ex parte Association of Metropolitan Authorities [1986] 1WLR 1. And, as I understand it, he accepts that if representations resulting from such consultation are capable of producing material which might have a significant effect on the exercise of his statutory function, then, in relation to a person who in fairness he should consult, he is under an obligation to do so effectively. It follows that if, on the one hand, fairness to the interests of the requesting states points to the need for consultation, and, on the other, consultation in relation to the content of the medical report could produce material capable of affecting the Secretary of State's decision, then disclosure of the reports would be necessary in order to meet the obligation of fairness.

In my judgment the argument that no useful representations could be made about the content of the medical reports is untenable. The Secretary of State himself considered that the views of the Chief Medical Officer were at the very least relevant. Other informed representations may produce useful information, opinion or argument to help the Secretary of State to decide whether

the medical examinations were sufficient and appropriate, and whether the conclusions are justified, and are a secure basis upon which to determine that Senator Pinochet is unfit to stand trial. Confirmation of his present view could be as helpful as criticism. To deny the requesting states the opportunity to make such representations is in my judgment unfair in the sense that effective consultation has been denied to them.

There is therefore a sufficiently clear public interest in their disclosure, but only to requesting states, to justify overriding Senator Pinochet's right to confidentiality. That confidence has, in any event, been compromised by disclosure to the Chief Medical Officer, and by the very nature of the Secretary of State's public statement as to his present intentions. Limited disclosure to one or more of the requesting states on appropriate terms would not, in my judgment, breach the domestic law of confidence, nor Article 8 of the European Convention on Human Rights which recognises the public interest, in particular in relation to the prevention of crime, which is a wide enough interest to encompass decisions such as this taken in the course of criminal proceedings.

Mr Justice Dyson:

These applications are but the latest in a long series of legal proceedings that have been generated by the detention of Senator Pinochet in this country, and the subsequent attempts to have him extradited. Two features of this case are particularly relevant to the applications. First, and overwhelmingly, the charges are of the utmost gravity. They have attracted strong and emotional responses worldwide. We were told that the Secretary of State has received 47,000 representations as to how he should exercise his powers under section 12 of the Extradition Act 1989. The alleged crimes offend against the laws of all nations. Torture is a "peremptory norm" of international law, which may be punished by any state, because "the offenders are "common enemies" of mankind, and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution": per Lord Browne-Wilkinson in R v Secretary of State for Home Affairs ex parte Pinochet Ugarte (No 3) [1999] 2 WLR 827, 841B. No doubt, that is why the Secretary of State took the course, never previously taken, of inviting a number of human rights organisations to make representations to him. As Mr Stadlen puts it, this reflected the exceptional public controversy surrounding the Pinochet case. There has been no previous case in which a requesting state (or anyone else) has sought to challenge a decision by the Secretary of State that is favourable to the accused. That is as good an indicator as any of the uniqueness of this case.

Secondly, the Secretary of State has been advised that Senator Pinochet is at present unfit for trial, and that no improvement in his condition can be expected. If the Secretary of State had been of the opinion that Senator Pinochet's condition was treatable, he would almost certainly have disclosed the medical report to the Spanish authorities. This is because he would have wanted to know whether the facilities for treating Senator Pinochet's condition were available in Spain before deciding whether to extradite him.

The short question raised by these applications is whether the Secretary of State has acted unlawfully in refusing to disclose the medical report without the consent of Senator Pinochet. The applicants contend that fairness requires disclosure; the Secretary of State and Senator Pinochet say that it does not. That is the stark issue that falls to be determined.

In my view, the starting point is that the Secretary of State did decide to invite representations before making his decision. That may have been an unusual course to adopt, but that is what he did. Spain and the human rights organisations were expressly invited to make representations. By writing in the terms that he did to the other requesting states, it seems to me that he impliedly invited representations from them too. It is submitted on behalf of the Secretary of State that the invitation did not extend to making comment on the medical opinion that had been reached. It is said that all that was being offered was the opportunity to provide information that the Secretary of State might take into account in exercising his discretion under section 12 of the 1989 Act. Mr Stadlen says that he did not "envisage" that representations would include criticisms of the medical examination. But it seems to me that the Secretary of State was asking for representations quite generally.There was nothing in the letters of 11 January to indicate that the representations could not include expressions of opinion, or that they could not express an opinion on the medical issue. In fact, the principal purpose of the letters was not to elicit factual information, but to seek the views of those consulted, so that they could be taken into account by the Secretary of State when he made his decision whether or not to extradite.

Since the human rights organisations no longer seek disclosure of the medical report to themselves, and are content with disclosure to the requesting states, I shall give no further separate consideration to their position. It is said that there is nothing in the terms of the European Convention on Extradition or the 1989 Act itself to indicate that the requesting state is intended to have any role in the decision making process. That is unquestionably correct. But the requesting state is not an intermeddling busybody: it has a vital interest in the outcome of the extradition proceedings which it has initiated. It is not necessary in this case to consider in what circumstances (apart from seeking information to enable him to perform his section 12 function properly) it is necessary for the Secretary of State to consult a requesting state. The fact is that they were consulted.

Mr Sumption QC seeks to justify the refusal by the Secretary of State to disclose the medical report by submitting that the main primary facts about Senator Pinochet's condition are a matter of direct clinical observation, and cannot be challenged by those who have not observed him. The rest is a matter of professional opinion based on those facts. The number and eminence of the clinicians, and the fact that their report has been reviewed by the Chief Medical Officer must make the possibility that the report contains some patent vitiating error "speculative and remote". The Secretary of State has made no secret of the fact that he would have preferred to disclose the report, but he has felt constrained to withold disclosure out of respect for the confidentiality of its contents. In his view, the interest in preserving that confidentiality outweighs any public interest in disclosure, principally because he considers that it is extremely unlikely that those whose representations he has sought would be able to make any meaningful criticisms of the report. It follows that, if the Secretary of State had considered that there was any reasonable prospect that those who have been consulted could make any material comments about the report, he would have disclosed it.

It is common ground that the Secretary of State was required as a matter of law to carry out the consultation exercise fairly. As Lord Mustill said in R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody [1994] 1 AC 1 531, 560E:

"(3) The principles of fairness are not to be applied by rote identically in

every situation. What fairness demands is dependent on the context of the decision, and this is to be taken into account in all its aspects. (4) An essential feature of the context is the statute which creates the discretion...(5) Fairness

will very often require that a person who is adversely affected by the decision

will have an opportunity to make representations on his own behalf either before the decision is taken with a view to producing a favourable result; or after it is taken with a view to procuring its modification."

The issue is not whether there was a duty to act fairly, but as to the content of that duty: did it require the disclosure of the report? It will therefore be seen that the issue is very narrow.

Nor is it in dispute that what fairness requires is a question of law for the court to determine. The issue is not one for the discretion of the Secretary of State: see R v Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Guiness Plc [1990] 1QB 146. It was made clear by the Court of Appeal in that case that, in judging fairness, the court should accept the decision maker's view of the facts, unless (per Lord Donaldson at page 178H) that view is unreasonable in the Wednesbury sense. Moreover, it seems (at any rate where the decision is that of a judicial or quasi-judicial body), the court will give great weight to the decision maker's view of what is fair, especially where (as in that case) the decision was that of a distinguished and experienced tribunal (per Lloyd LJ at page 184D). But as Lloyd LJ said, however, "in the last resort the court is the arbiter of what is fair" (184E).

In the present case, the decision not to disclose the report did not depend on a controversial view of the facts. It is obvious that, even with sight of the report, the requesting states would be unlikely to be able to make meaningful and telling criticisms of its contents. The points made by the Secretary of State are powerful. The clinicians are renowned. Their report has been considered by the Chief Medical Officer. The requesting states will not be able to conduct their own examinations. None of this is in doubt. The issue is whether, on those facts, it is nevertheless unfair to withold the report. The resolution of that issue does not depend on a rejection of the Secretary of State's view of the facts.

Nor do I consider that any particular weight should be given to the Secretary of State's view of what fairness requires in the particular circumstances of this case. This is not analogous to a case (such as Guinness), where the fairness of the tribunal's procedures for holding an inquiry is in issue. As Lloyd LJ pointed out (185E), the tribunal had great experience of City affairs, and was well equipped to decide what was fair by City standards. The present case is concerned with an exercise of executive discretion in circumstances quite unlike any which have previously occurred. The Secretary of State had no relevant previous experience on which to draw. He was in a very difficult position, and no better able than the court to decide whether fairness demanded that he disclose the report.

In my view, therefore, it is for this court, untrammelled by the views of the Secretary of State, to decide whether in the interests of fairness he should have disclosed the report. Mr Sumption (as did Maurice Kay J) places considerable reliance on the decision in R v Joint Higher Committee

on Surgical Training ex parte Milner [1994] 7 Admin LR 56 for the proposition that effective and fair consultation does not require the disclosure of information of a kind that is not "amenable to any significant challenge or any challenge that would have made any difference to the outcome" (page 469D). That was a case which concerned the witholding of confidential references by the applicant's tutors as to his suitability to become an accredited specialist surgeon. The references were placed before Ognall J. He held that they were essentially expressions of opinion by the applicant's trainers as to his "overall aptitude" for plastic surgery. The judge said that the decisions did not depend on any disputed questions of fact or questions of fact which might have been amenable to serious dispute.

Another authority cited to us was R v The Chief Constable of the Thames Valley Police, ex parte Cotton [1990] IRLR 344. In that case, the applicant's employment was terminated for obesity. In deciding to terminate the applicant's employment, the Chief Constable took into account a report by the chief medical adviser. The applicant challenged the decision on the grounds of a breach of natural justice, since the report had not been disclosed to him. It was held by the Court of Appeal that the failure to disclose the report was not unfair. The applicant knew from the outset that his weight was regarded by his employers as a crucial issue. He made all the representations on that topic that he could have made, and the disclosure of the report would have made no difference to what he would or could have said.

In my view, the present case can be distinguished from both of these authorities. A conclusion by doctors that a person is unable to follow legal proceedings and to give a coherent statement of his case comprises both fact and opinion. The doctors must decide what tests and what form of examination to conduct. This involves an exercise of judgment (opinion) as to what is appropriate in the circumstances. They must make their observations. This involves making findings of fact, but ones where there may well be a significant component of judgment. Finally, on those findings they must reach their conclusions as to the nature and extent of the medical problem, and its likely duration. This is essentially a question of opinion.

The medical examination of Senator Pinochet took place over a period of 6 hours. It is clear that the assessment of his medical condition was a complex matter. It was described by the Chief Medical Officer as "extremely thorough", and their report was said by him to be "comprehensive". Such a report is not analogous to the report by the applicant's tutors in Milner that he did not have the aptitude of a plastic surgeon. Ognall J treated that conclusion as an expression of pure opinion, and not one based on disputed fact which was not amenable to challenge. In the present case, it is impossible to know whether the conclusions expressed in the medical report are based on undisputed fact. More importantly, it is impossible to know whether the opinion component of the exercise can reasonably be challenged without sight of the report. Without knowing what tests were carried out, and what observations were made, how can one say whether the overall conclusion is amenable to challenge?

Ex parte Cotton was quite different because there the court was satisfied that, even if the report had been disclosed to the applicant, it would have made no difference. At paragraph 60, Bingham LJ gave a number of reasons why what Sir William Wade called "the dubious doctrine that a hearing would make no difference" would apply only rarely. These included the fact that, as was memorably put by Megarry J in John v Rees [1970] Ch 345, 402, experience shows that that which is confidently expected is by no means always that which happens.

In the present case, it is impossible to say that the production of the report would make no difference to the representations that the requesting states could and would make. That is conceded by Mr Sumption. His point is that the possibility that disclosure of the report would make a difference is so remote that it can safely be ignored. But by denying them sight of the report, the Secretary of State has denied the requesting states the opportunity of expressing a view, for example, as to (a) the adequacy of the tests conducted and observations made by the doctors, and (b) the validity of the analysis of the results of those tests. In my view, it is a fair point to make that the Secretary of State saw fit (in breach of his undertaking to Senator Pinochet) to reveal the report to the Chief Medical Officer. It is said on behalf of the Secretary of State that there is no realistic possibility that the requesting states will be able to challenge, or raise any material doubts about, the report without conducting a medical examination of Senator Pinochet. If that is so, it does prompt the question: why was the Chief Medical Officer asked for his opinion? Either a consideration of the report without a medical examination is a meaningful exercise or it is not. Presumably, it was thought to be worthwhile to ask the Chief Medical Officer to review the report. It is difficult to see why it has now become a pointless exercise.

When deciding what fairness demands, it is necessary to have regard to the whole context in which the decision under section 12 is to be taken. In my view, fairness requires disclosure in this case for the following reasons. First, the enormity of the alleged crimes. Were it not for that feature, it is clear that the Secretary of State would not have consulted the requesting states or the human rights organisations. Secondly, if the Secretary of State does not extradite Senator Pinochet to one of the requesting states, he will be returned to Chile, and it is likely that he will never be tried for these alleged crimes anywhere. In view of the gravity of the charges, that is a startling result of the exercise of ministerial discretion. It simply serves to underline the monumental importance of the decision that the Secretary of State is poised to make. No doubt that is why he would prefer to disclose the report. Thirdly, the scope of the disclosure now sought is very limited indeed. It is that there should be disclosure to the four requesting states alone, but only on terms that they agree to receive them on terms of confidentiality. The details of these terms would have to be worked out, since the requesting states would clearly need to be at liberty to disclose the report to independent doctors of the relevant disciplines. Fourthly, when one assesses the impact of the proposed limited disclosure, it should also be borne in mind that there has already been the widest possible dissemination of the basic conclusions of the medical report. The whole world already knows that the gist of the report is that Senator Pinochet is unfit to stand trial, because he would not be able to follow the proceedings, give intelligible instructions to those representing him at trial, or give a coherent statement of his case. All of that emerges clearly enough from the answers given by the Secretary of State to questions in Parliament on 12 January 2000. The additional disclosure to a very limited class of persons needs, therefore, to be put into its true perspective. Finally, in my view, it is simply not possible to assess how likely it is that, following disclosure of the report, the requesting states would be able to make representations on the medical issue that they would not otherwise be able to make, representations which might influence the decision that the Secretary of State has to make.

In my judgment, the cumulative effect of these considerations is that fairness requires disclosure of the report to the limited extent that I have indicated. In reaching this conclusion, I have not overlooked the fact that, as a matter of common law, there was a public interest in maintaining the duty of confidence owed to Senator Pinochet in respect of the contents of the report. But there

was a competing public interest in disclosure to the extent that this was necessary to enable the Secretary of State to carry out the consultation exercise fairly, and thereby to discharge his functions under section 12 of the 1989 Act properly. It is for the court to decide how this balance should be struck. I have no doubt that, for the reasons already given, the balance comes down in favour of the limited disclosure that is requested by the applicants in this case.

Mr Sumption and Mr Clive Nicholls QC both submitted that disclosure would infringe Senator Pinochet's right to respect for his private life under Article 8(1) of the European Convention on Human Rights. But it seems to me that the limited disclosure proposed would, in the exceptional circumstances of this case, satisfy the requirements of Article 8(2), ie interference "in accordance with the law and necessary in a democratic society.....for the prevention of crime and disorder". The balancing exercise to which I have referred has to be conducted as a matter of the English common law, and that is sufficient to satisfy the requirement of "in accordance with the law". I accept the submission of Mr Pleming QC that the proposed limited publication to the prosecuting authorities of the requesting states is not different in kind from the publication that will be made to the Solicitor General and the DPP, if the Secretary of State decides to make no order under section 12. The "prevention of crime" includes the prosecution of crime. Mr Sumption concedes this, but submits that it applies to disclosure to prosecuting authorities in requesting states only after extradition has taken place. I do not see why such a narrow approach should be adopted. It seems to me that it is sufficient that proceedings should have begun in the requesting state, and that a request for extradition should have been made. In my view, the limited proposed disclosure is a proportionate interference with Senator Pinochet's Article 8(1) rights.

For all these reasons, I would allow these applications for disclosure of the report to the requesting states. The precise terms will have to be the subject of agreement or further argument.

- - - - - - - - - - - - -

MR SUMPTION: My Lords, the Secretary of State requires copies of the medical report and certain other associated material to the four requesting states in the course of this afternoon. I will deal with the question of terms in a moment if I may. He will not make a decision until he has received and studied any observations which the four requesting states choose to make or the time deadline has expired. It is proposed that the requesting states will have seven days in which to make their observations. That time will expire at 5 pm on 22nd February, next Tuesday. It is expected that a decision one way or the other will probably be made shortly after that time.

My Lords, as far as terms are concerned, we do not see that much discussion on terms is required. The course that we propose to adopt, subject obviously to contrary directions from your Lordships, is simply to inform the requesting states in accordance with your Lordships' decision that this material is being supplied to them on terms of strict confidence, to make it clear that that is not intended to prevent them from taking appropriate expert medical advice on its implications, but otherwise we would take it for granted that having made that position clear to the requesting states that they would adhere to that without any need for them to come back to us and say so in terms.

My Lord, that deals with the question what, as we see it, will happen next. So far as the form of order is concerned, subject again to your Lordships views on this, my learned friend Mr Pleming

and I are, I think, agreed that it is appropriate that your Lordships should make a declaration, and the declaration that I proposed, and that I think Mr Pleming accepts, is that the Secretary of State is bound, before making any decision under section 12 of the Act, on the basis of the medical report of 6th January to disclose a copy of that report in confidence to Spain, Belgium, France and Switzerland.

Now, my Lords, that leaves, as far as relief is concerned, the specific claim for relief which is made by Belgium in their Form 86A, which is of course, as your Lordships pointed out, more extensive than what your Lordships have ordered. What I would invite your Lordships to do is having made the declaration that I have indicated, to refuse the relief claimed so far as it extends beyond requiring delivery of a copy of the medical report.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Why cannot we simply grant the application to the extent that he made a declaration in the terms you have indicated?

MR SUMPTION: My Lord, that would effectively amount to the same thing, and might be a more elegant way of doing it.

My Lords, unless there is any other matter your Lordships wish me to deal with, those are the only ones that I have to make.

MR PLEMING: My Lord, on behalf of the Kingdom of Belgium the declaration as suggested would be satisfactory to my client. Again, so there be no doubt, and I have discussed this with Mr Sumption, the disclosure to Belgium will also include some disclosure to the investigating judge, Mr Van der Mish(?), and that is understood between us.

My Lord, there is only one other --

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Mr Sumption, is there any problem on that?

MR SUMPTION: None at all. The covering letter which we propose to send will refer to the authorities of the requesting state. We take it for granted that that means the administrative authorities concerned with extradition and the magistrates responsible for the case. So, for instance, it will also include Judge Garzon(?) in Spain.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Thank you very much.

MR PLEMING: My Lord, would you then allow the application for judicial review with costs? That would then only leave various small suggested typographical corrections to your Lordships' judgment. If you wish to receive those in open court we can give you a list of them. Otherwise we will --

LORD JUSTICE SIMON BROWN: This are purely typographical. Perhaps the shorthand writer may take them off you.

MR DRABBLE: My Lord, on the same basis I ask for the declaration to be made on my application for judicial review, and I also ask for costs, including the costs of the proceedings in

front of Maurice Kay J.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: What, as a matter of interest, was the order for costs before --

MR DRABBLE: There was no order for costs.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Mr Nicholls, have you any submission on any aspect of all this, not least the relief? Are you happy with the form of declaration?

MR NICHOLLS: My Lord, I am, yes.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Thank you very much.

MR NICHOLLS: My Lord, obviously we are concerned about the confidentiality, but, my Lord, in the terms in which it has been expressed, we accept that it is as such.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Thank you very much.

Mr Sumption, costs.

MR SUMPTION: My Lord, my instructions are not to resist an order for costs from either Belgium or Amnesty, so I do not do so.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: You are ready to pay both sets of costs?

MR SUMPTION: Yes, my Lord, those are my instructions.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Thank you very much.

Any there other applications at the Bar in relation to this matter? We have the habeas listed for further directions.

Very well. Then we grant the application to the extent of making the declaration in the terms agreed, and we order Secretary of State to pay the costs of both applicants Belgium and Amnesty.

Doc. num. 7

The New York Times

AMERICAS

Chilean Judge Says Pinochet Is Fit for Trial

By LARRY ROHTER DEC. 14, 2004

BUENOS AIRES, Dec. 13 - A Chilean judge ruled Monday that Gen. Augusto Pinochet was competent to stand trial for human rights abuses that occurred during his nearly 17 years as Chile's dictator and immediately charged him with nine counts of kidnapping and one of murder.

Judge Juan Guzmán Tapia also ordered that General Pinochet, 89, be placed under house arrest and confined to his mansion on the outskirts of Santiago, the Chilean capital. The former dictator's lawyer, Pablo Rodríguez, accused the judge of trampling on the general's human rights and announced that he would appeal the decision. Later Monday, General Pinochet's defense team filed an injunction with the Santiago Court of Appeals, effectively freezing the house arrest until the court rules on it, according to Chilean news accounts..

"Pinochet has been declared mentally fit to undergo criminal investigation in Chile in all of its stages," Judge Guzmán told reporters waiting for the decision at a downtown court. That includes "depositions and face-to-face interrogations" about his role as what the judge described as "the perpetrator of crimes" against political opponents in the 1970's while head of state.

All 10 charges stem from an international kidnapping and murder alliance called Operation Condor, one of whose victims in another case was Orlando Letelier, a former Chilean foreign minister who was assassinated in Washington.

The president of Chile, Ricardo Lagos, who has argued that the various judicial proceedings must be allowed to run their course without interference from the executive branch, had no immediate comment on the ruling. But Clara

Szczaranski, president of Chile's State Defense Council, which oversees the conduct of government officials, welcomed the judgment, saying that "with such serious charges against him, the country needs a thorough investigation to prove what actually happened and what his responsibility was."

The decision on Monday reversed earlier court rulings that have allowed General Pinochet to avoid facing any charges stemming from human rights abuses during his rule, from 1973 to 1990. In that time, an estimated 4,000 political opponents were killed by state security, military and police forces, many after being kidnapped, and thousands more were jailed, tortured or driven into exile.

"This time is different," said Viviana Díaz, a leader of the Association of Relatives of the Disappeared. "Guzmán probably feels he is supported by other judges who are also advancing in human rights investigations and by the Supreme Court."

Last month, the Supreme Court confirmed sentences against rights violators in the military rather than allow an amnesty law to be applied.

The indictment that Judge Guzmán announced Monday arises from Operation Condor, a joint intelligence program set up by South America's right-wing military dictatorships in the mid-1970's, primarily to kidnap and murder political dissidents from member countries who had gone into exile in other participating countries. Besides Chile, Argentina, Bolivia, Brazil, Paraguay and Uruguay also took part.

Operation Condor even reached into the United States in what Peter Kornbluh, author of "The Pinochet File," called the first act of "state-sponsored international terrorism" in the American capital. In September 1976, Mr. Letelier and an American associate , Ronni Karpen Moffitt, were killed by a bomb as their car approached the Chilean Embassy. Operatives of Chile's military intelligence agency and Cuban exiles were later implicated.

"If there were ever a case that shows that a head of state had to be involved in these atrocities, it is Condor," said John Dinges, the author of "The Condor Years" and one of the experts Judge Guzmán consulted. "I have evidence that Pinochet was actually at the meeting when Condor was formed, and it is impossible to believe that subordinates would create something as elaborate as Condor without the explicit approval of the head of state."

Relatives of victims of Operation Condor endorsed the court action. Jenny Stoulman of Santiago, whose parents disappeared after disembarking from a plane here in Argentina in 1977, praised Judge Guzmán for being "persistent, serious and dedicated" despite the failure of previous efforts in Chile to hold General Pinochet accountable for human rights abuses.

"So many years have gone by without any real information about what happened to our parents," Ms. Stoulman said. "Now we have hope that some truth will come to light, though I know it will be a slow process."

The ruling is the latest in a series of setbacks for General Pinochet. In July, a United States Senate committee released documents indicating that he had secretly deposited as much as $8 million in accounts at Riggs Bank in Washington, a disclosure that has since prompted formal investigations by Chile's Congress, judiciary and tax service that are expected to lead to new criminal charges.

In addition, this month an appeals court stripped General Pinochet of his immunity from prosecution in the investigation of the assassination of Gen. Carlos Prats, one of his predecessors as army commander. General Prats, who opposed the coup against President Salvador Allende on Sept. 11, 1973, which brought General Pinochet to power, and his wife were forced into exile in Argentina. They were killed here in 1974 by a car bomb.

This is the second time in Chile that General Pinochet has been indicted for human rights abuses occurring during his military dictatorship. In 2001, he was charged in connection with the so-called Caravan of Death, a military operation that took place shortly after he seized power and that resulted in the deaths or disappearances of some 75 people.

That decision, however, was appealed to the Supreme Court, which eventually ruled that the former dictator was mentally and physically unfit to stand trial. Doctors who were asked to examine him found that he suffered from what they called "mild dementia," or senility, as well as diabetes and a heart ailment.

When the Operation Condor charges emerged, however, Judge Guzmán ordered another battery of medical tests and also interviewed General Pinochet himself, in late September. In explaining his ruling to reporters, Judge Guzmán said General Pinochet's "coherence, his comprehension of the questions made to

him, and his answers" both when the two men met and in other appearances in public all influenced the decision.

Sebastian Brett, the Chile representative for Human Rights Watch, said Judge Guzmán had been "extremely thorough and detailed in sifting through the medical evidence." But he added that higher courts "may well reach a different conclusion" about a trial, especially since a new penal code takes effect next year that is "much more explicit in guaranteeing due process rights and allowing defense lawyers to challenge a trial on those grounds."

Judge Guzmán also said an interview General Pinochet gave last year to a Spanish-language television network in the United States was "one of the elements I took into consideration." In that broadcast, General Pinochet appeared lucid and defiant, arguing that "everything I did, I would do again."

"Who am I supposed to ask for forgiveness?" he said. "They are the ones who have to ask me for forgiveness, them, the Marxists."

Pascale Bonnefoy contributed reporting from Santiago for this article.

© 2016 The New York Times Company

Doc. num. 11

OPINION ON THE LIKELY EFFECT OF EXTRADITING GENERAL AUGUSTO PINOCHET UGARTE ON INTERNATIONAL RELATIONS BETWEEN CHILE AND THE UNITED KINGDOM

CONFIDENTIAL

1.- General.

This opinion has been prepared by Professor Francisco Orrego Vicuña at the request of Kingsley and Napley, solicitors. The author is a professor of international law and international relations at the Institute of International Studies and the Law School of the University of Chile. This Institute was established in cooperation with the Royal Institute of International Affairs in 1966 and performs similar functions. The inaugural lectures of the Institute were delivered by Arnold Toynbee and since then a host of distinguished British officials and academics have visited the institution, including H. M. the Queen, Secretaries of State and Ministers.

Professor Orrego Vicuña obtained his Ph. D. (International Law) at the London School of Economics and Political Science, University of London, and has published extensively in Chile, the United Kingdom and other countries. He is a member of the British Institute of International and Comparative Law, the International Institute for Strategic Studies, the Royal Geographical Society (FRGS) and the Royal Institution (MRI). Professor Orrego Vicuña was Ambassador of Chile to the United Kingdom in 1983-1985.

Parts of the information contained in this Opinion may be subject, in respect of British officials, to the United Kingdom Official Secrets Act.

2.- An historic tradition of reliable partnership.

Chile and the United Kingdom have established a well founded historic tradition of reliable partnership. This was evident already at the time of independence from the Spanish colonial rule in 1810, when Britain supported the independence of South American countries and their claims to free trade. A number of distinguished British officers fought in the wars of independence, most notably Lord Cochrane, giving place to a long-standing close connection between the Chilean Navy and the Royal Navy. Current attempts by Spain and other European countries to exercise extraterritorial jurisdiction over General Augusto Pinochet Ugarte, and have him extradited by the United Kingdom, are perceived in Chile and South America as a revival of colonial practices being expected that the United Kingdom will once again oppose such pretensions.

An important number of British companies were established in Chile as from the nineteenth century in the light of these shared values of economic freedom and political independence, some of which continue to operate until this day. Political and strategic cooperation between the two countries have also been a key feature of their relations.

Such understandings were again evident in the war between Chile and Peru-Bolivia (1879), which was not alien to the British interests in the nitrate mining industry that Chile protected by means of military intervention. So was also the case in the first world war, during which Chile, in spite of being a neutral, allowed British naval operations in the Strait of Magellan, the Island of Robinson Crusoe and other Chilean maritime areas, leading among other results to the sinking of the *Dresden*.

In the second world war Chile sided at an early stage with Britain and the United States in spite of heavy pressure from Germany, Argentine nationalists and Spain's Franco government. Numerous Anglo-Chileans fought under the British flag.

3.- Contemporary reliability and friendship.

These very elements of historic tradition have inspired contemporary relations between both countries. Economic partnership and political understandings in international affairs have again been the salient features of this uninterrupted relationship.

The Falklands war offers good evidence of having the government of General Pinochet been a particularly reliable friend of the United Kingdom. Three examples of the help given to the British war effort can be mentioned: (i) Chile's intelligence and signals gathering in respect of departure of Argentine combat aircraft was immediately relayed to the British services, thus preventing

surprise attacks and saving numerous lives; (ii) British commandos that landed in Chile after having operated in Argentina were not turned over to the Argentine government in spite of its pressure, and on the contrary were returned to Britain in disregard of Chile's obligation as a neutral to intern them; (iii) Royal Air Force combat aircraft that landed in Easter Island proceeding from the South Pacific in order to strike on Argentina from Chile, were not retained or its crew interned as required by the laws of neutrality but allowed to quietly return to their points of origin.

Current attempts to have General Augusto Pinochet extradited from the United Kingdom are perceived, if successful, as the breakdown of this historic and contemporary relationship of reliability and friendship. This situation is of particular concern for the government and the armed forces since it would prompt many changes in international relations, some of which will be discussed below, as well as to the large Anglo-Chilean community that has taken great pride in the building of both business connections and political understandings. Statements of concern from various British institutions in Chile are attached to this Opinion. Chile would not like the United Kingdom to be seen as an unreliable partner.

4.- Human rights issues.

In the light of the press coverage and stories run by the European media on occasion of the detention of General Pinochet in London, it is necessary to clarify that his government was not

insensitive to human rights issues. True, many abuses took place but this was not entirely unexpected in a context of a virtual civil war, a situation which regrettably also occurred under the government of President Allende when at least one prominent member of the opposition and member of parliament was tortured by the secret services.

In furtherance of this concern, the Chilean government recognised since the outset the competence of international organisations to deal with human rights issues, unlike the attitude of many other countries that did not accept such role, i. e. Yugoslavia, Algeria and a host of African and Asian nations. It is important to note that Chile did not accept that other countries individually might seat in judgment of Chilean events, what is what the Spanish request for extradition is now trying to obtain.

Cooperation with the Inter-American Commission of Human Rights was extensive and its members were allowed to visit freely detention centers. Similar was the cooperation with the United Nations Human Rights Commission, which appointed with the agreement of the Chilean government a five member panel to visit Chile and which had the occasion to interview as many people as it wished. A special Rapporteur was also accepted in this context, who acknowledged the cooperation of Chilean officials.

In spite of opposition from some government and military circles to this policy of cooperation, President Pinochet himself adopted the decision to keep with these commitments, a decision which proved essential to control abuses by security

services. Chile also supported the Uruguayan proposals that led to the establishment of the United Nations High Commissioner for Human Rights.

It is also appropriate to note that the Chilean government took duly into account the British views on the matter and while the author of this Opinion was Ambassador to the United Kingdom established the first contacts with Amnesty International in London, which at the time was headed by a distinguished Chilean lawyer and human rights specialist.

5.- Broader strategic implications.

Remote as Chile may be from the United Kingdom, the good relations between the two countries have secured a framework of stability in a broader regional and international context. Such framework would inevitably be harmed if the extradition of General Augusto Pinochet is granted, as can be illustrated by the following situations:

-Any alteration of the political stability in Chile will have spillover effects in the rest of South America. This does not necessarily entail the hypothesis of a constitutional breakdown, but will be rather related to a more difficult, tense and prolonged transition to full democracy. Many countries in the region affected by these problems will face difficulties emerging from the Chilean experience. It must also be kept in mind that General Pinochet is a well respected military leader in South America, having recently

presided over the meeting of commanders in chief of the armies of the Western Hemisphere.

-The same may be said of countries in other regions undertaking transitions based in part on the Chilean experience, notably South Africa, whose leaders have already expressed concern in this respect.

-An extradition of General Pinochet would also send the wrong signals to any authoritarian leader who could be considering the eventual handover of power, since he would then be exposed to a similar fate. Cuba, Indonesia, Malaysia come to mind in this context, as well as China or Iraq in the future.

-The extradition would also mean in practice the derogation of amnesty laws throughout the world since there would be no guarantee of respect for these arrangements which are crucial for transition to democracy. Argentina and Uruguay are two relevant examples of countries that would be affected by this situation. It should also be noted that numerous persons associated to revolutionary or terrorist activities have also benefited from amnesty in Chile, not only the military, whose cases could be reopened in the context of a failed amnesty arrangement.

-Chilean foreign policy would also become more closely associated with that of Argentina. While this is not negative in itself it would have implications for British interests in the region, particularly in respect of both the future of the Falkland Islands and the issues associated with the Antarctic Treaty System.

-The fact that Argentina has been recognised by the United States as an strategic ally aside NATO has prompted reactions of concern in Chile. If prominent NATO members, such as the United Kingdom, France or Spain, are perceived as antagonising Chile on the question of General Pinochet, this may deepen the reactions of concern and eventual exploration of options available to Chile.

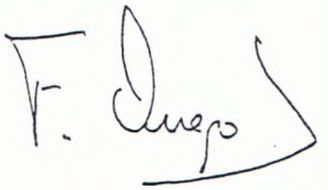
-Among such options a growing connection with China is already on the horizon, not only in trade and economic cooperation as it stands at present but also in terms of broader political and strategic considerations. It must also be noted that General Pinochet is a friend of China, where he has been repeatedly received with dignity and honour. China has also expressed its concern about the situation of General Pinochet in London, as have a number of other significant countries beyond Western Europe.

6.- Conclusion.

In the light of the above considerations and of the long-standing tradition of mutual respect and reliability characterising the relations between Chile and the United Kingdom, it is the conclusion of this Opinion that the extradition of General Augusto Pinochet to Spain or any other country would deeply upset such important goals and objectives pursued by both countries. Conversely, a refusal of such requests by H. M. Government would

reaffirm the values and benefits of this partnership and greatly enhance cooperation between Chile and the United Kingdom.

Respectfully submitted,



Francisco Orrego Vicuña

21st. November 1998

Doc. num. 12

© Copyright 2016, vLex. © Copyright 2007, vLex. All Rights Reserved.
Copy for personal use only. Distribution or reproduction is not allowed.

Kingdom Of Belgium, R (on the application of) v Secretary Of State For Home Department, Court of Appeal - Administrative Court, February 15, 2000, [2000] EWHC Admin 293

Resolution Date: February 15, 2000

Issuing Organization: Administrative Court

Actores: Kingdom Of Belgium, R (on the application of) v Secretary Of State For Home Department

Id. vLex: VLEX-52635126

Link: http://vlex.com/vid/-52635126

Text

- 2 -

Case Nos: CO/236/2000

CO/238/2000

IN THE SUPREME COURT OF JUDICATURE

QUEEN'S BENCH DIVISION

CROWN OFFICE LIST

Royal Courts of Justice

Strand, London, WC2A 2LL

Tuesday 15 February 2000

B e f o r e :

LORD JUSTICE SIMON BROWN

MR JUSTICE LATHAM

and

MR JUSTICE DYSON

- -

(Transcript of the Handed Down Judgment of

Smith Bernal Reporting Limited, 180 Fleet Street

London EC4A 2HD

Tel No: 0171 421 4040, Fax No: 0171 831 8838

Official Shorthand Writers to the Court)

- -

Mr J. Sumption QC & Mr P. Sales (instructed by Treasury Solicitor of London SW1) for the Respondent

Mr R. Drabble QC & Miss Frances Webber (instructed by Messrs. Bindman & Partners, Solicitors of London W1X 8QF) for Amnesty International and 5 other applicants

Mr N. Pleming QC, Mr P. Sands, Mr R. Singh & Miss H. Mountfield (instructed by Messrs Leigh Day & Co, Solicitors of London EC1M 4LB) for The Kingdom of Belgium

Mr C. Nicholls QC & Mr J.B. Knowles (instructed by Messrs Kingsley Napley, Solicitors of London EC1M 4AJ) for Augusto Pinochet Ugarte, an interested party

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

Judgment

As Approved by the Court

Crown Copyright ©

Lord Justice Simon Brown:

Introduction

It is sixteen months since Senator Pinochet was arrested. What should happen to him now? Should he be extradited to Spain to stand trial for the grave crimes of which he is accused? Or should he be allowed to return home to Chile? Many passionately hold one view, many the other.

All, however, would surely agree upon one thing. It is high time the decision was taken: Senator Pinochet has spent quite long enough in this country. But the decision must, of course, be taken lawfully, and that is the issue now before us.

This challenge, the latest in a whole succession of legal proceedings, is to the Secretary of State's proposed decision not to extradite Senator Pinochet to Spain on the ground that he is unfit to stand trial. More particularly at issue is the Secretary of State's entitlement to take such a decision (as he is "minded" to do) without first giving Spain and other requesting states sight of the medical report which is critical to it. Shorn of the applicants' more exorbitant demands - that they be allowed to examine Senator Pinochet themselves, that they have an opportunity to question the four specialists who prepared the Secretary of State's report, that the report be disseminated more widely than to the four requesting states - this is the essence of their complaint. What they ask is that the report now be disclosed to the requesting states so that at least they may comment upon its conclusions.

There are two applicants before us, one the Kingdom of Belgium (Belgium), a requesting state, the other a group of six human rights organisations headed by Amnesty International (Amnesty). Their joint application for permission to move for judicial review came initially before Maurice Kay J who dismissed it on 31 January 2000: in the case of both applicants on the merits and in Amnesty's case on the additional ground that they lack "sufficient interest" i.e. standing. His judgment, right or wrong, is a model of clarity and thoroughness extending to forty-five pages of transcript. On the core issue he concluded:

"... that it is simply not arguable that the non-disclosure of the medical report [to the requesting states] is unlawful, unfair or irrational."

The application was renewed before us. During the course of the hearing we decided that it certainly merited permission and thereafter we proceeded to deal with it as a substantive motion.

With that brief introduction let me now outline the facts as shortly as may be

The Facts

We shall assume our readers' familiarity with the earlier stages of this case: Senator Pinochet's arrest in London on 16 October 1998 pursuant to a Spanish warrant and the extensive subsequent litigation as to whether he enjoys state immunity. I can pick up the story with the final House of Lords decision on 24 March 1999 essentially to the effect that the offences alleged in Spain's request were "extradition crimes" only if committed after September 1988, and that Senator Pinochet had no immunity in respect of such crimes committed after December 1988. Following that decision, the Secretary of State on 14 April 1999 issued a fresh Authority to Proceed which Senator Pinochet thereafter unsuccessfully sought to challenge.

The committal hearing before the Bow Street magistrate took place between 27 and 30 September 1999. On 8 October 1999 Senator Pinochet was committed on all charges to await the decision of the Secretary of State as to whether he should be extradited to Spain. A habeas corpus application was made on Senator Pinochet's behalf on 22 October 1999 which presently stands fixed for hearing on 20 March 2000. Under the Extradition Act 1989 the Secretary of State

cannot order extradition whilst that application remains outstanding. He can, however, decide that he would not order Senator Pinochet's extradition in any event and that is what he is presently minded to do.

Three other states, Belgium, France and Switzerland, have made requests for Senator Pinochet's extradition. Pending the outcome of proceedings on the Spanish request, no Authority to Proceed has been issued in respect of any of these.

Recent events relate to Senator Pinochet's health. He is 84 years old. The first sign that there might be a serious problem about his health came on 6 October 1999 when, two days before the judgment in the committal proceedings, the Bow Street magistrate made the unusual decision to excuse him from attending the judgment in person. That decision was based on evidence about his state of health given to the court by the general practitioner attending Senator Pinochet. On 14 October 1999, shortly after the magistrate's decision to commit Senator Pinochet, the Secretary of State received representations from the Chilean Embassy supported by medical reports which suggested that there had been a recent and significant deterioration in Senator Pinochet's health. After taking advice on the medical implications of this material from the Chief Medical Officer (CMO), Professor Liam Donaldson, the Secretary of State took the view that, whilst it was not conclusive, it did suggest that Senator Pinochet might be unfit to stand trial. Although these representations did not come from Senator Pinochet himself, the Secretary of State was mindful of his duty to consider the discretion conferred upon him by the Extradition Act in the light of relevant circumstances. He therefore decided to invite Senator Pinochet to submit to a medical examination by a team of clinicians appointed by the Secretary of State. The object was to obtain an independent, comprehensive and authoritative report on the relevant facts which would equip him to perform his statutory function. Correspondence ensued between the Home Office and the solicitors representing Senator Pinochet. In a letter dated 5 November 1999 the Home Office invited Senator Pinochet to make himself available for medical examination. The letter went on to state:

"It should go without saying that every effort would be made by the doctors and their team, and the Home Office, to keep the report's contents entirely confidential."

On 11 November 1999 Senator Pinochet's solicitors replied, stating:

"Senator Pinochet is prepared to undergo the examination on the understanding that none of its contents are disclosed to anybody other than the Home Office and ourselves."

Such a condition was considered to be too narrow by the Home Office officials: it would have prevented the disclosure of the report to the Director of Public Prosecutions or the Solicitor General in the event of a decision being made not to extradite Senator Pinochet. Under Article 7 of the Convention Against Torture the United Kingdom is required, if it does not extradite a person accused of torture, "to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution." The functions of the Secretary of State in relation to extradition include referring a case to the Director of Public Prosecutions and the Solicitor General in this event. Such a reference would include material relevant to any issue of Senator Pinochet's fitness for trial. On 29 November 1999 Senator Pinochet agreed to this provided that:

"... any medical report would not be considered for any other purpose and would not be disclosed to any member of the Crown Prosecution Service in any other capacity."

Thereafter the Secretary of State selected a team of clinicians who were considered to have the required range of specialisations and who had no inappropriate personal interest in the case. The selection was pursuant to advice given by the CMO in the light of what was already known about Senator Pinochet's condition. The team comprised Sir John Grimley Evans FRCP, Professor of Clinical Geratology at the University of Oxford, a former Vice-President of the Royal College of Physicians, who serves on the World Health Organisation expert panel on the care of the elderly and who is considered by the CMO to be "probably the most respected individual in British geriatric medicine"; Dr Michael Denham, MD, FRCP, FRSA, Consultant Physician in Geriatric Medicine at Northwick Park Hospital, London, a former president of the British Geriatrics Society and the author of numerous papers on the care of the elderly; and Professor Andrew Lees, MD, FRCP, Professor of Neurology at the National Hospital for Neurology and Neurosurgery, London, a specialist in movement disorders and dementia and medical adviser to and co-director of the Parkinson's Disease Society. The CMO advised that all three are independent practitioners of outstanding national and international reputation in their fields. On the advice of the three clinicians and with the agreement of the CMO, Maria Wyke MA, PhD, consultant neuro-psychologist, was added to the team. Professor Lees and Dr Wyke are fluent Spanish speakers.

The medical examination was conducted in Spanish at the Northwick Park Hospital over a period of some six hours on 5 January 2000. The Home Office received the report of the examination the following day. The Secretary of State's evidence describes it as follows:

"It summarises recent medical records concerning Senator Pinochet, and deals in detail with his recent personal medical history and with the examination which he underwent. The unequivocal and unanimous conclusion of all four practitioners was that following the recent deterioration in the state of Senator Pinochet's health which seems to have occurred mainly during September and October 1999, he is not at present capable of meaningful participation in a trial and that no change to that position can be expected. It is right to emphasise that this statement is not simply the Secretary of State's inference from the material which the report contains. It is the written conclusion of the practitioners themselves."

Having received the report, the Secretary of State sought the advice of the CMO. He advised that he had found the assessment made by the four practitioners to be extremely thorough and their report to be clear and comprehensive. He concluded that the report was authoritative and that it left no reason to doubt the specialists' judgment that Senator Pinochet is not fit to stand trial and that his present condition is not one which would be expected to improve. The CMO also pointed out that the report made clear that Senator Pinochet's condition could not be feigned and that this had been backed up by some of the specialist tests which had been carried out.

On 11 January 2000 the Home Office wrote to the various interested parties (including the applicants) to inform them of the Secretary of State's view. All the letters referred to the finding of unfitness to stand trial and that no change was expected. They also contained this passage:

"In the circumstances, you should note that the Secretary of State is minded to conclude that

there is no purpose to be served by continuing the present proceedings, instituted as a result of the Spanish request of 16 October 1998 for his extradition. He is therefore minded to take a decision that he will not extradite Senator Pinochet to Spain. The effect of such a decision would be that the current basis for his continuing detention would lapse."

Amnesty and Spain were invited to submit any further representations (further, that is, to those previously submitted at the Authority to Proceed stage) by 18 January. The other addressees were informed that that was the date by which other parties were being invited to make representations.

In the letter to Senator Pinochet's solicitors the Home Office wrote this:

"In the light of the nature of the report, the Secretary of State is of the view that it would be of assistance in enabling matters to progess as smoothly as possible if it were disclosed in full, under conditions of strict confidence, to Spain, France, Belgium and Switzerland. He is not, however, asking for agreement to disclose the report any more widely, for example to interested pressure groups."

Consent was refused.

Amnesty's letter in response raised a number of concerns as to whether other particular experts should also have been involved and included this paragraph:

"Quite apart from the public interest in securing compliance with international obligations, there is the vital public interest in maintaining the integrity of the criminal justice system. This integrity is severely damaged by the public perception that defendants with influence or wealth, like Ernest Saunders, are able to mock the system by feigning dementia for long enough to escape justice. This is another factor making it imperative that a decision that Senator Pinochet is unfit to stand trial is completely safe and is seen to be so."

Besides making other more extensive requests, Amnesty sought disclosure of the report. The Home Office replied on 18 January and this letter I should quote at length as did the judge below:

"In referring to Senator Pinochet's fitness to stand trial, the Secretary of State is referring to his capacity to participate meaningfully in a trial. The Home Secretary has proceeded on the footing that the decisive criteria are the quality of his memory, his ability to process verbal information and to follow the proceedings, his ability to understand the content and implications of questions put to him, his ability to express himself coherently and comprehensibly, and his ability to instruct his legal representatives. The Home Secretary was not using the expression in the sense of `general physical debility'.

There has never been any obscurity about this. Immediately after making his statement in the House of Commons on 12 January, the Secretary of State was asked a question very similar to your own by Mr Simon Hughes. He replied in substantially the same terms:

`Among the criteria that I took into account were whether the Senator would be in a position to follow the proceedings, to give intelligible instructions to those representing him and to give a

coherent statement of his case, and of recollection' [Hansard 12 January 2000 col 281]

The report of the medical examination of Senator Pinochet on 5 January directly addressed all of the above matters. This was in accordance with their instructions which stated the criteria as follows:

`Without in any way intending to limit the comprehensive scope of the commission, the Home Secretary would be grateful in particular to be advised whether, in your view, there are any aspects of Senator Pinochet's state of health which, separately or together, would suggest that he is not at present fit, or is likely to become unfit, to stand trial in Spain. In this context he is particularly interested in Senator Pinochet's ability to follow a line of questioning, to recall events, some of which took place as long ago as the 1970s, and to give coherent evidence. Any trial might be expected to take place within the next 18 months to three years.'

I now turn to your request for a copy of the report. The report contains detailed personal information about Senator Pinochet's medical history and the examination which he underwent, which is confidential to him. The Secretary of State is not at liberty to disclose it, because Senator Pinochet consented to the medical examination on the express basis that the report was to be used only for the purpose of enabling the Secretary of State to perform his functions under the Extradition Act and of enabling the Director of Public Prosecutions and the Solicitor General to perform their functions in relation to any possible domestic prosecution, and that disclosure would accordingly be confined to those three office-holders. Subject to any overriding public interest, the Secretary of State is bound to respect those stipulations. It appears to him that the relevant public interest is in the proper performance of the functions of the three office-holders, and that the disclosure to which Senator Pinochet has already consented is sufficient for that purpose. The Secretary of State has already made it clear that he would have preferred to disclose the report, as a matter of courtesy and on suitable terms as to its further dissemination, to the relevant authorities of the Kingdom of Spain and the three other states which have made extradition requests. Senator Pinochet was asked to consent to this, but refused."

The letter then dealt with Amnesty's request to be allowed to have Senator Pinochet further medically examined but no point now arises in that regard and I need say no more about it.

Belgium's response to the letter of 11 January was essentially by way of two letters rogatory issued pursuant to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters. The first, dated 19 January, requested assistance for the purpose of "appointing a panel of experts, medical doctors, with the task ... of examining [Senator Pinochet] in depth and on an equal footing ..." The second, dated 24 January, sought assistance in the form of (i) disclosure of the medical report, and (ii) the hearing as witnesses of the authors of the report.

Spain's response, it is convenient to note at this stage, was communicated by letter from the Spanish ambassador dated 17 January:

"I have received instructions to convey to you the full Spanish respect for the decision that the Home Secretary may take, in the understanding that the decision that he has indicated that he is minded to take is within his exclusive discretionary powers according to applicable British laws. With regard to that, I confirm to you that the Kingdom of Spain has no intention to appeal against

the decision taken in due time by the Home Secretary."

The letter indicated the Spanish government's awareness that the decision would be based upon "all the data available" and the representations previously made. It also enclosed a detailed letter from the Spanish judge complaining inter alia of "the lack of knowledge about the medical report upon which an opinion is asked for, which renders a bit absurd situation (sic) ... [and] makes impossible any kind of concrete pronouncement, rendering illusory the guarantees that should be present - as essential elements - in every criminal proceedings, i.e. the principle of equal opportunities for all parties."

France and Switzerland, we are told, have made representations, to what effect we know not.

The Application below

As already indicated, the applicants below were seeking substantially more in the way of relief than they do now. Now they ask only that the Secretary of State should do that which he has stated that he would like to do: disclose the report under conditions of strict confidentiality to the four requesting states.

There is another respect too in which the argument below went to issues that fell away before us. Given the narrower basis of challenge now advanced, Mr Sumption QC for the Secretary of State accepted that Amnesty as well as Belgium have sufficient interest to give them standing. Nor has it been necessary to explore the somewhat technical arguments that arose below with regard to Belgium's letters rogatory.

On the core issue, however, the arguments before us plainly ranged further and wider than in the court below. By no means all of them, I should warn, will find mention in this judgment.

The Context of the Secretary of State's Decision

Before I turn to the arguments, it is necessary to set out the context in which the decision was taken. The applicants' central contention is that the requesting states, all of whom were given the opportunity (although only Spain was expressly invited) to make representations in respect of the Secretary of State's "minded to" decision, are entitled as a matter of fairness to be shown the report. Fairness, therefore, is at the heart of this challenge and, as Lord Mustill said in R v Home Secretary ex parte Doody [1994] 1 AC 531 at 560:

"What fairness demands is dependent on the context of the decision, and this is to be taken into account in all its aspects. ... An essential feature of the context is the statute which creates the discretion, as regards both its language and the shape of the legal and administrative system within which the decision is taken."

The decision which the Secretary of State is presently considering falls to be taken under s.12 of the Extradition Act 1989:

"(1) Where a person is committed under s.9 above and is not discharged by order of the High Court [as stated, Senator Pinochet's application for habeas corpus remains outstanding], the

Secretary of State may by warrant order him to be returned unless his return is prohibited, or prohibited for the time being, by this Act or the Secretary of State decides under this section to make no such order in his case.

(2) Without prejudice to his general discretion as to the making of an order for the return of a person to a foreign state ...

a. the Secretary of State shall not make an order in the case of any person if it appears to the Secretary of State in relation to the ... offences in respect of which his return is sought that ... (ii) by reason of the passage of time since he is alleged to have committed it ... it would, having regard to all the circumstances, be unjust or oppressive to return him ..."

Were the Secretary of State to take the view that Senator Pinochet's medical condition brought him within s.12(2)(a)(ii) and that in those circumstances it would be "unjust or oppressive to return him", then he would have no discretion in the matter: Senator Pinochet would have to be discharged. If, however, s.12(2)(a) does not apply - and the case law suggests a narrow application of these provisions - the Secretary of State would nevertheless have a general discretion in the matter and would then need to have regard to a whole range of other considerations - including his policy in extradition cases, various political considerations (one notes amongst the consultees the Government of Chile, the Foreign and Commonwealth Office and the Ministry of Defence), and where best the decision on fitness for trial should be taken - the relevance and weight of which would be entirely for him.

If at any point the Secretary of State were contemplating making an order for Senator Pinochet's return, it should be noted, Senator Pinochet would have the right to make representations under s.13(2) of the Act, and if, despite those representations, a warrant for his return were issued, a right under s.13(6) to apply for leave to seek judicial review of the Secretary of State's decision to make the order. The respondents point out that there is no equivalent provision in the Act for the requesting state to be given advance notice of an adverse decision and an opportunity to make representations about it. They point too to dicta of the highest authority indicating that the Secretary of State's discretion is unfettered and that it exists mainly for the benefit of the accused, not the requesting state. As Lord Reid said in Atkinson v Government of the United States of America [1971] AC 197 at 232:

"The Secretary of State always has power to refuse to surrender a man committed to prison by the magistrate. It appears to me that Parliament must have intended the Secretary of State to use that power whenever in his view it would be wrong, unjust or oppressive to surrender the man."

This approach, the Secretary of State and Senator Pinochet submit, is consistent too with the provisions of the European Convention on Extradition under which the rights of requesting states are limited. Their express rights are solely (i) to make an extradition request (Article 12), (ii) to be given an opportunity to supply any supplementary information necessary to enable the requested state to make a decision (Article 13) and (iii) to be given reasons by the requested state for any complete or partial rejection of their request (Article 18(2)). By Article 22 it is provided that: "Except where this Convention otherwise provides, the procedure with regard to extradition and provisional arrest shall be governed solely by the law of the requested Party."

Essentially, therefore, submit the respondents, the Secretary of State's discretion exists principally for the protection of the accused and neither the Statute nor the Convention accord to the requesting state any right to participate in its exercise. Rather the decision falls to be taken by the executive authority acting inquisitorially and, as Staughton LJ said in R v Secretary of State ex parte McGuire [unreported, 25 November 1995]:

"What fairness requires in this situation is a proper balance between the basic requirements of justice on the one hand and the manifest intent of the statute on the other that there should not be a lengthy and elaborate trial before the fugitive can be surrendered for trial somewhere else."

A fortiori, submit the respondents, there should not be a lengthy and elaborate trial before an accused can be discharged.

The Secretary of State's Argument

That statutory context notwithstanding, the Secretary of State accepts that the interests of the requesting states (and most particularly Spain) are directly affected by his decision and that he is under a duty to act fairly towards them. He submits, however, that fairness here does not require the disclosure of the report to those states. True, he acknowledges, where a public authority is under an obligation to consult others about a prospective decision or chooses to do so, the consultation must be effective. As Webster J said in R v Secretary of State for Social Services ex parte Association of Metropolitan Authorities [1986] 1 WLR 1, 4:

"... sufficient information must be supplied by the consulting to the consulted party to enable it to tender helpful advice. ... By helpful advice in this context, I mean sufficiently informed and considered information or advice about aspects of the form or substance of the proposals, ... being aspects material to the implementation of the proposals as to which the Secretary of State might not be fully informed or advised and as to which the party consulted might have relevant information or advice to offer."

Here, submits Mr Sumption, the requesting states were not being consulted upon Senator Pinochet's clinical condition but rather upon the implications of that condition for the Secretary of State's final decision, for example upon whether it would be more consonant with justice to leave to Spain the question of fitness for trial. And certainly, he submits, the consultees could have nothing useful to say about Senator Pinochet's fitness to stand trial: the primary facts about his condition are a matter of direct clinical observation and cannot be challenged by those who have not observed him; the rest is a matter of professional opinion based on those facts. Unless, therefore, the report on its face contains some patent logical or clinical error which vitiates its conclusions, no effective representations could be made upon it. In the light of the CMO's assessment of the report as comprehensive and authoritative, the Secretary of State is satisfied that no such vitiating error exists. In short, submits Mr Sumption, even if the requesting states are to be regarded as having been consulted generally upon the question of Senator Pinochet's future, his fitness to stand trial was not an "aspect" of the decision upon which they "might have relevant information or advice to offer."

Mr Sumption further relies in this part of his argument upon the authority of R v Joint Higher Committee on Surgical Training ex parte Milner (1995) 7 Admin LR 454 in which Ognall J

rejected the applicant's complaint about the non-disclosure of his tutors' reports upon his surgical abilities on the footing that he "has not demonstrated that the evidence on which the [advisory committee] relied is amenable to any significant challenge or any challenge which would have made any difference to the outcome." So too here, submits the Secretary of State. The possibility of the requesting states being able to affect his thinking on the issue of fitness for trial is remote and highly speculative. The court is not concerned with theoretical possibilities but with substantial injustice - see R v The Chief Constable of the Thames Valley Police ex parte Cotton [1990] IRLR 344.

Not merely is the Secretary of State therefore not bound to disclose the report, but, submits Mr Sumption, he is not even entitled to do so and this, moreover, considerations of confidentiality apart. In support of this limb of his argument Mr Sumption relies on R v Chief Constable of North Wales Police ex parte Thorpe [1999] QB 396, a case where convicted paedophiles unsuccessfully sought to challenge the right of the police to disclose information about them in the locality to which they had moved upon release from prison. Lord Bingham CJ in the Divisional Court (at pp.409 - 410) said this:

"When, in the course of performing its public duties, a public body ... comes into possession of information relating to a member of the public, being information not generally available and potentially damaging to that member of the public if disclosed, the body ought not to disclose such information save for the purpose of and to the extent necessary for performance of its public duty or enabling some other public body to perform its public duty ... The principle ... rests on a fundamental rule of good public administration which the law must recognise and if necessary enforce."

In the Court of Appeal Lord Woolf MR put the principle thus:

"... the information having come into the police's possession to enable them to perform their functions, as a public body they were only entitled to use that information when this was reasonably required to enable them to properly carry out their functions."

It is Mr Sumption's contention that it is unnecessary for the Secretary of State to disclose the report to the requesting states for the proper performance of his public duty. This is to reach a decision under s.12 and, if he refuses extradition, to refer the case to the Solicitor General and DPP pursuant to Article 7 of the Torture Convention. If, as he is satisfied, consultation with the requesting states on the contents of the report would serve no useful purpose, then it cannot be necessary for the performance of his public duty that he should disclose it to them. Only if there was a realistic possibility of their being able to make effective representations on the issue of Senator Pinochet's fitness to stand trial would the Secretary of State be entitled to disclose the report to them. Perhaps then in any event Spain at least would be entitled to see the report pursuant to their right under Article 13 of the European Convention on Extradition to be given the opportunity to supply "supplementary information necessary to enable the requested state to make a decision".

Mr Sumption turns next to an important further feature of this report, namely its confidential character. That medical information is intrinsically confidential (and attracts the right of privacy under ECHR) is indisputable. And this report, of course, was subject also to an express

assurance of confidentiality. Senator Pinochet cannot be deprived of these rights without proper legal reason and here, submit the respondents, there is none. There is no point in consulting on the contents of the report since its conclusions cannot usefully be challenged. Disclosure to the requesting states, therefore, is not necessary for the proper performance of the Secretary of State's executive function so that there exists no countervailing public interest capable of overriding Senator Pinochet's rights. Disclosure here, Mr Sumption argues, would not be "in accordance with the law and ... necessary in a democratic society ... for the prevention of disorder or crime" (Article 8.2 of ECHR) as those terms are explained in the Strasbourg jurisprudence.

In the result, submits Mr Sumption, although the Secretary of State would prefer as a matter of courtesy to disclose the report to the four requesting states, he is not in law entitled to do so, a submission in which he is strongly supported by Mr Nicholls QC for Senator Pinochet.

These are powerful arguments. But there are powerful arguments on the other side too. Before I turn to these, however, it is convenient first to say something about the Secretary of State's initial assurance to Senator Pinochet that the report's contents would be kept "entirely confidential" (letter of 5 November 1999) and "would not be disclosed" save to the Secretary of State, DPP, and Solicitor General (letter of 29 November 1999).

The Secretary of State's assurance of confidentiality

Although at first blush that express assurance might be thought of some importance, Mr Sumption tells us that in fact it plays little if any part in the Secretary of State's decision not to disclose the report. And that, indeed, is the logic of his argument: given that the contents of the report are in any event confidential, then no assurance was required; equally, if the public interest in disclosure is such as to outweigh the confidentiality, disclosure would have to be made whether or not an assurance had been given. In short, Mr Sumption tells us, the assurance was given because it was thought that in those circumstances Senator Pinochet would be more likely to agree to independent medical examination (his health having been put in issue by Chile rather than himself) but the Secretary of State regarded it in any event as subject to an implied term that it would give way to any overriding public interest. Mr Sumption, indeed, further suggests that disclosure has already been made in two respects beyond that to which Senator Pinochet consented. In the first place, the report was disclosed to the CMO, an officer of the Department of Health, not the Home Office. Secondly, the report's conclusions were announced by press notice, to the effect that Senator Pinochet is and is likely to remain permanently unfit to stand trial, and moreover the Secretary of State has published his instructions to the clinicians and the criteria by which they reached their conclusion, namely Senator Pinochet's ability to follow the proceedings, give intelligible instructions to his lawyers, recall events, and give coherent evidence.

There is this further important consideration. As Mr Stadlen, the senior Home Office official concerned with extradition, states in his witness statement of 7 February 2000 (provided at our request during the hearing):

"In almost all cases where the accused's health is raised as a serious issue, I would normally expect it to be necessary to seek further information from the requesting state. There are two reasons for this. The first is that the accused's condition is almost invariably amenable, at least to some extent, to treatment or alleviation. Its significance may therefore depend on the facilities

available in the requesting state for treating him or otherwise dealing with his condition ... This is so, whether it is being contended that the accused is unfit to stand trial or simply that it would be unduly harsh to extradite him. The Home Office's ordinary practice in such cases is to seek information on this point from the requesting state, so that it can be put before the Secretary of State when he makes his decision. For this purpose it is usually necessary to supply the requesting state with a copy of the medical report so that it may properly consider the facilities for dealing with the problems described in it. The second reason why the accused's health may make it necessary to seek further information from the requesting state applies only to cases where it is being said that he is unfit to stand trial. In this case the Home Office may ask the requesting state what are its criteria and procedures for determing the accused's fitness to plead."

Mr Stadlen then describes Senator Pinochet's case as unique in a number of respects including this:

"... his condition is of such a nature that no significant improvement can be expected. This meant that there was no question of enquiring of the requesting states what facilities they had for treatment or alleviation. So far as I am able to discover, there has been no previous case of an accused who on the best available medical evidence, was permanently unfit to be tried."

It follows from all this that had the report not, uniquely amongst such reports, concluded that no significant improvement can be expected in Senator Pinochet's condition, it would in any event have been disclosed to the requesting states. It is hardly surprising that in these circumstances the Secretary of State's case for non-disclosure is not founded upon the assurance. The assurance accordingly has now lost the significance which appears earlier to have been attached to it - not least, for example, in the Home Office's letter to Amnesty of 18 January 2000 - and it is therefore unnecessary to explore, as at one stage had seemed essential, both the wisdom and the effect of the Secretary of State having given the assurance in the first place.

On analysis there arises but a single question in this case: does the public interest in making the limited further disclosure now sought outweigh the remaining confidentiality in the report? That in turn seems to me to depend upon whether disclosure to the requesting states is required in the interests of fairness. If fairness demands disclosure, then to my mind disclosure clearly becomes the overriding public interest.

The Applicants' Argument

Although both Mr Pleming QC for Belgium and Mr Drabble QC for Amnesty made their own very full written and oral submissions to the court, I think it convenient, now that standing is no longer in issue because the applicants jointly seek the same relief, to treat their cases for the most part indistinguishably. Three central themes dominate their arguments. First that, contrary to Mr Sumption's core submission, the requesting states might well be able to make useful representations on the content of the report. Second, that an executive decision maker, acting quasi-judicially as the Secretary of State on 13 January 2000 told Parliament he is, cannot properly withhold from directly interested parties the very material which is likely to form the foundation of his decision simply on the basis of his ipse dixit that its conclusions are incontrovertible. Third, it is submitted that the appearance of fairness is of very particular importance in the circumstances of this unique case. Let me consider these briefly in turn.

The applicants contend that, if the report were disclosed to them, the requesting states would be able to express views (a) upon the value of the particular tests used to establish whether Senator Pinochet could meaningfully participate in a trial, (b) whether or not his condition (i) could be feigned, and (ii) is permanent, and (c) whether the analysis of the tests and the conclusions drawn from them were valid. The mere fact that the clinicians selected for the examination were of great eminence and that the CMO was later involved does not mean that the conclusions drawn from the report are necessarily unassailable. It is salutary to recall Megarry J's celebrated dictum in John v Rees [1970] Ch. 345, 402:

"It may be that there are some who would decry the importance which the courts attach to the observance of the rules of natural justice. `When something is obvious,' they may say, `why force everyone to go through the tiresome waste of time involved in framing charges and giving an opportunity to be heard? The result is obvious from the start.' Those who take this view do not, I think, do themselves justice. As everybody who has anything to do with the law well knows, the path of the law is strewn with examples of open and shut cases which, somehow, were not; unanswerable charges which, in the event, were completely answered; of inexplicable conduct which was fully explained; of fixed and unalterable determinations that, by discussion, suffered a change. Nor are those with any knowledge of human nature who pause to think for a moment likely to underestimate the feelings of resentment of those who find that a decision against them has been made without their being afforded any opportunity to influence the course of events."

Milner, submit the applicants, was a very different case. At the heart of the judge's conclusion there was that the undisclosed reports contained essentially expressions of opinion rather than disputed matters of fact; the applicant "might have vigorously dissented from them, but could not in any sensible way have corrected them." Here, by contrast, the medical opinions relied upon by the Secretary of State depend crucially on the undisclosed primary facts and, it is said, the requesting states (or rather the medical experts advising them) may well have informed comment to make upon them.

The applicants' second main argument is that where, as here, the undisclosed report founds the very basis of the proposed decision, a fairness challenge cannot be resisted simply by asserting that its effect is overwhelming. That is decision-making by ministerial fiat based on unexamined material. It is hidden justice, the very antithesis of a just procedure. Once, as here, an obligation to act fairly to the requesting states as directly interested parties is recognised, then the material upon which it is proposed to take the decision should be made available to them unless there are compelling reasons to the contrary. Here there are not. Given (a) the extent to which the conclusions of the report have already been made public, and (b) the limited and closely controlled further disclosure now sought, comparatively little further impairment of privacy would be involved.

Thirdly, this is on any view a highly exceptional case and yet, paradoxically, it appears to be the only extradition case in which, according to Mr Stadlen, the Secretary of State has not consulted with the requesting state on the medical issues raised in respect of the accused. One exceptional feature of this case is that it involves allegations of international crimes, crimes against not only the laws of particular states but the laws of all nations. Lord Browne-Wilkinson in R v Bow Street Magistrate ex parte Pinochet (No. 3) [1999] 2 WLR 827, 841, noting that the international law

prohibiting torture has the character of jus cogens or a peremptory norm, said this:

"The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences jus cogens may be punished by any state because the offenders are `common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution': Demjanjuk v Petrovsky (1985) 603 F.Supp. 1468."

The applicants contend that it cannot be right for the executive of a single state to make so fundamental a decision in relation to the unfitness for trial of an alleged "enemy of all mankind" without subjecting the underlying medical report to some form of consideration by requesting states who "have an equal interest in [Senator Pinochet's] apprehension and prosecution."

Conclusions

I have not found this an easy case. There are, as I have said, powerful arguments on both sides. Ultimately, as I have sought to explain, there is but a single question for our determination: does fairness require disclosure of this report to the requesting states? This is not a question which we can shirk on the footing that the procedure to be followed by the Secretary of State is substantially a matter for him. It is not. As De Smith, Woolf and Jowell, 5th edition, states at pages 406- 407:

"Whether fairness is required and what is involved in order to achieve fairness is for the decision of the courts as a matter of law. The issue is not one for the discretion of the decision-maker. The test is not whether no reasonable body would have thought it proper to dispense with a fair hearing. The Wednesbury reserve has no place in relation to procedural propriety."

The footnoted case of R v Panel on Takeovers and Mergers ex parte Guinness [1990] QB 146 is clear authority for that proposition.

I readily see the force of much of Mr Sumption's argument. In common with the Secretary of State, I too doubt whether on sight of the report the requesting states would in reality be able to make representations seriously challenging the cogency of its conclusions. I recognise too that some additional loss of confidentiality and privacy would be involved in any further disclosure of the report and that Senator Pinochet remains an unconvicted accused who himself has rights which must be protected. It is also true that under the scheme of extradition contemplated by the European Convention and the 1989 Act there is no right in the requesting state, let alone anyone else, to participate fully in decisions taken by the executive of the requested state in the exercise of its wide discretion. As Mr Stadlen observes:

"In no previous case of which I am aware has the Secretary of State announced a provisional decision publicly and invited representations from the parties. Representations were invited on this occasion from those who had participated in the hearings in the House of Lords and made representations on the two occasions when the Secretary of State was considering the issue of Authorities to Proceed. This reflected the exceptional public controversy surrounding the Pinochet case, and a genuine belief that human rights organisations with special expertise of international human rights law and practice might have something to say in those areas which

would be of value in the decision-making process."

The Secretary of State plainly cannot be faulted in the care he took to commission as expert and authoritative a medical report as possible, nor in the range of those whom he later chose to consult. He is, indeed, much to be commended in these regards. Mr Sumption makes the further telling point that never previously has a requesting state (or anyone else) sought to challenge a decision of the Secretary of State favourable to the accused. Rather such decisions have hitherto been accepted with good grace. It is, he submits, of some significance that Spain is not amongst those challenging the present decision. These are, I repeat, powerful arguments.

Yet despite them all I find myself driven to conclude that this report really ought to be disclosed to the requesting states. The decision which the Secretary of State is "minded to" take is, it need hardly be emphasised, one of very great moment. Its consequence would be that Senator Pinochet, accused though he is of the most terrible crimes, would be effectively untriable anywhere in the world. He would not be extradited to Spain. No more would he be extradited to any of the other three requesting states. Although theoretically the Solicitor General and DPP would need to reach an independent decision on whether to prosecute him here under Article 7 of the Torture Convention, the inescapable logic of the Secretary of State's position is that they too would inevitably find Senator Pinochet unfit for trial. Whilst, of course, the Chilean authorities would not themselves be bound by the Secretary of State's conclusion, Senator Pinochet would presumably pray it in aid with compelling effect in any proceedings brought against him there. If ever there were a case in which the integrity of the international criminal justice system needed to be demonstrated, a case calling for the highest standards of fairness and transparency, this is it. It is simply not satisfactory that this all-important medical report should be seen only by four office-holders within a single state.

Much would be gained by the limited further disclosure now sought; comparatively little lost. The gains would be first and foremost that the requesting states would have the opportunity to comment - and just might have something constructive to say - about the report's conclusions. Second, justice would be seen to be done. Third, minds would be set at rest. If, as the Secretary of State clearly supposes, those who see the report are almost certain to endorse his conclusion upon it, that very endorsement might be expected to reassure the wider world. More than mere courtesy (or "good public relations" as Mr Sumption came to call it) would be achieved: a uniquely controversial case would have been decided according to the fairest possible procedures. And what would be lost? Little in the way of delay, even at this late stage. As we indicated during the hearing, the Secretary of State would need to allow the requesting states no more than perhaps seven days following sight of the report to make their final comments upon it. It would then be for him alone (aided by such further advice as he chose to take) to evaluate these responses and reach his final decision. There is no question of embarking on "a lengthy and elaborate trial" of the kind rightly held inappropriate in ex parte McGuire. Nor will the order proposed here represent a charter for disappointed prosecutors or victims in future; it is difficult to imagine another case combining so many extraordinary features as this one.

As for the additional loss of confidence involved in further disclosure of the report, this seems to me in the particular context both limited and predictable. Its limited nature is surely obvious. The report's conclusions have already been publicly announced. What remains to be disclosed are the factual findings underlying them and these will be seen only by the requesting states and

under conditions of strict confidence. Why I describe this additional loss of confidence as predictable is because the issue to which the report goes - the accused's fitness for trial - is ordinarily one for resolution within the judicial process. Under domestic law the question of fitness to plead is one for a jury, that of general fitness to stand trial (at any rate once proceedings have started) one for the judge. And, as I understand it, in all the other states party to the European Convention on Extradition the present issue would fall to be resolved by the courts rather than the executive. Indeed, were Senator Pinochet to rely on his medical condition in the course of his pending habeas corpus application under s.11 of the 1989 Act (the terms of which precisely mirror those of s.12), the report then would clearly have to be disclosed at least to Spain.

I recognise, of course, that initially it was Chile who put Senator Pinochet's medical condition in issue and that it was at least partly for this reason that the express assurance of confidentiality was given. Once, however, Senator Pinochet lent himself to what is essentially an application for discharge on the ground of unfitness to stand trial - as to my mind he did by submitting to medical examination - and once one discounts the express assurance of confidentiality - as for the reasons already given one must - these factors cannot in my judgment outweigh the demands of fairness and transparency in the decision-making process.

What, then, of the respondents' reliance on Article 8 of ECHR to protect Senator Pinochet's privacy? In my judgment it is misplaced. Accepting entirely, as I do, "that the protection of ... medical data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life" (see MS v Sweden (1999) 28 EHRR 313, 338), I nevertheless conclude that the limited further disclosure proposed here would be both "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society ... for the prevention of discorder or crime". I have already described the proposed disclosure as predictable and to my mind Senator Pinochet could properly have foreseen that it would be required by the common law in the interests of a fair and just procedure. "The prevention of disorder or crime" extends to the prosecution or extradition of alleged offenders and again it seems to me that the limited further interference with Senator Pinochet's rights proposed here is proportionate to the pressing social need for such a process to apply fairly to all concerned and not merely the accused himself. Even, therefore, were the Human Rights Act 1998 already in full force, I would not regard the proposed order as involving any violation of Senator Pinochet's Article 8 rights.

It follows from all this that on the central issue arising on this challenge I would hold that fairness demands that the report now be disclosed to the four requesting states and that they be given a brief opportunity to comment upon it. I reject the Secretary of State's argument that this can be dispensed with as "pointless," and I reject too his and Senator Pinochet's contention that the loss of confidentiality and privacy involved is disproportionate to the advantages this will bring. In the result, the Secretary of State is not merely entitled to make disclosure; he is obliged to do so. The governing interest is the public interest in operating a procedure which would be perceived and accepted by the great majority to be fair. That is the imperative and in my judgment it outweighs any contrary private interest. That, therefore, is the order I would make.

I should perhaps add this. I regard the challenge advanced by these particular applicants as neither weaker nor stronger than any challenge which Spain itself might have brought. Not weaker because, once their standing is accepted, the court must rule on the issue raised - the

fairness and thus the legality of the procedure impugned - no less than were Spain the applicant. Not stronger because I find no substance in any of the party-specific arguments raised by each applicant. I reject Mr Pleming's contention that Belgium must be regarded as "some other public body" (within Lord Bingham's formulation in ex parte Thorpe) which now needs to see the report "to perform its public duty", namely to decide whether or not to pursue its own extradition request. That seems to me entirely artifical and contrived. But, of course, the submission is an unnecessary one given that ex parte Thorpe cannot in any event avail the Secretary of State once the court holds, as I would, the further disclosure to be "necessary for [the] performance of [his] public duty." Nor do I find Mr Drabble's reliance on Article 6 of ECHR any more convincing than did Maurice Kay J on the initial application. The argument in essence is that a number of torture victims represented by Justicia propose to bring civil claims in Spain which would be dependent upon the successful prosecution there of Senator Pinochet, and that this prospect ought not to be curtailed by the Secretary of State's proposed decision without the process being attended by greater procedural safeguards than have thus far been afforded. Of course one sympathises deeply with the victims of torture: their concerns that justice in the extradition process be done and be seen to be done is readily understandable. Their civil claims, however, to my mind add nothing to their urgent plea that, if at all possible, Senator Pinochet should stand trial.

Finally this. Much was made by Mr Pleming in argument of the importance in this case of international law obligations and the comity of nations, and true it is that our law is replete with dicta explaining how extradition is founded in concepts of comity and reciprocity. But it is important to recognise the nature of the rules of comity in public international law. They are, said Lord Diplock in Buck v The Attorney General [1965] 1 Ch. 745 at 770, "the accepted rules of mutual conduct as between state and state which each state adopts in relation to other states and expects other states to adopt in relation to each other". Or, as Donaldson LJ put it in Buttes Gas and Oil Company v Hammer [1981] QB 223 at 256: "do as you would be done by".

I do not believe that comity in the present context requires more of the Secretary of State than that he acts with the conspicuous fairness to the requesting states which disclosure of the report to them would represent. And this too should be added. Comity, like fairness, is a two-way street. Both Belgium and Amnesty have clearly stated that they would support the Secretary of State's decision if only they could be satisfied that Senator Pinochet is indeed shown by the report to be permanently unfit to stand trial. The requesting states, one must hope and expect, will not lightly dissent from the Secretary of State's conclusion. They will wish to be scrupulous to ensure that any critique they make of the report is itself fair. They too must do as they would be done by.

That, however, is but a footnote. For the reasons given earlier, this application succeeds.

Mr Justice Latham:

This application raises novel and difficult issues as to the functions and duties of the Secretary of State in a case which has already resulted in substantial legal and political controversy. I agree with Simon Brown LJ that the issue before us can be reduced to the single question: did fairness, in the context of these extradition proceedings, require the Secretary of State to disclose the contents of the medical reports to the requesting states? The Secretary of State has consistently argued that the obligation upon him, when considering whether or not to exercise the

discretionary power under Section 12 of the Extradition Act 1989 not to order Senator Pinochet's return to Spain, required him to do no more than fully inform himself of all relevant material, and come to a rational decision in the light of that material. He accepts a limited duty to consult those from whom he invited representations as to what consequences should follow from his conclusion that Senator Pinochet is unfit to stand trial. He also accepts that he would be bound to take into account any relevant representations made by any person, organisation, or country, and in particular the requesting states, who, although not expressed to be consultees, nonetheless clearly had the opportunity to make representations. He asserts that no useful purpose would be served by consulting in relation to the medical reports, as to which he has already reached a clear and unequivocal conclusion, supported by the Chief Medical Officer. Further medical opinions he says would either be of no value, as any doctor seeking to give such an opinion could not examine Senator Pinochet himself, or be of little value. It follows that there is no significant prospect of consultation in relation to the medical reports producing any material of value in the decision that he has to make. It follows, he says, that there is no public interest which could justify the clear breach of confidence which would be entailed in disclosing the medical reports.

The Human Rights organisations, and Belgium, have all now narrowed their argument to the proposition that the requesting states have an interest in the decision which is sufficient to entitle them to be consulted as a matter of fairness, and that proper consultation necessarily involves disclosure of the medical reports. They say that the Secretary of State has misdirected himself if he considers that no useful purpose could be served by such disclosure. It is said that useful comment could be made, inter alia, about whether or not the clinical examination and tests were appropriate and did support the medical opinions expressed, and whether or not the medical opinions supported the Secretary of State's conclusion. It is pointed out that the Secretary of State himself considered that it was appropriate, strictly in breach of the assurance of confidentiality, to obtain the opinion of the Chief Medical Officer. The consultation offered is so restricted as to be meaningless. The result would be that the Secretary of State could come to a conclusion which would have the consequences described by Simon Brown LJ on the ipse dixit of the Secretary of State without any opportunity for anyone, including the Court, to comment on the extent to which the conclusion the Secretary of State has reached as to Senator Pinochet's condition is indeed justified by the medical reports.

Those are the battle lines drawn by the protagonists on what I conceive to be the central issue. I agree with Simon Brown LJ that the discrete point taken by the Human Rights organisations based upon Article 6 of the European Convention of Human Rights has no merit. Whilst the interests of victims are capable of being a consideration relevant to the exercise of the Secretary of State's discretion, a refusal to order Senator Pinochet's return in no way interferes with the rights of those victims in the United Kingdom nor does it preclude them from bringing civil proceedings wherever they wish to do so. Equally, for the reasons that he has given, it seems to me that the arguments which have been addressed to us arising out of the assurances given to Senator Pinochet are of subsidiary relevance. The assurance was inevitably subject to any overriding considerations of public interest. Clearly Article 8 is relevant in this context; but, as Simon Brown LJ has explained, does not at the end of the day add anything in this context to domestic law.

Having formulated the essential question in the way I have, I do not intend to dissent in any way

from the proposition of the Secretary of State that the exercise that he is engaged in is the exercise of a discretionary power, in which his fundamental obligation is to take reasonable steps to inform himself of all relevant material and come to a rational conclusion on that material. Fairness will necessarily be part of the process wherever the exercise of the discretion is capable of affecting the interests of a person or body to the detriment of that person or body. But that general statement of principle is in one sense no help. The Secretary of State has, by implication even if not expressly, accepted a duty to act fairly in the sense that he considers that it is appropriate for him to obtain representations in relation to the course of action that he should adopt in the light of his conclusions. The concept of fairness underpins the duty to consult. It is the rationale of any express duty to consult, and the justification for any implied duty, whether expressed as arising from a legitimate expectation, or otherwise. The difficulty is in deciding how the concept of fairness can be met in any given case.

In R v Home Secretary ex p Doody [1994] 1AC 531 at page 560 Lord Mustill set out a number of factors which have to be borne in mind. In particular he said:

"(3) The principles of fairness are not to be applied by rote identically in every situation. What fairness demands is dependent on the context of the decision, and this is to be taken into account in all its aspects.

(4) An essential feature of the context is the statute which creates the discretion, as regards both its language and the shape of the legal and administrative system within in which the decision is taken.

(5) Fairness will very often require that a person who may be adversely affected by the decision will have an opportunity to make representations on his own behalf either before the decision is taken with a view to producing a favourable result; or after it is taken, with a view to procuring its modification; or both.

(6) Since the person affected usually cannot make worthwhile representations without knowing what factors may weigh against his interests of fairness will very often require that he is informed of the gist of the case which he has to answer.....

..... the respondents acknowledge that it is not enough for them to persuade the Court that some procedure other than the one adopted by the decision maker would be far better or more fair. Rather they must show that the procedure is actually unfair. The Court must constantly bear in mind that it is to the decision maker, not the Court, that parliament has entrusted not only the making of the decision but also the choice as to how the decision is made."

In the present case, the context includes not only domestic legislation, but international treaties, as explained by Simon Brown LJ. There is much to be said for the view which underpins the argument of the Secretary of State, that the requesting state has only a limited role once the requested state has accepted that extradition procedures are appropriate in relation to the accused in question. Clearly, at the time that it is making the request, it has the task of setting out sufficient material to persuade the Secretary of State to give his authority to proceed. But thereafter, apart from the opportunity to respond to a request for further information, neither the European Convention on Extradition Order 1990 nor the Extradition Act 1989 envisage a

separate role for the requesting state beyond that required for the judicial process of determining whether the requirements of the Act have been satisfied so as to justify the return of the accused.

In support of their argument that the requesting state does have a role in any discretionary decisions which may fall to be made, the Human Rights organisations and Belgium rely on the international obligation of comity which, it is said, requires a requested state to consult a requesting state if a discretionary decision to refuse to order return is contemplated. I have considerable difficulty with this argument. If a settled practice could be identified by which nations did consult in such circumstances, then that might have provided some basis for the argument that comity, as a distinct principle, had some application to this type of situation. In the absence of any evidence of such practice, I cannot see how the concept of comity advances the case any more than the general principle of fairness does. Either a requesting state has, in the context of the treaties and legislation a sufficient interest in a particular decision to justify the conclusion that a failure to consult will amount to unfairness, or it does not.

For my part, I have little difficulty in accepting the proposition that the requesting state does have a sufficient interest in a decision as to whether or not, in the exercise of discretion, the Secretary of State should decline to order return to justify imposing upon him the obligation to act fairly towards the requesting state. In truth, I do not believe that the Secretary of State would seek to argue the contrary. The real question is whether or not in choosing to invite representations on the limited basis that he did, he in fact acted fairly. The Secretary of State submits that he did; he did not consider that any purpose would be served by offering consultation in relation to the medical reports, as the results of that consultation could not realistically be expected to have provided any useful material for the purposes of the exercise of his statutory functions. The cases of R v Joint Higher Committee on Surgical Training ex parte Milner [1994] 7 Admin CR 56 and R v The Chief Constable of the Thames Valley Police ex parte Cotton [1990] I RLR 344 are authority for the proposition, it is said, that where no purpose could be served by giving an opportunity to comment on or make representations about matters to be taken into account by the Secretary of State, no unfairness results if such representations were bound to be of no effect. Assuming for the moment that those cases are authority for that proposition, this argument, in my judgment, brings into useful focus the fact that the approach of both the Secretary of State, and the Human Rights organisations and Belgium essentially point in the same direction. As I see it, the Secretary of State accepts that were consultation appropriate, it must be the sort of consultation described by Webster J in R v Secretary of State for Social Services ex parte Association of Metropolitan Authorities [1986] 1WLR 1. And, as I understand it, he accepts that if representations resulting from such consultation are capable of producing material which might have a significant effect on the exercise of his statutory function, then, in relation to a person who in fairness he should consult, he is under an obligation to do so effectively. It follows that if, on the one hand, fairness to the interests of the requesting states points to the need for consultation, and, on the other, consultation in relation to the content of the medical report could produce material capable of affecting the Secretary of State's decision, then disclosure of the reports would be necessary in order to meet the obligation of fairness.

In my judgment the argument that no useful representations could be made about the content of the medical reports is untenable. The Secretary of State himself considered that the views of the Chief Medical Officer were at the very least relevant. Other informed representations may produce useful information, opinion or argument to help the Secretary of State to decide whether

the medical examinations were sufficient and appropriate, and whether the conclusions are justified, and are a secure basis upon which to determine that Senator Pinochet is unfit to stand trial. Confirmation of his present view could be as helpful as criticism. To deny the requesting states the opportunity to make such representations is in my judgment unfair in the sense that effective consultation has been denied to them.

There is therefore a sufficiently clear public interest in their disclosure, but only to requesting states, to justify overriding Senator Pinochet's right to confidentiality. That confidence has, in any event, been compromised by disclosure to the Chief Medical Officer, and by the very nature of the Secretary of State's public statement as to his present intentions. Limited disclosure to one or more of the requesting states on appropriate terms would not, in my judgment, breach the domestic law of confidence, nor Article 8 of the European Convention on Human Rights which recognises the public interest, in particular in relation to the prevention of crime, which is a wide enough interest to encompass decisions such as this taken in the course of criminal proceedings.

Mr Justice Dyson:

These applications are but the latest in a long series of legal proceedings that have been generated by the detention of Senator Pinochet in this country, and the subsequent attempts to have him extradited. Two features of this case are particularly relevant to the applications. First, and overwhelmingly, the charges are of the utmost gravity. They have attracted strong and emotional responses worldwide. We were told that the Secretary of State has received 47,000 representations as to how he should exercise his powers under section 12 of the Extradition Act 1989. The alleged crimes offend against the laws of all nations. Torture is a "peremptory norm" of international law, which may be punished by any state, because "the offenders are "common enemies" of mankind, and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution": per Lord Browne-Wilkinson in R v Secretary of State for Home Affairs ex parte Pinochet Ugarte (No 3) [1999] 2 WLR 827, 841B. No doubt, that is why the Secretary of State took the course, never previously taken, of inviting a number of human rights organisations to make representations to him. As Mr Stadlen puts it, this reflected the exceptional public controversy surrounding the Pinochet case. There has been no previous case in which a requesting state (or anyone else) has sought to challenge a decision by the Secretary of State that is favourable to the accused. That is as good an indicator as any of the uniqueness of this case.

Secondly, the Secretary of State has been advised that Senator Pinochet is at present unfit for trial, and that no improvement in his condition can be expected. If the Secretary of State had been of the opinion that Senator Pinochet's condition was treatable, he would almost certainly have disclosed the medical report to the Spanish authorities. This is because he would have wanted to know whether the facilities for treating Senator Pinochet's condition were available in Spain before deciding whether to extradite him.

The short question raised by these applications is whether the Secretary of State has acted unlawfully in refusing to disclose the medical report without the consent of Senator Pinochet. The applicants contend that fairness requires disclosure; the Secretary of State and Senator Pinochet say that it does not. That is the stark issue that falls to be determined.

In my view, the starting point is that the Secretary of State did decide to invite representations before making his decision. That may have been an unusual course to adopt, but that is what he did. Spain and the human rights organisations were expressly invited to make representations. By writing in the terms that he did to the other requesting states, it seems to me that he impliedly invited representations from them too. It is submitted on behalf of the Secretary of State that the invitation did not extend to making comment on the medical opinion that had been reached. It is said that all that was being offered was the opportunity to provide information that the Secretary of State might take into account in exercising his discretion under section 12 of the 1989 Act. Mr Stadlen says that he did not "envisage" that representations would include criticisms of the medical examination. But it seems to me that the Secretary of State was asking for representations quite generally.There was nothing in the letters of 11 January to indicate that the representations could not include expressions of opinion, or that they could not express an opinion on the medical issue. In fact, the principal purpose of the letters was not to elicit factual information, but to seek the views of those consulted, so that they could be taken into account by the Secretary of State when he made his decision whether or not to extradite.

Since the human rights organisations no longer seek disclosure of the medical report to themselves, and are content with disclosure to the requesting states, I shall give no further separate consideration to their position. It is said that there is nothing in the terms of the European Convention on Extradition or the 1989 Act itself to indicate that the requesting state is intended to have any role in the decision making process. That is unquestionably correct. But the requesting state is not an intermeddling busybody: it has a vital interest in the outcome of the extradition proceedings which it has initiated. It is not necessary in this case to consider in what circumstances (apart from seeking information to enable him to perform his section 12 function properly) it is necessary for the Secretary of State to consult a requesting state. The fact is that they were consulted.

Mr Sumption QC seeks to justify the refusal by the Secretary of State to disclose the medical report by submitting that the main primary facts about Senator Pinochet's condition are a matter of direct clinical observation, and cannot be challenged by those who have not observed him. The rest is a matter of professional opinion based on those facts. The number and eminence of the clinicians, and the fact that their report has been reviewed by the Chief Medical Officer must make the possibility that the report contains some patent vitiating error "speculative and remote". The Secretary of State has made no secret of the fact that he would have preferred to disclose the report, but he has felt constrained to withold disclosure out of respect for the confidentiality of its contents. In his view, the interest in preserving that confidentiality outweighs any public interest in disclosure, principally because he considers that it is extremely unlikely that those whose representations he has sought would be able to make any meaningful criticisms of the report. It follows that, if the Secretary of State had considered that there was any reasonable prospect that those who have been consulted could make any material comments about the report, he would have disclosed it.

It is common ground that the Secretary of State was required as a matter of law to carry out the consultation exercise fairly. As Lord Mustill said in R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody [1994] 1 AC 1 531, 560E:

"(3) The principles of fairness are not to be applied by rote identically in

every situation. What fairness demands is dependent on the context of the decision, and this is to be taken into account in all its aspects. (4) An essential feature of the context is the statute which creates the discretion...(5) Fairness

will very often require that a person who is adversely affected by the decision

will have an opportunity to make representations on his own behalf either before the decision is taken with a view to producing a favourable result; or after it is taken with a view to procuring its modification."

The issue is not whether there was a duty to act fairly, but as to the content of that duty: did it require the disclosure of the report? It will therefore be seen that the issue is very narrow.

Nor is it in dispute that what fairness requires is a question of law for the court to determine. The issue is not one for the discretion of the Secretary of State: see R v Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Guiness Plc [1990] 1QB 146. It was made clear by the Court of Appeal in that case that, in judging fairness, the court should accept the decision maker's view of the facts, unless (per Lord Donaldson at page 178H) that view is unreasonable in the Wednesbury sense. Moreover, it seems (at any rate where the decision is that of a judicial or quasi-judicial body), the court will give great weight to the decision maker's view of what is fair, especially where (as in that case) the decision was that of a distinguished and experienced tribunal (per Lloyd LJ at page 184D). But as Lloyd LJ said, however, "in the last resort the court is the arbiter of what is fair" (184E).

In the present case, the decision not to disclose the report did not depend on a controversial view of the facts. It is obvious that, even with sight of the report, the requesting states would be unlikely to be able to make meaningful and telling criticisms of its contents. The points made by the Secretary of State are powerful. The clinicians are renowned. Their report has been considered by the Chief Medical Officer. The requesting states will not be able to conduct their own examinations. None of this is in doubt. The issue is whether, on those facts, it is nevertheless unfair to withold the report. The resolution of that issue does not depend on a rejection of the Secretary of State's view of the facts.

Nor do I consider that any particular weight should be given to the Secretary of State's view of what fairness requires in the particular circumstances of this case. This is not analogous to a case (such as Guinness), where the fairness of the tribunal's procedures for holding an inquiry is in issue. As Lloyd LJ pointed out (185E), the tribunal had great experience of City affairs, and was well equipped to decide what was fair by City standards. The present case is concerned with an exercise of executive discretion in circumstances quite unlike any which have previously occurred. The Secretary of State had no relevant previous experience on which to draw. He was in a very difficult position, and no better able than the court to decide whether fairness demanded that he disclose the report.

In my view, therefore, it is for this court, untrammelled by the views of the Secretary of State, to decide whether in the interests of fairness he should have disclosed the report. Mr Sumption (as did Maurice Kay J) places considerable reliance on the decision in R v Joint Higher Committee

on Surgical Training ex parte Milner [1994] 7 Admin LR 56 for the proposition that effective and fair consultation does not require the disclosure of information of a kind that is not "amenable to any significant challenge or any challenge that would have made any difference to the outcome" (page 469D). That was a case which concerned the witholding of confidential references by the applicant's tutors as to his suitability to become an accredited specialist surgeon. The references were placed before Ognall J. He held that they were essentially expressions of opinion by the applicant's trainers as to his "overall aptitude" for plastic surgery. The judge said that the decisions did not depend on any disputed questions of fact or questions of fact which might have been amenable to serious dispute.

Another authority cited to us was R v The Chief Constable of the Thames Valley Police, ex parte Cotton [1990] IRLR 344. In that case, the applicant's employment was terminated for obesity. In deciding to terminate the applicant's employment, the Chief Constable took into account a report by the chief medical adviser. The applicant challenged the decision on the grounds of a breach of natural justice, since the report had not been disclosed to him. It was held by the Court of Appeal that the failure to disclose the report was not unfair. The applicant knew from the outset that his weight was regarded by his employers as a crucial issue. He made all the representations on that topic that he could have made, and the disclosure of the report would have made no difference to what he would or could have said.

In my view, the present case can be distinguished from both of these authorities. A conclusion by doctors that a person is unable to follow legal proceedings and to give a coherent statement of his case comprises both fact and opinion. The doctors must decide what tests and what form of examination to conduct. This involves an exercise of judgment (opinion) as to what is appropriate in the circumstances. They must make their observations. This involves making findings of fact, but ones where there may well be a significant component of judgment. Finally, on those findings they must reach their conclusions as to the nature and extent of the medical problem, and its likely duration. This is essentially a question of opinion.

The medical examination of Senator Pinochet took place over a period of 6 hours. It is clear that the assessment of his medical condition was a complex matter. It was described by the Chief Medical Officer as "extremely thorough", and their report was said by him to be "comprehensive". Such a report is not analogous to the report by the applicant's tutors in Milner that he did not have the aptitude of a plastic surgeon. Ognall J treated that conclusion as an expression of pure opinion, and not one based on disputed fact which was not amenable to challenge. In the present case, it is impossible to know whether the conclusions expressed in the medical report are based on undisputed fact. More importantly, it is impossible to know whether the opinion component of the exercise can reasonably be challenged without sight of the report. Without knowing what tests were carried out, and what observations were made, how can one say whether the overall conclusion is amenable to challenge?

Ex parte Cotton was quite different because there the court was satisfied that, even if the report had been disclosed to the applicant, it would have made no difference. At paragraph 60, Bingham LJ gave a number of reasons why what Sir William Wade called "the dubious doctrine that a hearing would make no difference" would apply only rarely. These included the fact that, as was memorably put by Megarry J in John v Rees [1970] Ch 345, 402, experience shows that that which is confidently expected is by no means always that which happens.

In the present case, it is impossible to say that the production of the report would make no difference to the representations that the requesting states could and would make. That is conceded by Mr Sumption. His point is that the possibility that disclosure of the report would make a difference is so remote that it can safely be ignored. But by denying them sight of the report, the Secretary of State has denied the requesting states the opportunity of expressing a view, for example, as to (a) the adequacy of the tests conducted and observations made by the doctors, and (b) the validity of the analysis of the results of those tests. In my view, it is a fair point to make that the Secretary of State saw fit (in breach of his undertaking to Senator Pinochet) to reveal the report to the Chief Medical Officer. It is said on behalf of the Secretary of State that there is no realistic possibility that the requesting states will be able to challenge, or raise any material doubts about, the report without conducting a medical examination of Senator Pinochet. If that is so, it does prompt the question: why was the Chief Medical Officer asked for his opinion? Either a consideration of the report without a medical examination is a meaningful exercise or it is not. Presumably, it was thought to be worthwhile to ask the Chief Medical Officer to review the report. It is difficult to see why it has now become a pointless exercise.

When deciding what fairness demands, it is necessary to have regard to the whole context in which the decision under section 12 is to be taken. In my view, fairness requires disclosure in this case for the following reasons. First, the enormity of the alleged crimes. Were it not for that feature, it is clear that the Secretary of State would not have consulted the requesting states or the human rights organisations. Secondly, if the Secretary of State does not extradite Senator Pinochet to one of the requesting states, he will be returned to Chile, and it is likely that he will never be tried for these alleged crimes anywhere. In view of the gravity of the charges, that is a startling result of the exercise of ministerial discretion. It simply serves to underline the monumental importance of the decision that the Secretary of State is poised to make. No doubt that is why he would prefer to disclose the report. Thirdly, the scope of the disclosure now sought is very limited indeed. It is that there should be disclosure to the four requesting states alone, but only on terms that they agree to receive them on terms of confidentiality. The details of these terms would have to be worked out, since the requesting states would clearly need to be at liberty to disclose the report to independent doctors of the relevant disciplines. Fourthly, when one assesses the impact of the proposed limited disclosure, it should also be borne in mind that there has already been the widest possible dissemination of the basic conclusions of the medical report. The whole world already knows that the gist of the report is that Senator Pinochet is unfit to stand trial, because he would not be able to follow the proceedings, give intelligible instructions to those representing him at trial, or give a coherent statement of his case. All of that emerges clearly enough from the answers given by the Secretary of State to questions in Parliament on 12 January 2000. The additional disclosure to a very limited class of persons needs, therefore, to be put into its true perspective. Finally, in my view, it is simply not possible to assess how likely it is that, following disclosure of the report, the requesting states would be able to make representations on the medical issue that they would not otherwise be able to make, representations which might influence the decision that the Secretary of State has to make.

In my judgment, the cumulative effect of these considerations is that fairness requires disclosure of the report to the limited extent that I have indicated. In reaching this conclusion, I have not overlooked the fact that, as a matter of common law, there was a public interest in maintaining the duty of confidence owed to Senator Pinochet in respect of the contents of the report. But there

was a competing public interest in disclosure to the extent that this was necessary to enable the Secretary of State to carry out the consultation exercise fairly, and thereby to discharge his functions under section 12 of the 1989 Act properly. It is for the court to decide how this balance should be struck. I have no doubt that, for the reasons already given, the balance comes down in favour of the limited disclosure that is requested by the applicants in this case.

Mr Sumption and Mr Clive Nicholls QC both submitted that disclosure would infringe Senator Pinochet's right to respect for his private life under Article 8(1) of the European Convention on Human Rights. But it seems to me that the limited disclosure proposed would, in the exceptional circumstances of this case, satisfy the requirements of Article 8(2), ie interference "in accordance with the law and necessary in a democratic society.....for the prevention of crime and disorder". The balancing exercise to which I have referred has to be conducted as a matter of the English common law, and that is sufficient to satisfy the requirement of "in accordance with the law". I accept the submission of Mr Pleming QC that the proposed limited publication to the prosecuting authorities of the requesting states is not different in kind from the publication that will be made to the Solicitor General and the DPP, if the Secretary of State decides to make no order under section 12. The "prevention of crime" includes the prosecution of crime. Mr Sumption concedes this, but submits that it applies to disclosure to prosecuting authorities in requesting states only after extradition has taken place. I do not see why such a narrow approach should be adopted. It seems to me that it is sufficient that proceedings should have begun in the requesting state, and that a request for extradition should have been made. In my view, the limited proposed disclosure is a proportionate interference with Senator Pinochet's Article 8(1) rights.

For all these reasons, I would allow these applications for disclosure of the report to the requesting states. The precise terms will have to be the subject of agreement or further argument.

- - - - - - - - - - - - -

MR SUMPTION: My Lords, the Secretary of State requires copies of the medical report and certain other associated material to the four requesting states in the course of this afternoon. I will deal with the question of terms in a moment if I may. He will not make a decision until he has received and studied any observations which the four requesting states choose to make or the time deadline has expired. It is proposed that the requesting states will have seven days in which to make their observations. That time will expire at 5 pm on 22nd February, next Tuesday. It is expected that a decision one way or the other will probably be made shortly after that time.

My Lords, as far as terms are concerned, we do not see that much discussion on terms is required. The course that we propose to adopt, subject obviously to contrary directions from your Lordships, is simply to inform the requesting states in accordance with your Lordships' decision that this material is being supplied to them on terms of strict confidence, to make it clear that that is not intended to prevent them from taking appropriate expert medical advice on its implications, but otherwise we would take it for granted that having made that position clear to the requesting states that they would adhere to that without any need for them to come back to us and say so in terms.

My Lord, that deals with the question what, as we see it, will happen next. So far as the form of order is concerned, subject again to your Lordships views on this, my learned friend Mr Pleming

and I are, I think, agreed that it is appropriate that your Lordships should make a declaration, and the declaration that I proposed, and that I think Mr Pleming accepts, is that the Secretary of State is bound, before making any decision under section 12 of the Act, on the basis of the medical report of 6th January to disclose a copy of that report in confidence to Spain, Belgium, France and Switzerland.

Now, my Lords, that leaves, as far as relief is concerned, the specific claim for relief which is made by Belgium in their Form 86A, which is of course, as your Lordships pointed out, more extensive than what your Lordships have ordered. What I would invite your Lordships to do is having made the declaration that I have indicated, to refuse the relief claimed so far as it extends beyond requiring delivery of a copy of the medical report.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Why cannot we simply grant the application to the extent that he made a declaration in the terms you have indicated?

MR SUMPTION: My Lord, that would effectively amount to the same thing, and might be a more elegant way of doing it.

My Lords, unless there is any other matter your Lordships wish me to deal with, those are the only ones that I have to make.

MR PLEMING: My Lord, on behalf of the Kingdom of Belgium the declaration as suggested would be satisfactory to my client. Again, so there be no doubt, and I have discussed this with Mr Sumption, the disclosure to Belgium will also include some disclosure to the investigating judge, Mr Van der Mish(?), and that is understood between us.

My Lord, there is only one other --

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Mr Sumption, is there any problem on that?

MR SUMPTION: None at all. The covering letter which we propose to send will refer to the authorities of the requesting state. We take it for granted that that means the administrative authorities concerned with extradition and the magistrates responsible for the case. So, for instance, it will also include Judge Garzon(?) in Spain.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Thank you very much.

MR PLEMING: My Lord, would you then allow the application for judicial review with costs? That would then only leave various small suggested typographical corrections to your Lordships' judgment. If you wish to receive those in open court we can give you a list of them. Otherwise we will --

LORD JUSTICE SIMON BROWN: This are purely typographical. Perhaps the shorthand writer may take them off you.

MR DRABBLE: My Lord, on the same basis I ask for the declaration to be made on my application for judicial review, and I also ask for costs, including the costs of the proceedings in

front of Maurice Kay J.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: What, as a matter of interest, was the order for costs before --

MR DRABBLE: There was no order for costs.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Mr Nicholls, have you any submission on any aspect of all this, not least the relief? Are you happy with the form of declaration?

MR NICHOLLS: My Lord, I am, yes.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Thank you very much.

MR NICHOLLS: My Lord, obviously we are concerned about the confidentiality, but, my Lord, in the terms in which it has been expressed, we accept that it is as such.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Thank you very much.

Mr Sumption, costs.

MR SUMPTION: My Lord, my instructions are not to resist an order for costs from either Belgium or Amnesty, so I do not do so.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: You are ready to pay both sets of costs?

MR SUMPTION: Yes, my Lord, those are my instructions.

LORD JUSTICE SIMON BROWN: Thank you very much.

Any there other applications at the Bar in relation to this matter? We have the habeas listed for further directions.

Very well. Then we grant the application to the extent of making the declaration in the terms agreed, and we order Secretary of State to pay the costs of both applicants Belgium and Amnesty.

Doc. num. 13

CIRDI ARB/98/2 Victor Pey Casado et Fondation Espagnole Président Allende

c/ République du Chili

Pièce C-M00

Brève synthèse raisonnée de la méthode mise en œuvre par la représentation du Chili afin de faire échec à l'arbitrage: placer le Tribunal sous influence, prolonger la procédure et maximiser les coûts.

> Article 706 du Code civil chilien[1]: « *La bonne foi est la conscience [que l'on a] d'avoir acquis la pleine propriété de la chose par des moyens légitimes, exemptés de fraude et de tout autre vice. (...) l'erreur en matière de droit constitue une présomption de mauvaise foi, qui n'admet pas de preuve en sens contraire».*

1. Bien que la Requête ait été déposée **le 7 novembre1997**, celle-ci ne fut enregistrée par le Secrétariat Général du CIRDI que **le 20 avril 1998**, la représentation de la République du Chili usant de toute son influence pour que la Requête ne soit pas enregistrée et ensuite pour placer sous son contrôle le Tribunal arbitral.

2. **Le 18 mars 1998 la** représentation de l'Etat chilien, au mépris du devoir d'abstention que lui imposait l'art. 36 (3) de la Convention de Washington, a exigé par écrit du Secrétaire Général qu'il refuse l'enregistrement de la Requête, pour incompétence, relativement à l'investisseur[2]. Il prétendait que M. Pey avait été le «*Secrétaire du Président de la République, Dr. Salvador Allende*". Cette amorce n`a pas résisté au début du débat contradictoire[3], M. Pey ayant toujours été un homme d`affaires qui n`a jamais exercé quelque fonction politique que ce fût au Chili.

3. **Le 2 février 1999**, lors de l'acte de constitution du Tribunal, le représentant de la République du Chili a reconnu qu'**antérieurement au 20 avril 1998** (date de l`enregistrement de la Requête), le Ministre de l'Economie du Chili s'était déplacé au CIRDI afin d'insister personnellement pour que la **Requête** introduite le 7 novembre 1997 ne soit pas enregistrée, commettant ainsi une nouvelle infraction au devoir d'abstention qu'à ce stade de la procédure lui imposait encore l'art. 36(3) de la Convention de Washington.[4]

4. **Le 5 mai 1998** la représentation de la République du Chili a enfreint l'art. 41 de la Convention et a exigé du Secrétaire Général l'annulation de l'enregistrement de la Requête tant eu égard à des considérations relatives à l'investisseur que relativement à la Fondation espagnole; et a annoncé qu'au cas où l'enregistrement de la **Requête** serait maintenue, il demanderait la nullité de toute l'action; il tentait également de faire pression sur le futur Tribunal, en déclarant qu'il demanderait la nullité de la Sentence, si ce dernier se déclarait compétent.[5]

5. **Le 29 juillet 1998** la représentation de la République du Chili a désigné, en qualité d'Arbitre, « *el distinguido jurista mexicano Don Jorge Witker Velásquez*», en passant sous silence qu`il

---

[1] ***Art. 706***. *La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Así en los títulos translaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.*

[2] Pièce C-M01, **Mémoire** du 17 mars 1998, point 4.13.1.1

[3] Le démenti des demanderesses, et la preuve pertinente, ont été immédiatement communiqués au Centre, le 23 mars 1998

[4] Pièce C-M01, **Mémoire** du 17 mars 1998, 4.13.1.1.1

[5] Pièce C-M01, **Mémoire** du 17 mars 1998, p. 4.13.1.2

était chilien *iure soli* et *iure sanguinis*. Dans cette même lettre, la République du Chili proposait comme Président du Tribunal arbitral un ressortissant chilien et tentait ainsi de former un Tribunal arbitral dont la majorité des membres seraient de la nationalité l'Etat contractant, en violation de l'Article 39 de la Convention de Washington.[6]

6. **Le 19 août 1998** la représentation de la République du Chili s'oppose avec succès à la nomination par le Centre du Prof. Albert Jan van den Berg, en qualité de Président du Tribunal arbitral, au motif qu'il est ressortissant d'un pays européen.[7]

7. **Le 12 août 1998** la représentation de la République du Chili dans le présent arbitrage propose aux Autorités du Royaume d'Espagne de s'opposer à la compétence du CIRDI dans l'affaire Pey-Casado au moyen d'une « *interprétation* » des articles 1.1 ; 1.2 ; 2.2 ; 10.1 ; 10.2 et du Préambule de l'Accord entre l'Espagne et le Chili de protection des Investissements (API)[8], textes de pertinence majeure dans ce dossier, tout en affirmant que ces démarches sont sans rapport avec la procédure alors déjà en cours.

8. **Le 14 septembre 1998** le Centre désigne M. Gonzalo Flores, ressortissant Chilien, en qualité de Secrétaire du Tribunal arbitral.[9]

9. Entre **les 29 septembre et 1er octobre 1998**[10], une délégation de la République du Chili, composée des représentants de la République du Chili dans la procédure arbitrale se déplace à Madrid et signe, avec des fonctionnaires espagnols, un accord aux fins d'interprétation de l'API Espagne/Chili relative à la notion d'investisseur afin de permettre au Chili de s'opposer à la compétence du CIRDI dans l'affaire Pey Casado.[11] Ce faisant, la République du Chili viole non seulement la Convention de Washington, mais également l'Article 10.6 de l'API qui dispose : "*les parties contractantes s'abstiendront d'échanger, au travers des canaux diplomatiques, des arguments concernant l'arbitrage ou une action judiciaire déjà entamée jusqu'à ce que les procédures correspondantes aient été conclues*".

10. **Le 16 juin 1999,** à la suite de questions du Parlement, le Gouvernement espagnol déclare devant le Congrès des Députés que le procès-verbal du 1er octobre 1998, signé avec les représentants du Chili concernant l'API n'a aucun effet sur la procédure arbitrale en cours.[12]

11. **Le 18 novembre 1998** la représentation du Chili nomme comme arbitre M. Galo Leoro-Franco, Grand-Croix de l'Ordre Bernardo O'Higgins, la plus haute décoration de la République du Chili[13]

12. **Le 30 novembre 1998** le Ministre chilien de l'Economie, Monsieur Jorge Leiva Lavalle, a adressé une lettre à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI où il attaque le Centre pour avoir enregistré la **Requête d'arbitrage.**[14]

13. **Le 3 décembre 1998** une haute autorité de la République du Chili, le Commandant en Chef de la Marine, lançait une campagne médiatique visant les parties demanderesses (et le Centre),

---

[6] Pièce C-M01, **Mémoire** du 17 mars 1998, p.4.13.1.7
[7] Pièce C-M01, **Mémoire** du 17 mars 1998, p.4.13.1.8
[8] **Pièce C4**, **Réponse** des Demanderesses du 18 septembre 1999, point 1.3.3 et ss
[9] Pièce ND06f, Sentence du 8 mai 2008, para. 9
[10] Pièce ND06f,Sentence du 8 mai 2008, para. 438 et note de bas de page n°360
[11] **Pièce N° 15** du Mémoire d'incompétence de la Défenderesse ; Communication au Centre du 02.08.1999 ; **Pièce C4** (Dossier Administratif du Ministère espagnol des Affaires Extérieures relatif au Procès-verbal du 1er. octobre 1998 suscité par le Chili afin d'interpréter l'Accord bilatéral de 1991 sur la protection des investissements)
[12] **Pièce C6**, Déclaration du Gouvernement espagnol devant le Congrès des Députés, le 16 juin 1999, sur le Procès-verbal du 1er octobre 1998, suscité par la délégation du Chili, et le Traité bilatéral de 1991 entre l'Espagne et le Chili
[13] Voir la lettre de l'agent du Chili adressée au Centre le 18 novembre 1998
[14] Pièce C-M01, Mémoire du 17 mars 1998, p. 4.13.1.10

tentant de les faire apparaître comme menaçant la Sécurité Nationale, la libre disposition des sous-marins SCORPIO, les plus modernes de la Marine de Guerre du Chili.[15]

14. Ce même mois de **décembre 1998**, Maître Testa, conseil externe du Comité des Investissements Etrangers (CIE), représentant de la République du Chili dans la procédure d`arbitrage, déposait son rapport concernant l'affaire Pey Casado, dans lequel il préconisait de faire reconnaitre la propriété des titres de CPP SA à Messieurs Carrasco, Gonzalez, Venegas et Sainte-Marie[16]. Conformément à cette préconisation, le 24 avril 1999, Maître Testa créait la société ASINSA et mettait en œuvre ce plan[17].

15. **Le 2 février 1999** la représentation de la République du Chili a remis en main propre au Tribunal arbitral une copie de la lettre du Ministre chilien de l'Economie, Monsieur Jorge Leiva Lavalle, datée du 30 novembre 1998 et adressée à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI, où après avoir attaqué le Centre pour avoir enregistré la **Requête** l`auteur affirmait : "*nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal*", et menaçait de "***demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)***" au cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulerait pas l'enregistrement de la Requête (Mémoire du 17 mars 1998, p. 4.13.1.11; voir la communication du Centre du 10 février 1999).[18]

16. **Le 27 avril 1999**, la société ASINSA acquiert à une nièce de Monsieur Gonzalez les prétendus droits sur les titres de CPP SA pour un montant équivalent à 4.125 dollars US.[19] Cinquante-deux jours après, la société ASINSA réclame à l'Etat, sur le fondement de ces titres, 982 728 US dollars pour Asinsa. L`identité des bénéficiaires d`Asinsa pour cette opération demeure secrète.[20]

17. **Le 24 juin 1999** les Demanderesses adressent un courrier au Ministre chilien des Biens Nationaux l'informant de l'arbitrage CIRDI en cours depuis le 7 novembre 1997 et de son objet, et attirent son attention sur l'exclusion des recours internes en application de la Convention de Washington (*fork on the road*).[21]

18. **Le 3 juillet 1999** le Sénat du Chili propose au Gouvernement du Chili de réviser la Convention bilatérale de 1991 avec l`Espagne sur les investissements, par mesure de rétorsion à l`égard du présent arbitrage.[22]

19. **Le 23 juillet 1999**[23], à la demande de l`agent de la représentation du Chili dans la procédure arbitrale, le Ministère de l'Intérieur ordonne l'altération de l'inscription "étranger" qui figure sur la fiche signalétique de Monsieur Pey Casado au registre de l'état Civil, tentant ainsi d'imposer la nationalité chilienne aux fins de s'opposer à la compétence du Tribunal arbitral.

20. **Le 28 avril 2000**[24], le Ministère des Biens Nationaux prend la Décision n° 43 stipulant l`indemnisant de tiers, héritiers des prétendus propriétaires des titres de CPP SA, ainsi que la

---

[15] Voir l`exposé des demanderesses devant le Tribunal lors de la session constitutive du 2 février 1999, leur communication au Centre en date du 9 février 1999 et le **Mémoire** du 17 mars 1998, p. 4.13.3

[16] Pièce C-M32. Déclaration de Maître Testa reconnaissant avoir préparé ce rapport et avoir constitué ensuite ASINSA (journal *El Mercurio* du 29 août 2002)

[17] Pièce C-M34, Constitution d'ASINSA, S.A. par des personnes participant aux travaux de la défense du Chili dans la présente procédure et membres des Partis au Gouvernement du Chili, avec un capital social équivalent à 165US$ (pièces C57, C78, C56)

[18] Communication du Centre du 10 février: Pièce C-M01f. **Mémoire** du 17 mars 1998, p. 4.13.1.10

[19] Pièce C-M35

[20] L'identité des actionnaires d'ASINSA bénéficiaires de cette opération n'a jamais été dévoilée, pièce C209

[21] **Pièce C32**. Le Ministre n'a pas répondu à cette lettre

[22] **Pièce C5.** Cette décision n'a pas eu de suite, l'Espagne et l'Union Européenne ont conseillé le Chili de ne pas poursuivre par cette voie

[23] Pièce ND06f, **Sentence du 8 mai 2008**, note de bas de page n°270

[24] Pièce ND06f,

société ASINSA, pour la confiscation des biens de CPP SA et EPC Ltée. C'est sur la base de cette Décision n° 43 que, lors des audiences des 3 mai-5 mai 2000, la représentation de la République du Chili qualifiera Monsieur Pey et la Fondation espagnole d'imposteurs, afin de s'opposer à la compétence du Tribunal arbitral.[25]

21. **Le 2 février 2001** le Responsable des archives publiques du Chili dépositaire des documents relatifs à CPP S.A. s'oppose à l'accès des Demanderesses à ses archives.[26]

22. Avril 2001 : la représentation de la République du Chili s`oppose avec succès à la désignation par le Centre de Madame Gabrielle Kauffmann-Kohler comme Présidente du Tribunal arbitral

23. **Le 2 avril 2001** le représentant du Chili demande au Tribunal arbitral de lui communiquer le détail d`une réunion à huis-clos du Tribunal, les opinions qui y ont été émises, le compte-rendu, l`enregistrement, les notes prises pendant la réunion ou, alternativement, que chacun des arbitres communique au Chili « *une version précise et détaillée de ce qui a été discuté et décidé pendant cette réunion ou ces réunions, tout ceci certifié par Monsieur le Secrétaire du Tribunal…* ».

24. **Le 6 avril 2001** le représentant du Chili renouvelle sa demande du 2 avril 2001 au Tribunal arbitral.

25. 11 avril 2001 : Les Demanderesses ont appris après son remplacement[27] que la femme de Monsieur Gonzalo Florès bénéficiait d`une aide pécuniaire de l`État chilien lorsque ce dernier était le Secrétaire du Tribunal arbitral initial.[28]

26. **Le 8 mai 2002** le Tribunal arbitral décide de joindre au fond le déclinatoire de compétence et invite les Parties à soumettre leurs Mémoires sur la compétence et le fond de l`affaire, qui tienne compte des questions posées par le Tribunal, au plus tard le 16 septembre 2002.

27. **Le 23 mai suivant** les Autorités du Chili accélèrent le paiement de plus de 9 millions d`US$ aux bénéficiaires de la « Décision Nº 43 ».[29]
Parallèlement, la représentation de la République du Chili sollicite des délais pour retarder la soumission de son Mémoire, prévue le 16 septembre 2002, jusqu'au 14 novembre 2002[30]. Dans l`intervalle, la République du Chili met en exécution le règlement de la Décision n° 43 par le versement de plus de 9 millions de dollars.

28. **Le 5 juin 2002** Monsieur Pey Casado soulève devant la Cour Suprême du Chili le conflit de compétence existant entre le Pouvoir Exécutif et le Pouvoir Judiciaire en ce qui concerne les presses GOSS, puisque le Pouvoir Exécutif, en attribuant une indemnisation couvrant ce bien dans le cadre de la Décision 43, ne respectait pas la compétence exclusive de la 1ère Chambre Civile de Santiago, alors que la question faisait l`objet d`une action judiciaire depuis octobre 1995.[31]

29. **Le 2 juillet 2002**[32] la Cour Suprême chilienne, prétextant l`incompétence, rejette *in limine litis*, la requête déposée par Monsieur Pey concernant le conflit de compétence existant entre le Pouvoir exécutif et le Pouvoir judiciaire portant sur les presses GOSS, à savoir entre la Décision administrative n° 43, du 28-04-2000, et la procédure initiée le 4 octobre 1995 devant la Première Chambre civile de Santiago pour la restitution ou l'indemnisation équivalente de

---

[25] Voir la transcription des audiences des 3 et 5 mai 2000
[26] **Pièce C171**
[27] Pièce ND06f, Sentence du 8 mai 2008, para. 20
[28] C-M27, **Duplique** des Demanderesses du 28-02-2011 (procédure en annulation de la Sentence), para. 56 accessible dans http://www.elclarin.cl/images/pdf/dp0dupliquedespartiesdemanderesses20110228.pdf
[29] Voir la communication que les demanderesses ont adressée au Tribunal arbitral le 11 juin 2002
[30] Lettres de la représentation du Chili des 30 mai, 3, 7 et 18 juin 2002
[31] **Pièce C218**
[32] **Pièce C217**

ces presses. Il s'agit pour la Cour suprême du Chili d'un revirement de jurisprudence. Cet arrêt constitue en lui-même un déni de justice à l'égard de Monsieur Pey.
En effet, tant aux termes de l'article 73 de la Constitution chilienne[33] que de l'article 191 du Code Organique des Tribunaux[34], il appartient à la Cour Suprême de connaître des conflits de compétence entre les autorités politique, administrative et les Tribunaux judiciaires.
Cet arrêt est également en contradiction avec la position adoptée par la 1ere Chambre Civile de Santiago, qui avait elle-même reconnu en octobre 2001 que la Décision n°43 pouvait entraîner une interférence du Pouvoir Exécutif dans un domaine relevant de la compétence exclusive du Pouvoir Judiciaire, et que la Cour Suprême était l`organe compétent pour le résoudre.[35]
Enfin, cet arrêt va à l'encontre de la Jurisprudence admise en la matière, selon laquelle tout intéressé a le droit de soulever un conflit de compétence survenu entre les branches exécutive et judiciaire de l`État, il va également à l`encontre de la position adoptée par la doctrine chilienne[36]

30. **Le 17 juillet 2002** M. Eduardo Frei, Président du Chili entre le 11.03.1994 et le 11.03.2000 (lorsque la « Décision Nº 43 » avait été préparée), et d`autres dirigeants de son Parti politique demandent que le *Contralor* Général de la République enregistre immédiatement les chèques à l`ordre des bénéficiaires de cette Décision 43[37], ce qui était fait une semaine après, le 23 juillet 2002[38]. L`enregistrement desdits Décrets par le «Contralor» était la dernière étape avant le paiement effectif des chèques respectifs par le Trésorier Général de la République

31. **Le 22 juillet 2002** l`Ordonnance de Procédure nº 7 ordonne à la Défenderesse de mettre à la disposition du Tribunal « *le 15 août 2002 au plus tard les documents en sa possession et dont la production a été sollicitée (…) y compris les documents qui ont été saisis par les autorités chiliennes après le 11 septembre 1973* ». La représentation du Chili a retenu et occulté au Tribunal les documents les plus importants « *cités par les Demanderesses en rapport avec les mesures touchant les entreprises CPP S.A. et EPC Ltée (…) justifiant leurs requêtes d`arbitrage et leurs demandes de réparation auprès du CIRDI* ».[39]

32. **Le 6 août 2002**[40], la Cour d'Appel de Santiago rejette *in limine litis* le recours formé trois jours auparavant par Monsieur Pey contre la décision du *Contralor* général. Cet arrêt:

- contredit le droit acquis par l'investisseur espagnol et reconnu par la 8e Chambre criminelle de Santiago du 29 août 1995 ;
- contredit les garanties constitutionnelles concernant le droit de propriété ;
- confirme la nature discriminatoire de la Décision n° 43 du 28 avril 2009 à l`encontre des droits des Demanderesses sur leur investissement.

---

[33] Art. 73 de la Constitution chilienne: « *La faculté de connaître des causes civiles et criminelles, de statuer à leur sujet et de faire exécuter les jugements, appartient exclusivement aux tribunaux établis par la Loi. Ni le Président de la République ni le Congrès ne peuvent, en aucun cas, exercer des fonctions judiciaires, se saisir de causes pendantes (…)* » -voir la Constitution dans la pièce ND40e.
[34] Art 191 du Code Organique des Tribunaux *:"Il appartiendra également à la Cour Suprême de connaître des conflits de compétence qui surgiraient entre les autorités politiques ou administratives et les tribunaux de justice [et] qui ne relèveraient pas du Sénat*
[35] **Pièce C219**
[36] Arrêt de la Cour Suprême du 8 octobre de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXV, sección primera, p. 109. Pour la doctrine, voir *La competencia*, du professeur de Droit M. Juan Colombo Campbell (pp.228 à 230).
[37] **Pièces C 169 et C175**
[38] **Pièces C166 et C169**
[39] Pièce ND45, Ordonnance de Procédure nº 7, du 22 juillet 2002
[40] **Pièce C223**

Cette décision est l'un des faits constituant un déni de justice, au sens de l'API, selon la Sentence arbitrale.

33. **Le 20 août 2002**[41], des personnalités très proches du Gouvernement déclenchent une campagne médiatique visant à discréditer Monsieur Victor Pey, l'accusant d'avoir altéré sa fiche signalétique au Registre chilien de l'état civil et de s'en être procuré une copie par des moyens illicites.

34. **Le 21 août 2002**[42], la Chambre des Députés tient une séance spéciale sur la procédure arbitrale opposant l'Etat du Chili à Monsieur Pey Casado et la Fondation espagnole. Les partis gouvernementaux interfèrent dans la procédure arbitrale en cours et approuvent une motion demandant que la République du Chili ne respecte pas une éventuelle décision du Tribunal arbitral favorable aux investisseurs espagnols.

35. **Le 3 décembre 2002**[43], l'Ordonnance de procédure n° 10 rappelle le devoir de produire les documents et éléments de preuve requis à plusieurs reprises. Cependant, la représentation du Chili a continué à retenir les documents les plus importants cités par les Demanderesses en rapport avec les mesures touchant les entreprises CPP S.A. et EPC Ltée (…) justifiant leurs requêtes d'arbitrage et leurs demandes de réparation auprès du CIRDI

36. **Le 24 août 2005**[44], la représentation de la République du Chili demande la récusation de l'entier Tribunal arbitral, après que le 27 juin 2005 celui-ci ait fait connaitre aux Parties, par l'intermédiaire du Centre, qu'il avait rédigé un projet de sentence, et le 12 août 2005 que les membres du Tribunal arbitral devaient se réunir début septembre afin de la finaliser.

37. **Le 26 août 2005**[45], M. Leoro Franco, arbitre désigné par la République du Chili en remplacement du «*distinguido jurista mexicano D. Jorge Witker Velásquez*», donne sa démission au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné.

38. **Le 8 septembre 2005**, le Centre informait les membres du Tribunal et les parties Demanderesses qu'une réunion *ex parte* s'était tenue le 2 septembre 2005 à Washington D.C. entre, d'une part, le Secrétaire Général du Centre et, d'autre part, le Ministre de l'Economie du Chili –en sa qualité d'envoyé personnel du Président du Chili-, et l'Ambassadeur du Chili aux EE.UU., ainsi que d'autres membres d'une délégation chilienne, dont M. Jorge Carey, conseil du Chili dans la présente procédure arbitrale. Dans sa lettre du 7 octobre 2005[46] l'arbitre Monsieur le Juge Bedjaoui, ancien Président de la Cour Internationale de Justice, notait la présence dans cette délégation du Chili de l'ancien secrétaire du Tribunal Arbitral, M. Gonzalo Florès.

39. Ces violations de la Convention et des Règles de l'arbitrage sont mentionnées dans la partie de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 que la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 a déclarée *res iudicata*, à savoir[47] :

---

[41] **Pièce C207**, journal La Segunda, daté le 21 août 2002
[42] **Pièce C208**
[43] Pièce ND47. Ordonnance de Procédure n° 10 du 3 décembre 2002
[44] Pièce accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/20050824.pdf
[45] Pièce accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/20050826_fr.pdf
[46] **Pièce CN185f**, lettre du Juge M. Bedjaoui du 7-10-2005 au Secrétaire Général du CIRDI, M. Danino, accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/071205_fr.pdf
[47] Pièce ND06f. Sentence, paras.729, 34-37 et paras. 5 à 6 du Dispositif, accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf ; **Pièce ND05f**. Décision du Comité *ad hoc*, para. 353, accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1176.pdf, para. 353, note en bas de page 282 et para. n° 4 du Dispositif : *« les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée »*

« 34. Au cours de l'été 2005, le Président rédigea un projet partiel de décision sur la compétence, dont il soumit le 3 juin le texte, confidentiel, aux autres membres du Tribunal pour une délibération prévue à New York le 19 septembre 2005.[48]]

35. Par lettre du 23 août 2005, la République du Chili a demandé la récusation des trois membres du Tribunal arbitral, dont l'un (l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, de nationalité équatorienne) donna sa démission par lettre du 26 août 2005, au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné. A la suite de cette démission, le Chili a retiré par écrit sa requête de récusation concernant ce dernier. La démission de Monsieur Leoro Franco, à la veille de la délibération du Tribunal fixée avec son accord, n'étant justifiée au regard d'aucun des motifs prévus aux articles 56(3) de la Convention CIRDI et 8(2)[49]] du Règlement d'arbitrage, elle n'a pas été acceptée par les deux autres membres du Tribunal arbitral, et le Président du Conseil administratif a été appelé à pourvoir à la vacance ainsi créée. C'est ce qu'il a fait en désignant M. Emmanuel Gaillard, professeur de droit et avocat à Paris.

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

*37. **L'existence de cette violation n'est pas contestée, mais au contraire reconnue par la défenderesse. Le doute subsiste seulement sur la question de savoir qui en a pris l'initiative mais il n'incombe pas au présent Tribunal arbitral de se prononcer à ce sujet, malgré les protestations et demandes présentées au CIRDI par les demanderesses**» (soulignement ajouté)*

40. **Le 17 mai 2006**[50] la représentation de la République du Chili s'oppose avec succès à la nomination par le Centre de Mme. Brigitte Stern, en qualité d'arbitre du Tribunal arbitral en remplacement de M. Leoro Franco.

41. **Le 22 juin 2006**[51] la représentation de la République du Chili s'oppose à la nomination par le Centre du Prof. Emmanuel Gaillard en qualité d'arbitre du Tribunal arbitral en remplacement de M. Leoro Franco.

42. **Le 14 juillet 2006**[52], le Secrétaire Général du Centre passe outre et, près d'un an après la demande de récusation formulée par la représentation de la République du Chili, le Tribunal arbitral initial est à nouveau constitué et la procédure peut reprendre.

43. L'audience sollicitée par le Tribunal arbitral initial se tient les **15 et 16 janvier 2007**[53].

44. Le Tribunal arbitral initial rend sa sentence **le 8 mai 2008**[54] **:**

---

[48] Le *final award draft of the President*, de juin 2005, a été communiqué aux parties le 13 septembre 2006 à la demande des Demanderesses –car la représentation du Chili en avait déjà eu connaissance par des moyens illicites. Il est accessible sur http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/130906_fr.pdf

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

[50] Voir la lettre du 30 mai 2006, accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/300506_en.pdf

[51] Voir la lettre du 29 juin 2006, accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/030706_fr.pdf

[52] Pièce ND06f, **Sentence du 8 mai 2008**, para. 40, et Lettre du Centre aux Parties du 14 juillet 2006

[53] Pièce C-M10. Les plaidoyers des Demanderesses sont accessibles dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/20070115_fr.pdf et http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/20070116_fr.pdf

§729 : « (…) *force est de constater que la durée de la présente procédure, et par conséquent ses coûts pour toutes les parties et pour le Centre, ont été notablement augmentés par* ***la politique adoptée par la défenderesse consistant*** *(…)* ***à multiplier*** *objections et* ***incidents*** *parfois* ***incompatibles avec les usages de l'arbitrage international*** » [soulignement ajouté].

45. **Le 24 juillet 2008**[55], la 1re Chambre civile de Santiago, saisie de la demande en restitution de la presse rotative GOSS, rend son jugement sans en notifier ni M. Pey ni ses conseils. Ce jugement constate que le Décret nº 165 de 1975, portant dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée et confiscation de leurs biens, est entaché de la « nullité de droit public », c'est-à-dire *ab initio*, imprescriptible, à déclarer *ex officio* en application directe de l'article nº 7 de la Constitution.

46. **Le 16 juin 2009**[56], le *Fisc* représentant de l'Etat dans la procédure engagée devant la 1re Chambre civile de Santiago dépose, sans en informer ni M. Pey ni ses conseils, une requête demandant qu'il soit déclaré que M. Pey aurait « *abandonné* » la procédure dans laquelle le jugement rendu le 24 juillet 2008 a été prononcé. Cette requête est rejetée par la 1ère Chambre Civile le **8 août 2009** sur le fondement que ledit jugement n'avait pas été notifié à M. Pey[57]

47. **Le 12 août 2009**[58], le *Fisc* fait appel de la décision rendue le 6 août 2009, rejetant sa requête de voir déclarer « *l'abandon* » par M. Pey de la procédure où le jugement rendu le 24 juillet 2008 a été prononcé, toujours à l'insu de M. Pey et de ses conseils.

48. **Le 18 décembre 2009**[59], la Cour d'appel de Santiago fait droit, sans en informer ni M. Pey ni ses conseils, à la demande de la représentation de la République du Chili de déclarer « *l'abandon* » par M. Pey de la procédure où le jugement rendu le 24 juillet 2008 a été prononcé

49. **Le 1er février 2013,** alors que le Comité *ad hoc*, saisi de la demande de nullité de la Sentence du 8 mai 2008, avait rendu le 18 décembre 2012 sa décision confirmant l'intégralité de la Sentence à l'exception du point 4 du Dispositif et de la Section VIII relative au *Dommage*, la représentation de la République du Chili dépose une requête sollicitant une décision supplémentaire au motif, arbitraire, que le Comité *ad hoc* aurait omis de trancher les questions relatives aux coûts des différentes procédures d'arbitrage, de révision et d'annulation.

    Ce faisant, la République du Chili tente de s'opposer à l'exécution de la partie de la Sentence ayant l'autorité de la chose jugée et la condamnant à verser aux demanderesses la somme de 1.045.579,35$ augmentée des intérêts de retard composés annuellement au taux de 5%, en contradiction avec ses engagements lors de la demande de suspension d'exécution de la Sentence[60].

    Parallèlement, la République du Chili s'oppose à l'exécution de la partie de la Sentence ayant autorité de chose jugée devant les juridictions espagnoles, saisies par les demanderesses le 14

---

[54] Pièce ND06f,. **Sentence du 8 mai 2008**
[55] Pièce ND32
[56] Pièce C-M19
[57] Pièce C-M20
[58] Pièce C-M21
[59] Pièce C-M22
[60] La **Décision du 16 mai 2013** du Comité *ad hoc* a débouté la demande de la représentation de la République du Chili de suspendre provisoirement l'exécution de la partie de la Sentence du 8 mai 2008 devenue *res iudicata*. Cette Décision est accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1431.pdf

janvier 2013[61], et sollicite également que le Comité *ad hoc* ordonne la suspension provisoire de cette exécution forcée.

Dans sa **Décision du 16 mai 2013,** le Comité *ad hoc* rejette cette demande de suspension de l'exécution de la Sentence.[62]

50. **Le 6 septembre 2013[63],** la représentation de l'Etat chilien a manifesté son opposition à observer la Règle d'arbitrage 55(2)(d), selon laquelle les arbitres du nouveau Tribunal doivent être nommés de la même manière que pour le Tribunal initial. La représentation de la Défenderesse fait ainsi fi du fait que, après la démission de l'arbitre nommé par le Chili, M. Leoro-Franco, son remplaçant, l'arbitre Prof. Emmanuel Gaillard, avait été nommé par le Président du Conseil administratif conformément à l'article 56(3) de la Convention, non par l'Etat défendeur.

51. **Le 11 septembre 2013**, plus de 9 mois après la décision du Comité *ad hoc*, rejetant la décision d'annulation de la représentation de la République du Chili, à l'exception de la partie de la Sentence traitant du *quantum*, le Comité rend sa décision sur la demande de la représentation de la République du Chili d'une décision supplémentaire à la Décision sur l'annulation, la rejetant.[64]

52. **Le 6 janvier 2014,** la représentation de l'Etat du Chili recommence à déstabiliser le Tribunal arbitral en formulant une récusation, visiblement dénuée de pertinence, à l'encontre de l'arbitre nommé par les Demanderesses, M. le Prof. Philippe Sands[65], qui le 10 janvier 2014 a décidé de s'écarter du Tribunal *« to allow these proceedings to continue without the distraction posed by my involvement (…) the interest of the parties and the ICSID system ».*[66]

53. **Le 7 mai 2014,** la représentation de l'Etat du Chili déstabilise à nouveau le Tribunal en demandant, sur des motifs tout aussi injustifiables, le remplacement cette fois du Secrétaire du Tribunal nommé par le Centre, M. Paul-Jean Lecannu.

Le **13 mai 2014,** le Secrétaire Général du Centre a communiqué à toutes les parties :

> " *Je n'ai aucun doute sur le fait que M. Le Cannu ait rempli ses fonctions de façon irréprochable et aurait continué à le faire s'il était resté secrétaire du Tribunal* »,

et le **14 Mai 2014** le Président du Tribunal arbitral a également écrit:

---

[61] Pièce ND37, Ordonnance de la Cour de 1ere Instance nº 101 de Madrid du 6 mars 2013 accordant la mise en exécution **forcée** de la Sentence et le séquestre corrélatif des biens de la République du Chili, accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1338.pdf et http://www.elclarin.cl/images/pdf/20130306DecretoembargoChile.pdf

[62] **Décision du comité *ad hoc*** du **16 mai 2013**, accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1431.pdf

[63] Voir la lettre que la représentation du Chili a adressée au Secrétaire Général du Centre le 6 septembre 2013 et la question de procédure soulevée par les Demanderesses le 26 décembre 2013, à savoir « *qu'en conformité des articles 44 et 41(1) de la Convention, il* [le nouveau Tribunal arbitral] *constate que la nomination du troisième arbitre par la République du Chili est en violation de l'autorité de chose jugée de la Sentence et viole les dispositions du Règlement d'arbitrage CIRDI et de la Convention ; en conséquence ordonne que la nomination du troisième arbitre soit faite de la même manière que celle de son prédécesseur dans le Tribunal initial, c'est-à-dire par le Président du Conseil administratif* », accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3039.pdf

[64] **Décision du Comité *ad hoc*** du **11 septembre 2013**, accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1578.pdf

[65] Voir les observations des Demanderesses du 23 janvier 2014 à la récusation du Prof. Philippe Sands, accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1617.pdf

[66] Voir la lettre de démission du Prof. Philippe Sands du 10 janvier 2014, accessible dans http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3045.pdf

> « *I would however wish to add, on behalf of all members of the Tribunal, that we have total confidence in Mr. Le Cannu personally and in the quality of the service he has given us to date, and would have continued to do so had he continued as Secretary*".[67]

54. **Le 14 mai 2014,** la représentation du Chili réitère qu'elle ne communiquera pas au nouveau Tribunal les documents saisis aux Demanderesses indiquées dans l'Ordonnance de procédure n° 7, du 22 juillet 2002, du Tribunal initial.

55. **En juin 2014,** l'exécution de la partie de la Sentence ayant l'autorité de la chose jugée (paras. 5 à 7 du Dispositif) se poursuit devant les Tribunaux de Justice de l'Espagne, pour ce qui concerne les objections que la représentation du Chili n'a pas manqué de formuler à l'égard du paiement des intérêts attachés à la procédure d'exécution forcée, stipulés *ex lege*[68], et, également, à l'égard des honoraires des conseils des Demanderesses que la Cour de l'exécution forcé a condamné le Chili à payer.

56. **Conclusion** : Le **7 novembre 2014** le présent arbitrage entrera dans sa 17ème année alors que la représentation du Chili continue à essayer

    a. de priver les Demanderesses depuis octobre 1995 (en violation de l'article 4 de l'API) de la preuve de l'absence de titre de l'Etat sur CPP S.A. et EPC Ltée lorsque l'API était entré en vigueur,

    b. d'occulter les documents les plus importants qui ont fait l'objet de l'Ordonnance de Procédure n° 7, du 22 juillet 2002, du Tribunal arbitral,

    c. en vue d'essayer de frustrer l'arbitrage.

---

[67] Voir les lettres du Secrétaire Général du CIRDI, le 13 mai 2014, et de M. le Président du Tribunal arbitral, le lendemain 14 mai 2014, et les Observations des Demanderesses, le 7 mai antérieur, à la récusation par la représentation du Chili du Secrétaire du Tribunal arbitral le 6 mai 2014

[68] L'article 576 de la Loi de procédure civile espagnole dispose : (trad. non officielle) : « **1.** The moment when any judgment or decision ordering the payment of a liquid amount of money has been issued in first instance shall determine the accrual of annual interest in favour of the creditor equal to the legal interest on money increased by two percentage points or the appropriate rate established by agreement between the parties or by a special provision of the law". Original: "1. *Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley*"

Doc. num. 14

VICEPRESIDENCIA EJECUTIVA

Santiago, 30 de noviembre de 1998

Sr. Ibrahim F.I. Shihata
Centro Internacional de Arreglo
Diferencias Relativas a Inversiones
1818 H. Street, N.W.
Washington D.C. 20433
Estados Unidos de Norteamérica

Ref: Víctor Pey Casado c. República de Chile. (Caso CIADI N° ARB/98/2)

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente, deseo acusar recibo de su atenta comunicación fechada el día 11 del mes en curso, donde me informa respecto del proceso de registro de la solicitud presentada por el ciudadano chileno Víctor Pey Casado y sobre el comportamiento que ha tenido el Centro respecto de una comunicación de los reclamantes, cuyo contenido podría haber sido considerado como ofensivo por el Profesor Jorge A. Witker Velásquez.

Desde ya deseo agradecer su gentileza al comunicarme estos antecedentes. No obstante, el tenor de lo expresado por Ud. me impone la obligación de transmitirle, en representación del Estado de Chile, nuestra preocupación por el curso que este proceso ha seguido, la que se fundamenta en los siguientes antecedentes objetivos que obran en el mismo.

1.- Como es de su conocimiento, el Acuerdo suscrito entre la República de Chile y el Reino de España, el 2 de octubre de 1991, para la Protección y Fomento Recíprocos de las Inversiones, que ha sido invocado por el solicitante para incoar este procedimiento, dispone en su preámbulo, de manera clara, precisa e inconfundible, que al suscribir dicho acuerdo la República de Chile y el Reino de España se han propuesto crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversionistas de cada una de las Partes en el territorio de la otra que *impliquen transferencias de capitales*.

El tenor de esta disposición es tan claro, que no existe argumentación alguna que pueda obviar esta exigencia fundamental, establecida por los propios Estados Contratantes.

Pues bien, el propio solicitante ha declarado en reiteradas ocasiones que nunca ha efectuado transferencias de capital a Chile para realizar su supuesta inversión. En efecto, ya en su solicitud de Arbitraje, presentada el 3 de noviembre de 1997, declara que los fondos destinados a adquirir las 40.000 acciones del Consorcio Publicitario y Periodístico Sociedad Anónima *fueron entregados al vendedor en Europa*; es decir, reconoce que no hubo transferencias de capitales a Chile para efectuar esta ficticia inversión extranjera.

Como si esta sóla declaración no fuera suficiente para desechar esta solicitud, en su comunicación de fecha 30 de marzo de 1998 el reclamante, abierta y desenfadadamente reitera que la forma en que se efectuó la operación fue: *"pagando su precio en dólares en el extranjero"*, agregando a mayor abundamiento, que *"todo lo relacionado con esas divisas y su eventual internación a Chile era responsabilidad del vendedor"*.

De esta forma, conrariando absolutamente el espíritu y la letra expresa del Acuerdo suscrito entre la República de Chile y el Reino de España, la solicitud del señor Pey Casado y el registro que de la misma efectuó el Centro han pretendido que se ampare a alguien que no sólo no ha efectuado transferencias de capital a Chile sino que, además, lo reconoce por escrito en varias ocasiones.

Así, de la información contenida en la solicitud y en las comunicaciones del solicitante se desprende que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI, y que, al tenor de lo establecido en el Artículo 36 (3) del Convenio, no debió haberse registrado.

En consecuencia, bastaban los limitados poderes que la función de registro otorga al Centro para constatar que, de acuerdo a la información contenida en la solicitud del señor Pey Casado, la disputa se encuentra manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI, toda vez que el propio solicitante ha declarado y reconocido en más de una oportunidad que no había dado cumplimiento a una de las exigencias fundamentales establecidas por el Acuerdo que ha invocado; esto es, no ha efectuado transferencias de capitales a Chile.

2.- Mediante comunicación de fecha 10 de diciembre de 1998 el Centro, requirió del solicitante información acerca de la existencia de la inversión mencionada en la solicitud a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo y que indicara como dicha inversión habría tenido "según la legislación de la respectiva Parte Contratante", la "calidad de inversión extranjera", en los términos del Artículo 2, párrafo (2), de dicho Acuerdo (literal (i) de dicha comunicación).

No obstante el tenor claro y preciso de lo solicitado por el Centro, el solicitante en sus comunicaciones de fechas 19 de diciembre de 1997 y 30 de marzo de 1998, realiza, de manera increíble, un listado de los cuerpos legales a los cuales *no se acogió* para realizar su supuesta inversión: D.F.L. 258 de 1960 y el Artículo 14 de la Ley de Cambios Internacionales. Es decir, el solicitante hizo exactamente lo contrario a lo solicitado por el Centro, el que, no obstante, procedió a registrar la solicitud de arbitraje a sabiendas que don Víctor Pey Casado no dio respuesta a lo requerido y no pudo, ni ha podido hasta la fecha, señalar disposición chilena alguna, vigente a la época, que haya reconocido o ampare la figura que pretende inventar.

En conclusión, el solicitante no dio cumplimiento a lo solicitado por el Centro; no proporcionó ni ha proporcionado información o antecedente alguno que acredite que su supuesta inversión haya tenido, según la legislación chilena vigente a la época, la calidad de inversión extranjera, en los términos del Artículo 2, párrafo

(2), de dicho Acuerdo; ni siquiera ha invocado o mencionado el eventual régimen legal o las disposiciones chilenas que ampararían las operación que él alega haber realizado, como lo exigió el Centro en su comunicación de 10 de diciembre de 1997.

No obstante lo anterior, el Centro procedió a registrar una solicitud que no pudo ni ha podido acreditar que tenía la calidad de inversión extranjera de acuerdo a la legislación del país receptor, en este caso Chile, infringiendo con ello, nuevamente, el Acuerdo que otorga competencia al CIADI para conocer de estas controversias.

De la información y dichos del propio solicitante, se desprende que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI, y que, al tenor de lo establecido en el Artículo 36 (3) del Convenio, no debió haberse registrado.

3.- En el literal (iv) de la misma comunicación de 10 de diciembre de 1997, antes mencionada, se requirió al solicitante información acerca de haberse planteado una diferencia relativa a la inversión descrita en la solicitud por la "Fundación Presidente Allende" respecto de la República de Chile y acerca de la fecha en que se habría planteado dicha diferencia, en virtud de los términos del Artículo 10, párrafo (2) del Acuerdo entre Chile y España, invocado en su solicitud.

Como lo hemos reiterado en varias ocasiones, la fundación "Presidente Allende" nunca ha efectuado consultas amistosas con el Estado de Chile. Las presentaciones hechas por el solicitante con fechas 30 de abril y 29 de mayo de 1997 ante la Embajada de Chile en el Reino de España fueron suscritas únicamente por el señor Pey Casado, actuando a *título personal, sin invocar ni acreditar en modo alguno su supuesta representación por la Fundación "Presidente Allende"*.

Esta circunstancia, que se hizo presente por el Estado de Chile en su comunicación de fecha 5 de mayo de 1998, contraviene abiertamente lo establecido en el Artículo 10 del Acuerdo suscrito entre la República de Chile y el Reino de España, en octubre de 1991, que expresamente dispone que "*Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible,*

solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia", disponiendo a continuación el párrafo 2 que: "*Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:...*".

Esta disposición es clara y perentoria: antes de recurrir a un arbitraje internacional es *imprescindible efectuar consultas amistosas; y sólo después de un plazo de 6 meses desde el momento en que ha sido planteada la controversia, nace el derecho del inversionista de recurrir, a su elección, a la jurisdicción local o arbitral internacional.*

Una vez más, la respuesta que el solicitante ha dado a los requerimientos efectuados por el propio Centro son, a todas luces, inadmisibles. En efecto, en su carta de respuesta, de fecha 19 de diciembre del mismo año, el representante del solicitante señala en el punto (IV) de la misma que: "El 5 de mayo de 1997 es la fecha en que se ha planteado por la Fundación "Presidente Allende" de nacionalidad española, la diferencia jurídica respecto de la República de Chile referida a la inversión descrita en la solicitud"; agregando a continuación: "En efecto, *el Consejo de Fundadores de la Fundación "Presidente Allende" tiene acordado, desde el 14.12.1994, que toda reclamación relativa a la inversión en el sentido del citado Acuerdo entre España y Chile, puede formularla indistintamente la propia Fundación y D. VICTOR PEY CASADO*, como puede leerse en el doc. N°3. En consecuencia, el Presidente de la Fundación Don Juan E. Garcés Ramón (doc. anexo n° 9 de la Solicitud), *en fecha 5 de mayo de 1997 envió por conducto notarial al Embajador de Chile en España la carta en que D. Víctor Pey Casado invocó el art. 10.2 del meritado Acuerdo entre España y Chile (anexo n° 11 de la Solicitud)* - envío ratificado en acta notarial del siguiente día 2 de junio de 1997 (anexo n° 12 de la Solicitud), y el 6 de octubre de 1997 el Consejo de Fundadores de la Fundación aprobó y consintió someter la controversia jurídica al arbitraje del CIADI (doc. anexo n° 2 a la Solicitud)".

Pues bien, es del caso señalar que la comunicación de 5 de mayo de 1997, referida en el párrafo anterior, e invocada por el solicitante para acreditar las consultas amistosas que la Fundación "Presidente Allende" habría sostenido con el Estado

de Chile, corresponde a una "Acta de envío de carta a instancia de don Juan Enrique Garcés Ramón" otorgada bajo el número 1.583 en la notaría de Madrid de don Jaime García-Rosado y García, donde expresamente se señala que el mencionado Juan Enrique Garcés Ramón "concurre ***en nombre y representación, como mandatario verbal, según manifiesta, de DON VICTOR PEY CASADO***". Asimismo, en la carta enviada al señor Embajador de Chile en España, por intermedio de este notario, fechada el 30 de abril de 1997, comparece única y exclusivamente don Víctor Pey Casado, quien suscribe dicho documento como particular y quien en ningún momento, ni bajo mención de ninguna especie hace referencia alguna a una supuesta comparecencia o representación a nombre de la Fundación "Presidente Allende".

Es inadmisible la pretensión del solicitante, endosada por el acto de registro que efectuó el Centro, de oponer al Estado de Chile los acuerdos privados del Consejo de Fundadores de la mencionada Fundación "Presidente Allende", menos aún cuando éstos no han sido invocados en forma alguna ante las autoridades chilenas en las oportunidades debidas.

Víctor Pey Casado no se dirigió al Estado de Chile ni como mandatario ni apoderado de esta Fundación, como tampoco lo hizo Juan Enrique Garcés Ramón al solicitar del notario de Madrid don Jaime García-Rosado y García la acreditación del contenido de dicha carta y la certeza de su remisión al señor Embajador de Chile en Madrid. En ambos casos compareció única y exclusivamente el señor Pey Casado, personalmente al suscribir la carta y representado ante el notario.

La respuesta otorgada por el solicitante al requerimiento que le efectuara el Centro en el literal (iv) de la comunicación de 10 de diciembre de 1997, es inadmisible bajo cualquier punto de vista. Hacer referencia a un acuerdo privado - jamás invocado ni por Víctor Pey ni por su representante y por lo tanto ignorado por el Estado de Chile - para acreditar el cumplimiento de una exigencia fundamental establecida en el Acuerdo suscrito entre la República de Chile y el Reino de España, carece de todo sustento y constituye una burla para el sentido más elemental de rigurosidad y transparencia que debe animar este proceso.

En conformidad con este temerario precedente, mañana el señor Pey Casado puede alegar que también representa a otra fundación, sociedad, ente moral o incluso a una persona natural cualquiera, cuya existencia, identidad y representación desconocemos en la actualidad, con la seguridad de que el Centro volverá a registrar dicha solicitud en contra del Estado de Chile, contraviniendo nuevamente el Acuerdo que le ha dado jurisdicción, es decir aquél suscrito con el Reino de España.

En conclusión señor Secretario General, la sóla lectura detenida y reflexiva de los antecedentes proporcionados por el propio solicitante, permiten apreciar, sin asomo de dudas, que la Fundación "Presidente Allende" jamás ha efectuado consultas amistosas con el Estado de Chile, como lo exige perentoriamente el Artículo 10, párrafo (2) del Acuerdo que suscribimos con el Reino de España, y que don Víctor Pey ***bajo ninguna forma*** invocó la supuesta calidad de representante de dicha fundación al plantear, en su carta de fecha 30 de abril de 1997, consultas amistosas con el Estado de Chile.

De esta forma, una vez más, al momento de registrarse la solicitud de arbitraje, no se había dado cumplimiento a las exigencias establecidas en el Acuerdo suscrito entre la República de Chile y el Reino de España para la Promoción y Fomento Recíprocos de Inversiones, de 2 de octubre de 1991, encontrándose dicha solicitud de arbitraje manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro en lo que se refiere a la Fundación "Presidente Allende".

Sin embargo, este hecho - la falta de consultas amistosas - que es algo absolutamente objetivo y perfectamente comprobable, respecto de lo cual al CIADI no le correspondía sino constatarlo, fue ignorado por el Centro no obstante haber sido puesto expresamente en antecedente de ello por parte del Estado de Chile.

Como podrá observar, este conjunto de actuaciones poco felices y lesivas para el Estado de Chile no pueden menos que ser tenidas por irregulares y en consecuencia inadmisibles.

La falta de consideración absoluta que se ha tenido por los requisitos y exigencias, perentorios y precisos, establecidos en el Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España, y la falta de rigurosidad para exigir la correcta comprobación de los antecedentes solicitados por el propio Centro, fundamentan nuestra legítima consternación por la actuación del CIADI en este proceso.

4.- En otro orden de cosas, y en relación al lenguaje inusual y ofensivo que la contraparte ha desplegado durante todo el proceso, y que oportunamente denunciáramos en nuestras comunicaciones de fechas 25 de junio y 20 de agosto del año en curso y que finalmente provocaron la renuncia del Profesor Jorge A. Witker a su calidad de árbitro de este proceso, deseo manifestarle nuestra sorpresa por la información que nos ha proporcionado en su comunicación de fechada el día 11 del mes en curso, respecto a la solicitud que habrían efectuado a la contraparte de reconsiderar el contenido de una comunicación que podría ser tenido como ofensivo para el Profesor Witker.

Esta actuación del Centro nos parece absolutamente desconcertante. En efecto, como Ud. bien lo recordará el Estado de Chile solicitó en varias ocasiones al Centro que adoptara medidas tendientes a limitar el lenguaje ofensivo desplegado por el solicitante en sus comunicaciones. En forma directa y transparente deseo manifestarle que el Estado de Chile esperaba una actitud más decidida y resuelta del Centro con miras a la defensa de la dignidad del proceso y de un Estado parte de la Convención de Washington.

La simple censura oficiosa que el Centro haya podido oponer en *una* ocasión a los groseros escritos del solicitante, no respetó un principio mínimo de información y transparencia hacia el Estado de Chile.

En efecto, el ocultamiento que el Centro efectuó de una comunicación de la contraparte, puede haber privado al Estado de Chile y al Profesor Witker de ejercer las acciones legales que correspondan en contra de Víctor Pey Casado y su representante por el contenido de las mismas, le ha restado transparencia a este proceso al habérsenos ocultado una comunicación del solicitante; y, al constituir la única ocasión en que el Centro se manifestó sobre el lenguaje utilizado por el

solicitante puede, indirectamente, haber representado para éste un aval al tono utilizado en sus restantes escritos, cuestionado por el Estado de Chile.

Como podrá entender señor Secretario General, este inmenso cúmulo de evidencia objetiva, documentada e indubitable que registra el sistemático incumplimiento de los requisitos y exigencias del Acuerdo suscrito entre la República de Chile y el Reino de España para la Promoción y Fomento Recíprocos de Inversiones, de 2 de octubre de 1991, que fuera invocado por el solicitante para impetrar este arbitraje; la falta de cuidado y diligencia que se ha empleado en constatar la verificación de los mismos y de aquéllos antecedentes exigidos por el propio Centro en su comunicación 19 de diciembre de 1997; y la sorprendente inactividad que se ha demostrado para resguardar el respeto al procedimiento, a uno de los árbitros y a la dignidad del Estado de Chile, suscriptor de la Convención de Washington, nos han desconcertado profundamente y fundamentan la decepción que nos ha producido la forma en que se llevado a cabo este proceso en su totalidad y el comportamiento que el Centro ha tenido en el mismo.

Como Ud. lo sabe, Chile ha suscrito más de 40 tratados para la promoción y protección de las inversiones otorgando en ellos jurisdicción al CIADI para conocer de controversias que inversionistas extranjeros puedan llegar a tener con el Estado de Chile.

Nuestro país tiene ya una larga tradición de respeto, resguardo y tratamiento no discriminatorio hacia la inversión extranjera. Los verdaderos extranjeros, que han transferido sus capitales a nuestro territorio y que han respetado nuestra legislación en el desarrollo de sus actividades han trabajado, trabajan y seguirán trabajando en un clima de estabilidad, respeto y armonía con las autoridades y nacionales chilenos. Por ello, no es casualidad que Chile reciba flujos de inversión extranjera equivalentes al 6% de su Producto Interno Bruto y que éste sea el primer arbitraje en el que somos parte, en circunstancia que solamente bajo el D.L. 600, Estatuto de la Inversión Extranjera, se encuentran amparados más de 4.000 inversionistas extranjeros.

Ha sido necesaria una compleja y artificiosa maquinación, animada por intereses de tipo económico y político para dar origen al estado actual de las cosas y a esta

COMITE DE INVERSIONES EXTRANJERAS
CHILE

VICEPRESIDENCIA EJECUTIVA

solicitud de arbitraje, situación que se ha visto agravada por su incomprensible registro por parte del Centro.

Chile ha sido injusta e indebidamente afectado por esta acción, y los alcance que ésta ha llegado y puede llegar a tener tendrán directa relación con la inexplicable inobservancia del Acuerdo que hemos suscrito con el Reino de España y de los antecedentes objetivos que obran en este proceso.

En consecuencia, rogamos a Ud., Señor Secretario General, tener en consideración los antecedentes expuestos en el presente escrito y las gravísimas consecuencias que de estas situaciones se pueden derivar.

Agradeciendo su atención y sin otro particular, saluda atentamente a Ud.,

Jorge Leiva

Jorge Leiva Lavalle
Ministro
Economía, Fomento y Reconstrucción
Presidente
Comité de Inversiones Extranjeras

Doc. num. 15

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

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

Affaire Nº ARB/98/2

M E M O I R E

de la partie requérante, M. Victor Pey-Casado et la Fondation espagnole Président Allende, representée par le D. Juan E. Garcés.

Washington, le 17 mars de 1999

TABLE DES MATIERES

		Page
1	**MATIERE FAISANT L'OBJET DU DIFFEREND**	5
2	Identité des parties	6
3	Antécédents	6
3.1	L'investissement	7
3.2	Actes perpétrés par l'Etat du Chili à l'encontre de l'investisseur	9
3.3	Le Journal CLARIN	11
3.4	Démarches préalables de l'investisseur pour obtenir réparation	12
4	**FONDEMENTS JURIDIQUES**	15
	Les questions fondamentales et le droit applicable à leur solution	15
4.1	Droit applicable à la controverse	15
4.2	Conditions générales relatives a la compétence du tribunal d'arbitrage	19
4.3	Compétence du tribunal au cas spécifique	20
4.3.1	Le différend est de nature juridique	20
4.3.2	Applicabilité de la Convention de Washington et de l'Accord de Santiago **ratione temporis**	20
4.3.10	La première réclamation n'a été formulée par l'investisseur espagnol qu'en 1995	22
4.3.11	Applicabilité de la Convention de Washington et de l'accord de Santiago **ratione materiae**	23
4.3.12	Le différend est d'ordre juridique et en relation directe avec un 'investissement' dans le sens de la Convention de 1965	24
4.3.13	La nationalité des demandeurs	25
4.3.14	Nationalité exclusive espagnole de l'investisseur au moment du consentement à l'arbitrage du CIRDI	26
4.3.15	Compétence *ratione personae* en ce qui concerne l'investisseur	27
4.3.16	L'investisseur possède la nationalité exclusive espagnole	28
4.3.17	Le droit d'agir de la "Fondation Président Allende"	29
4.3.18	La qualité d'investissement étranger	31
4.3.19	Le concept d'"investissement étranger" dans les Conventions ratifiées par le Chili	33
4.4	Le consentement des parties a l'arbitrage	36
4.4.2	Le consentement de la défenderesse	36

4.4.4 Le consentement des demandeurs 36
4.5. La responsabilité de l'état chilien 37
4.5.1 La confiscation a été ordonnée par l'Etat du Chili 37
4.5.2 Le caractère illicite de la confiscation 39
4.5.3 L'investisseur espagnol a subi une discrimination de la part de l'état chilien 41
4.5.4 La confiscation de l'investissement est nulle selon le droit interne de la république 42
4.5.5 La dissolution de CPP S.A. et d' EPC Ltée. est nulle de plein droit selon la loi interne du Chili 46
4.5.6 La confiscation est contraire au droit international 53
4.5.7 L'expropriation sans indemnisation est illicite et constitue une confiscation interdite 57
4.5.8 La dissolution des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. est un acte de déni de justice 58
4.5.9 La dissolution des sociétés CPP.S.A. et EPC Ltée. est un acte de mauvaise foi 59
4.5.10 Enrichissement injuste de l'État chilien 60
4.5.11 L'État du Chili a agi de mauvaise foi 61
4.5.13 Présomption défavorable à l'encontre de l'État chilien 62
4.6 La réparation des dommages et préjudices 62
4.6.1 Bases légales fondant le principe d'une compensation 62
4.6.2 La compensation pour confiscation illicite inclut le damnum emergens et le lucrum cessans 64
4.6.3 Devise de paiement de l'indemnisation 67
4.6.4 Taux d'intérêt compensatoire 67
4.6.5 L'inflation doit être prise en compte pour la fixation du taux compensatoire 69
4.6.6 L'indemnisation doit inclure le dommage moral 70
4.6.7 La détermination du contenu de la réparation: le montant de la compensation réclamée 71
4.7 Méthode de détermination du montant de la compensation 72
4.8 Concernant le droit à indemnisation 73
4.9 Concernant le droit à intérêts 74
4.10 Calcul de l'indemnisation 75
4.11 Calcul du damnum emergens et lucrum cessans 76
4.12 Le montant de la compensation 81
4.13 Coûts 82

5 **PÉTITION** 86
6 Documents annexes 88

A MONSIEUR LE SECRETAIRE GENERAL

DU CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT

DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

U.S.A.CIRDI
Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
Washington D.C. 20433

Monsieur Victor PEY CASADO, de nationalité espagnole, titulaire de la Carte Nationale d'Identité espagnole Nº 2.703.339-B, du passeport espagnol Nº 02703339-B, né à Madrid le 31 août 1915, ingénieur diplômé de l'Université de Barcelone, domicilié en Espagne, Ronda Manuel Granero Nº 13, MADRID 28043, ci-dessous désigné comme l'"Investisseur", et la

FONDATION philanthropique-culturelle de nationalité espagnole dénommée "PRESIDENT ALLENDE", CIF G79339693, constituée à Madrid en 1990 conformément aux dispositions du Décret 2.930 du 21 juillet 1972, du Ministère de l'Education et des Sciences, reconnue par Instruction Ministérielle en date du 27 avril 1990 (BOE du 6 juillet 1990), inscrite sous le Nº 225 au Registre des Fondations du Ministère Espagnol de l'Education et de la Culture, ayant son siège social rue Alphonse XII, Nº 18 - 4ème gauche, MADRID 28014, cessionnaire de quatre vingt dix pour cent (90%) du patrimoine total, titres et crédits, de quelque nature que ce soit, du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.),

représentés tous deux par M. Juan E. GARCES y RAMON, de nationalité espagnole, Carte Nationale d'Identité Nº 18848673, avocat, dont le Cabinet est sis rue Alphonse XII Nº 18-4 gauche, MADRID 28014, tel. 34-91-5311989, fax 34-91-5316811, ainsi qu'il ressort du Pouvoir consenti à MADRID par-devant Me Jaime GARCIA-ROSADO y GARCIA, Notaire, en date du 2 juin 1997, Nº de minutes 1980 (dont la copie est annexée sous le numéro 1 à la Requête du 6 Novembre 1997, ci-après la "Requête"), ainsi que dans le document annexe Nº 2 de cette dernière portant, sur le procès verbal du Conseil des Fondateurs de la Fondation Président Allende, acte passé à Madrid par-devant Me LUIS SANCHEZ MARCO, Notaire, en date du 6 octobre 1997, Nº

de minutes 3.122,

COMPARAISSENT devant le Tribunal désigné et siégeant sous l'égide du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, conformément aux dispositions de la Règle d'Arbitrage Nº 31(a), et dans le délai octroyé par le Tribunal

SOUMETTENT LE PRESENT MEMOIRE dans le cadre du différend juridique qui les oppose à la REPUBLIQUE DU CHILI découlant directement de la confiscation de l'investissement commercial de M. VICTOR PEY CASADO dans le secteur des moyens de communication et de l'édition.

1. MATIERE FAISANT L'OBJET DU DIFFEREND

1.1 Le différend de nature juridique qui oppose les demandeurs à la REPUBLIQUE DU CHILI découle directement de la confiscation d'un investissement: l'Etat du Chili a saisi par la force les biens relatifs à l'investissement de M. VICTOR PEY CASADO, a dissous illégalement les Sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. et en a confisqué toutes les propriétés par un acte de l'Administration.

1.2 La présente partie requérante affirme que la saisie par la force des biens de CPP S.A. et EPC Ltée., la dissolution illégale des deux sociétés et la confiscation de tous leurs biens violent les normes de Droit interne chilien ainsi que les normes de Droit International qui interdisent la confiscation. On parvient également à cette conclusion en application de ce que dispose le Traité entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la protection et le soutien réciproque des investissements, signé à Santiago le 2 octobre 1991 (BOE des 19 mars 1994 et 7 juin 1997, document annexe Nº 3 à la Requête). La présente partie affirme la responsabilité de l'Etat du Chili pour ces violations et demande une compensation complète des dommages et intérêts subis comme conséquence de ces actes illicites.

1.3 L'article 2.2. du Traité bilatéral entre le Chili et l'Espagne du 2 octobre 1991 dispose que ledit Traité s'appliquera aux investissements étrangers réalisés antérieurement à son entrée en vigueur. La partie requérante à la présente instance n'a pas soulevé, avant le 28 mars 1994, de controverse ou réclamation envers la République portant sur la confiscation de l'investissement.

2. **IDENTITE DES PARTIES**

2.1 La partie défenderesse est la République du Chili, en la personne de S.E. M.Eduardo Frei-Ruiz-Tagle, Président de la République dont l'adresse est: Palais de la Moneda, Place de la Constitution, Santiago du Chili.

2.2 Les demandeurs sont:

2.2.1 L'Investisseur M.VICTOR PEY CASADO, de nationalité espagnole, né à Madrid (Espagne) de parents espagnols (document annexe Nº 4 à la Requête), Carte d'Identité espagnole Nº 2.703.339 (document annexe Nº 5 à la Requête), passeport espagnol numéro O27 03339-B (document annexe Nº 6 à la Requête) enregistré et domicilié à Madrid (documents annexes Nº 7 et 8 à la Requête), et

2.2.2 La FONDATION philanthropique-culturelle de nationalité espagnole dénommée "PRESIDENT ALLENDE" (document annexe Nº 9 à la Requête) dont le siège est situé à Madrid, cessionnaire depuis le 6 décembre 1990 de quatre-vingt-dix pour cent (90%) de la totalité du patrimoine, titres, droits et crédits, de quelque nature que ce soit, du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.) et de l' Entreprise Périodique Clarín Ltée. (EPC Ltée.), droits découlant de l'investissement spécifié ci-dessous.

3. **ANTECEDENTS**

L'INVESTISSEMENT

3.1 En 1972 l'Investisseur espagnol convint, au moyen d'accords successifs passés en Europe, des termes de l'achat, à M. Dario Saint-Marie, de 100% du capital de CPP S.A. (40.000 actions), entreprise constitué par acte du 3 août 1967 par-devant Me Rafael ZALDIVAR, Notaire à Santiago du Chili, et titulaire à son tour de 99% du capital de l'Entreprise Périodique Clarin Limitée (EPC Ltée). Le vendeur avait alors son domicile en Espagne, où il vécut jusqu'au moment de sa mort début 1982.

3.1.1 L'Investisseur espagnol paya à Genève (Suisse) au vendeur M. Dario Saint-Marie le prix convenu en dollars U.S., en prélevant sur le patrimoine dont il disposait en Europe et au moyen de remises de fonds successives, recevant en

échange de la part du vendeur les actions d'un montant correspondant aux titres de cession signées en blanc, jusqu'à concurrence des 40.000 actions.

3.1.2 Le paiement total de l'investissement fut effectué par l'Investisseur espagnol selon les modalités suivantes:

- Le 29 mars 1972, au moyen d'un transfert de cinq-cents mille US dollars (500.000US$) du "Manufacturers Hanover Trust Co." de Londres (document annexe Nº 21 à la Requête)

- Le 3 octobre 1972, au moyen de deux transferts de deux cent cinquante mille US dollars (250.000 US$) et cinq cent mille US dollars (500.000 US$) -document annexe Nº 21 à la Requête, page 7- du compte bancaire Nº 11.235 de la "Bank für Handel und Effekten" de Zürich dont l'investisseur était client en 1972 et continue à l'être aujourd'hui (document Nº 21 à la Requête et document ci-joint Nº 4).

- Au moyen d'un ordre de paiement de dix mille US dollars (10.000 US$) sur le compte Nº 11.235 de la "Bank für Handel und Effekten" de Zürich, émis au porteur et remis à Genève personnellement au vendeur le 3 octobre 1972.

- Au moyen d'une lettre de change pour vingt-mille US dollars (20.000 US$) expédiée selon les instructions du vendeur, payable à lui-même en Suisse, sans intérêts,

total de l'investissement en 1972: un million deux cents quatre-vingt mille US dollars (1.280.000US$).

3.1.3 En 1972 l'Investisseur espagnol a pris possession effective au Chili des biens appartenant au Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.) et à l'Entreprise Périodique Clarin Ltée (EPC Ltée), et donc de leurs actifs.

3.1.4 En **Mars 1972** l'investisseur espagnol était le Président du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.), ainsi qu'il en résulte des livres officiels de la Société (confisqués par les autorités de facto et retenus par la défenderesse malgré la demande de communication -voir notre courrier adressé au Centre en date du 5 octobre 1998, point 8).

3.1.5 A la suite de l'achat de la totalité des actions de CPP S.A., l'Investisseur espagnol a apporté aux deux entreprises son considérable know-how, tant au

plan professionnel qu'en qualité d'entrepreneur, adoptant des mesures permettant de multiplier la productivité et la compétitivité des entreprises. Parmi d'autres mesures, avec l'aide financière de l'ADI (International Development Agency, du Gouvernement des Etats-Unis), il importa et installa une puissante deuxième presse rotative -de la marque GOSS- capable d'éditer le journal en trois heures environ et de consacrer le reste du temps (ainsi que l'autre presse rotative) à des éditions commerciales profitables (revues, livres, journaux appartenant à des tiers, etc.).

3.1.6 L'entrée en fonctionnement de la presse rotative GOSS programmée pour la fin septembre 1973 devait permettre de diversifier la production d'EPC Ltée. et accroître de plus de 100% son bénéfice net par an.

3.1.7 L'Investisseur espagnol demeura en possession ininterrompue de la totalité des actions et des instruments de la vente du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.) signés en blanc. Cela jusqu'à ce que les 40.000 actions, les instruments signés de leur vente, les pièces démontrant leur achat et leur paiement par l'investisseur espagnol, et d'autres documents, lui fussent tous dérobés à son bureau à Santiago du Chili (rue Agustinas nº 925, bureaux 619 et 620), par des actes de force commis en septembre 1973 par des troupes insurgées, qui s'emparèrent également d'autres biens personnels comme le solde de ses comptes bancaires (voir le document en annexe Nº 20 à la Requête), et adoptèrent des mesures destinées sans équivoque à le priver de la liberté et même de la vie.

3.1.8 L'investisseur espagnol ne préserva sa liberté et sa vie qu'en abandonnant le territoire de la République le vendredi 14 septembre 1973, après avoir eu connaissance que dans la matinée du mardi 11 plusieurs employés de son entreprises avaient été assassinés par les troupes insurgées dans le bâtiment destiné à être le siège du Journal CLARIN, que son Directeur, son sous-Directeur et plusieurs journalistes avaient été enlevés et enfermés dans le Stade National de Santiago -où ils furent tous torturés- et que dans le Bando (Proclamation) Militaire Nº 19, lu ce jour-là dans toutes les chaînes de radio, on l'enjoignait de se présenter au Ministère de la Défense sous la menace d'avoir à subir "les conséquences prévisibles" (document annexe Nº 5). Les nouvelles autorités du Chili imposèrent aux personnalités figurant dans ce Bando -parmi lesquelles des Ministres et des Parlementaires- des tortures prolongées pendant des mois, certaines furent assassinées et d'autres portées "détenues-disparues".

Actes perpétrés par l'Etat du Chili à l'encontre de l'investisseur

3.2 L'objet du différend de nature juridique a son origine dans la confiscation de l'investissement de M. VICTOR PEY CASADO, en violation de la législation interne de la République du Chili et des principes du Droit International. Les actions de confiscation réalisées par l'Etat chilien et les biens et droits concernés sont en substance les suivants:

3.2.1 le Décret Nº 165 du Ministère de l'Intérieur du Gouvernement de facto, en date du 10 février 1975 (Journal Officiel de la République du Chili Nº 29.105, en date du 17 mars 1975), a décrêté la confiscation de tous les biens meubles et immeubles propriété du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP SA), ainsi que de tous les biens meubles et immeubles propriété de l'Entreprise Périodique Clarin Ltée (EPC, Ltée), éditrice du Quotidien CLARIN.

3.2.2 CPP S.A. et EPC Ltée étaient propriétaires d'immeubles situés dans les villes de Santiago, Viña del Mar et Concepción:

a) Un immeuble à Santiago, rue Galvez, à l'angle de la rue Alonso Ovalle, bâti pour être le siège du Journal CLARIN (document annexe nº 13 à la Requête). EPC Ltée en fut expropriée par le Décret Loi Nº 93 de la Junte Militaire (publié le 10 novembre 1973, document annexe Nº 3), il est depuis lors le siège des Tribunaux Militaires.

Dans le Décret Loi Nº 93 précité on envisageait une indemnisation pour cette expropriation, ainsi que les modalités de sa détermination. Toutefois le Décret Suprême Nº 165 qui suivit, émanant du Ministère de l'Intérieur de la Junte Militaire, en date du 10 février 1975 (document annexe nº 1), ordonna la confiscation de tous les biens de CPP S.A. et EPC Ltée., y compris cet immeuble, et déclara que le droit de percevoir les indemnités correspondantes passait en pleine propriété à l'Etat.

b) Les emplacements Nos. 3 et 4 dans le Bloc D du lotissement Vicuña MacKenna, commune de Nuñoa, Ville de Santiago (document annexe Nº 14 à la Requête), occupés aujourd'hui par le Ministère de la Défense, Sous-Secrétariat aux Carabiniers.

c) Un local commercial dans le Bâtiment Fontana, rue Dos Norte, à l'angle de l'Avenue San Martin, dans la ville de Viña del Mar (document annexe Nº 15), occupé par le Ministère du Plan et de la Coordination.

d) L'immeuble sis rue Tucapel, Nº 482, Bâtiment "Tribunales", Ville de Concepción (document annexe Nº 16 à la Requête), occupé par l'Institut National de la Jeunesse.

e) L'immeuble sis rue Dieciocho, Nos. 223 à 229 à Santiago (document annexe Nº 17 à la Requête), fut transféré gratuitement à des tiers le 21 avril 1980 par la Junte Militaire.

f) L'immeuble sis rue Dieciocho, Nº 237 à Santiago (document annexe Nº 18 à la Requête), occupé par le Ministère de la Défense, Sous-Secrétariat aux Carabiniers.

g) L'immeuble sis rue Dieciocho, Nos 247 à 257, aujourd'hui 263 à Santiago (Document Nº 19 de la Requête), confisqué par le Décret Suprême nº 580 du 24 avril 1975 (document Nº 19 annexe à Requête). Voir le Décret dans le document annexe Nº 20 à la Requête

h) Le Consortium Publicitaire et Périodiques S.A./ (CPP S.A.) est, pour sa part, propriétaire de deux (2) presses rotatives également confisquées,

h.1) la première presse rotative est exploitée, semble-t-il, par le Service Géographique Militaire,

h2) la deuxième presse rotative, marque GOSS, est aussi à la disposition de l'Etat, dans l'immeuble sis à Santiago, rue Galvez, à l'angle de la rue Alonso Ovalle. Ce bâtiment fut bâti pour être le siège principal du Journal CLARIN.

3.2.3 Les immeubles de a) à g), les biens meubles qui s'y trouvaient, de même que les deux presses rotatives h) et tous les livres de commerce, de comptabilité, de procès verbaux et d'accords sociaux de CPP S.A. et/ou EPC Ltée, furent saisis par la force, au mépris de toute procédure légale, le 11 septembre 1973, et passèrent en pleine propriété à l'Etat en vertu de la Résolution de l'Intendant de la Province de Concepción en date du 12 novembre 1973 (document annexe Nº 16 à la Requête), et des Décrets du Ministère de l'Intérieur Nº 165 du 10 février 1975 (document annexe Nº 1) et Nº 580 du 24 avril 1975 (document annexe Nº 20 à la Requête).

3.2.3.1 la Résolution de l'Intendant de la Province de Concepción, en date du 12 novembre 1973, avait confisqué l'immeuble au Nº 482 rue Tucapel, Immeuble "Tribunales", dans la ville de Concepción, suite à la falsification du contenu de l'annotation portée par le Conservateur des Hypothèques, consistant à y faire figurer que EPC Ltée. était "propriété du Parti Socialiste" (document annexe Nº 16, 2ème. partie, à la Requête);

3.2.4 la dissolution illégale de CPP S.A. et EPC Ltée. fut décidée par le Décret Nº 165 en date du 10 février 1975, du Ministère de l'Intérieur du Gouvernement de facto (Journal Officiel du 17 mars 1975, document annexe Nº 1).

3.2.4.1 Étant attesté que Monsieur Víctor PEY CASADO a acheté 100% du capital social de CPP S.A., à partir de la date de sa dissolution le titulaire universel des droits et crédits de CPP S.A. est l'investisseur espagnol en vertu de ce que dispose l'art. 2115 du Code Civil chilien:

> "*Une fois la société dissoute il sera procédé à la division des objets qui composent son avoir.*
> "*Les règles relatives à la répartition des biens héréditaires et aux obligations entre les cohéritiers s'appliquent à la division du capital social et aux obligations entre les membres de la société dissoute, hormis pour ce en quoi elles seraient contraires aux dispositions du présent titre*". [Livre III du Code Civil]

3.2.4.2 En 1989 et 1990 l'investisseur espagnol a fait donation par-devant un Notaire Public de 90% des actions de CPP S.A.(documents annexes nº 17 et 18).

Le Journal CLARIN

3.3 Le quotidien CLARIN avait commencé à paraître à Santiago du Chili en 1955. Au moment où il fut saisi par la force c'était le quotidien bénéficiant de la plus grande circulation les jours ouvrables, il tirait à environ 270.000 exemplaires (dans un pays de 10 millions d'habitants), c'était le seul à disposer de son propre réseau de distribution qui couvrait tout le territoire national.

DEMARCHES PREALABLES DE L'INVESTISSEUR POUR OBTENIR REPARATION

3.4 Une forme de gouvernement représentatif ayant été rétablie dans la République en 1990, l'Investisseur espagnol s'y rendit pour la première fois afin de tenter de localiser les titres de propriété et l'ensemble des documents commerciaux qui lui avaient été soustraits par la force à son bureau en septembre 1973. A la suite d'années d'efforts il réussit à établir que ses titres de propriété avaient été produits par la représentation de la République du Chili dans le cadre d'une action judiciaire entreprise en septembre 1975, sur requête du Service des Impôts Internes, contre M. Dario Saint- Marie et d'autres pour présomption d'évasion fiscale (8ème Chambre Criminelle de Santiago, Rôle N 12.545) Ce cas était archivé depuis 1979.

3.4.1 Avec l'aval de la Fondation Président Allende (voir le document annexe Nº 3 à notre communication au CIRDI en date du 15 Décembre 1997), le 1er Février 1995 l'Investisseur espagnol comparut devant la Chambre mentionnée ci-dessus de Santiago alléguant qu'étant le titulaire légitime des titres de propriété de CPP S.A. et EPC Ltée, il sollicitait que le Tribunal décide qu'il soit réintégré en leur possession (document annexe Nº 21 à la Requête). La Cour notifia la requête de l'investisseur au Service des Impôts Internes, qui y consentit (ibid).

3.4.1.1 Dans le cadre d'une décision ferme et définitive du 29 mai 1995, la 8ème Chambre du Tribunal de Santiago accorda à l'Investisseur espagnol la restitution des 40.000 actions qui composent les 100% du capital social de CCP S.A., de même que celle des documents accréditant leur paiement par l'Investisseur en 1972 et celle des instruments de cession correspondants signés, produits auprès du Tribunal par la représentation de la République en septembre 1975.

3.4.1.2 La décision du Tribunal du 29 mai 1995 fut exécutée, et depuis lors l'Investisseur espagnol a récupéré les 40.000 actions de CCP S.A., les instruments de cession correspondants signés et les pièces démontrant leur paiement. Rappelons que CCP S.A. est propriétaire de 99% du capital social de EPC Ltée.

On trouvera ci-joint:

- en document annexe Nº 6 une copie authentique des titres nos. 2, 4, 5

et 6, correspondant respectivement à 10.000, 1.000, 500 et 50 actions, émis au nom de M. Dario Saint-Marie, avec les instruments de cession correspondants signés en blanc par M. Darío Saint-Marie,

- en document annexe N°7 une copie authentique du titre N° 40, correspondant à 40.000 actions, émis au nom de M. Emilio González-González, avec leur instrument de cession correspondants signés en blanc par M. Emilio González-González,

- en document annexe N° 8 une copie authentique des titres nos. 45 et 47, correspondant respectivement à 5.200 et 1.200 actions, émis au nom de M. Jorge Venegas-Venegas, avec les instruments de cession correspondants signés en blanc par M. Jorge Venegas-Venegas,

- en document annexe N° 9 une copie authentique du titre N° 46, correspondant à 1.600 actions, émis au nom de M. Ramon Carrasco-Peña, avec les instruments de cession correspondants signés en blanc par M. Ramon Carrasco-Peña.

3.4.2 La représentation de la République du Chili a reconnu, ainsi qu'il apparaît au Role N° 12.545 de la 8ème Chambre du Tribunal de Santiago, que lesdites actions Nos. 2, 4, 5, 6, 40, 45, 46 et 47 de CPP S.A. étaient authentiques, de même que les signatures des instruments de cession correspondants et, aussi, les pièces démontrant leur paiement par M. Victor Pey-Casado.

3.4.3 Ayant récupéré en Mai 1995 les titres de propriété et les justificatifs de son paiement, l'Investisseur espagnol entreprit de réclamer pour la première fois la restitution de ses propriétés et de ses droits. Avec l'aval de la Fondation espagnole (voir le document annexe N° 3 à notre communication au CIRDI en date du 15 Décembre 1997), il le fit au moyen d'une requête adressée par le canal d'un notaire au Président de la République le 6 septembre 1995 (document annexe N° 22 à la Requête). Celle ci fut repoussée le 20 novembre 1995 par le Ministère des Biens Nationaux (document annexe N° 23 à la Requête).

3.4.3.1 L'Investisseur espagnol formula une seconde réclamation adressée au Président de la République le 10 janvier 1996 (document annexe N 23, pp. 3-6 à la Requête) à laquelle il ne reçut aucune réponse.

3.4.4 Ayant ainsi épuisé les recours administratifs internes, encore une

fois avec l'accord de la Fondation espagnole -lettre au CIRDI du 15 Décembre 1997, point (IV)- le **30 Avril 1997** l'Investisseur espagnol a invoqué le Traité entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la Protection et le Soutien Réciproque des Investissements, signé à Santiago le 2 octobre 1991, ratifié par le Chili et l'Espagne le 5 novembre 1993, ainsi qu'il apparaît à l'examen des documents annexes Nos. 11 et 12 à la Requête. Le Gouvernement de la République du Chili a rejeté la proposition de résoudre le litige à l'amiable dans le délai de six mois établi dans l'art. 10 du Traité bilatéral du 2 octobre 1991.

3.4.5 A l'issue des six mois, n'ayant aucune réponse positive de la République du Chili, le 6 Novembre 1997 l'investisseur a déposé sa Requête d'arbitrage au Centre. Elle a été enregistrée le 20 Avril 1998. Dans cette Requête apparaît également comme partie la Fondation "Président Allende", cessionnaire de 90% des droits et crédits découlant de l'investissement.

3.4.6 La loi promulguée au Chili en juillet 1998 sur les biens confisqués après septembre 1973 est contraire aux principes du Droit International. Elle laisse à la discrétion de l'Etat la décision de restituer ou non les biens saisis ou confisqués, elle dispose qu' "en aucun cas ne sera indemnisé le lucrum cessans ni tout autre dommage patrimonial ou moral subi comme conséquence de la privation des biens".

4. FONDEMENTS JURIDIQUES

LES QUESTIONS FONDAMENTALES ET LE DROIT APPLICABLE A LEUR SOLUTION

Les trois types de questions fondamentales qui peuvent surgir se posent, respectivement, à propos de:

i) La compétence du CIRDI.

ii) La violation par l'Etat du Chili des règles juridiques protectrices des droits des investisseurs.

iii) La détermination du montant de la compensation réclamée.

4.1 **Droit applicable à la controverse**

4.1.1 Pour déterminer le Droit applicable à la solution de ces questions il faudra invoquer l'article 42 de la Convention de Washington de 1965, qui lie au plan international le Chili et l'Espagne depuis le 17 septembre 1994 et a été intégré formellement dans le système juridique interne des deux pays[1].

L'article 42 dispose:

> *« 1. Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend -y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainsi que les principes de droit International en la matière."*

4.1.2 "Les règles de droit adoptées par les parties" se trouvent dans l'article 10.4 du Traité bilatéral de 1991, en vigueur depuis le 29 mars 1994, selon lequel:

[1]En accord avec l'article 69 de la Convention de Washington "*Tout État contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente Convention*".
Cette formule implique l'obligation pour les Etats Parties d'adopter les mesures nécessaires pour que les organes internes, en particulier les organes juridictionnels, puissent appliquer immédiatement, et avec, le cas échéant, un effet direct, les règles de la Convention elle-même.
D'autre part, ni l'Espagne ni le Chili n'ont émis une quelconque réserve, pas plus qu'ils n'ont notifié au CIRDI, au moment d'exprimer formellement le consentement qui les liait par la Convention de Washington, qu'ils n'accepteraient pas sa juridiction en ce qui concerne une certaine catégorie de controverses.

« - L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la Partie contractante qui est Partie à la controverse -y compris les normes relatives aux conflits de lois- et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière."

4.1.3 Dans la mesure où il n'existe pas "d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement", l'organe arbitral devra appliquer simultanément trois catégories de règles:

i) celles du "présent Traité" de 1991.

ii) Celles du Droit interne chilien, y compris les normes chiliennes relatives aux conflits de lois. Et,

iii) Les principes du Droit International en la matière.

4.1.4 Pour la solution des problèmes de corrélation, d'interprétation et d'application de ces deux Traités, et de tous autres qui pourraient être pertinents dans les relations entre le Chili et l'Espagne, on doit se reporter fondamentalement aux règles de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités du 22-5-1969 (CV69), et tout particulièrement aux articles 26 à 33. Cette Convention lie, au plan international, les Etats du Chili et d'Espagne, qui y sont Parties, et en outre elle constitue la principale référence du Droit International général en la matière.

4.1.5 La jurisprudence arbitrale du CIRDI a donné des précisions, à la lumière de la Convention de Vienne citée ci-dessus, sur les principes et les règles d'interprétation des traités (voir particulièrement les précisions données à propos de l'interprétation d'une Convention bilatérale d'investissements, dans la sentence du 27-6-1990 dans le cas "AAPL c. République de Sri Lanka", J.D.I. 1992, pp. 217 et ss.).

4.1.6 En conséquence, l'article 10.4 du Traité bilatéral de 1991 avec le Chili doit s'interpréter conformément aux lignes directrices suivantes:

4.1.6.1 Les trois catégories de règles auxquelles il se réfère doivent s'appliquer de façon simultanée, et en recherchant une interprétation qui

les mette en harmonie. Les conventions internationales ratifiées par le Chili, ce qui comprend naturellement le Traité bilatéral de 1991, font partie du Droit interne de ce pays, et sont hiérarchiquement supérieures aux Lois.

4.1.6.2 Les "Principes du droit international en la matière" lient juridiquement, dans ce cadre, l'Etat du Chili par une double voie.
D'un côté en tant qu'ils se trouvent expressément inclus, dans un article d'un traité internationalement contraignant pour le Chili, qui a été incorporé a son Droit interne.
D'un autre, en tant que règles du Droit International tout court, aussi bien en ce qu'elles doivent être entendues comme règles générales du Droit International lui-même, qu'en ce qu'elles doivent être entendues comme "les principes généraux du Droit reconnus par les nations civilisées" selon l'article 38.1.c) du Statut de la Cour Internationale de Justice.

4.1.6.3 L'analogie entre le contenu de l'article 42 de la Convention de Washington et celui de l'article 10.4 du Traité de 1991, permet de réaliser l'interprétation de ce dernier (toujours à l'intérieur des règles de la Convention de Vienne) selon des lignes d'interprétation semblables à celles utilisées par des organes d'arbitrage agissant dans le cadre du CIRDI afin de déterminer la signification de l'article 42 précité.

4.1.6.4 Il y a lieu d'affirmer à cet égard, d'une part, que les principes du Droit International en la matière ne sauraient constituer l'unique base de la décision, encore qu'ils soient considérés équivalents à ceux de l'art. 38.1.c) du Statut de la Cour Internationale de Justice[2].

4.1.7 En cas de contradiction entre les normes du Droit interne chilien et les principes de Droit International en la matière, ce seraient ces derniers qui prévaudraient[3].

---

[2] Cfr. à ce propos: G. Delaume "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable", Revue de l'arbitrage, 1994, 1, p.55. L.Santosuosso. "L'espropiazione di beni o diritti patrimoniali di cittadini stranieri e la determinazione dell'indennizzo secondo la giurisprudenza dell'ICSID", Riv.D.I.Pr. e Proc. 1996, 2, p. 207. F. Lattanzi. "Convenzione di Washington sulle controversie relative a investimenti e invalidità delle sentenze arbitrali". R.D.I. 1987, p.545. Decision dans le **cas Klockner c. Republique du Cameroun** (cit. por G. Sacerdoti. "La Convenzione di Washington del 1965: bilancio di un ventennio dell'ICSID". Riv.D.I.Pr. e Proc., 1987, p.26. Egalement: Rahmatulla Khan: The Iran-United States Claims Tribunal. 1990,p.213.

[3] Cfr. G. Sacerdoti. "La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie

4.1.7.1 A ce propos le paragraphe 40 de la sentence du 31 mai 1990 (Amco Asia et al. c. la République d'Indonésie) mérite d'être cité:[4]:

> *"L'art. 42(1) concerne l'application du droit de l'Etat d'accueil et du droit international. Si le droit de l'Etat d'accueil ne dispose pas d'une disposition pertinente sur la question en discussion, il faudra rechercher les dispositions pertinentes du droit international. Si le droit de l'Etat d'accueil comporte des dispositions pertinentes, elles doivent être envisagées en relation avec le droit international qui prévaut en cas de conflit. De la sorte le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle seulement de "complémentaire et correcteur" est une distinction vaine. En tous cas, le Tribunal estime que sa tâche consiste à envisager toute prétention juridique dans cette affaire premièrement en rapport avec le droit indonésien et ensuite en rapport avec le droit international"*[5].

4.1.8 En admettant que certaines dispositions précises de la Convention de Washington de 1965 ne sont pas susceptibles de modification par les parties, ou le sont seulement parce que la Convention elle même l'admet[6]; pour tout le reste cette Convention, et le Traité de 1991, peuvent être considérés comme deux traités successifs qui règlent (partiellement) la même matière, étant noté que les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur. Cette situation et les problèmes qu'elle pose sont envisagés par l'art. 30.4.a) de la CV69 qui s'en remet pour sa solution à l'article 30.3 de la CV 69 elle-même, selon lequel dans les relations entre les Etats parties aux deux traités:

> *"...le traité antérieur s'appliquera uniquement dans la mesure où ses dispositions seraient compatibles avec celles du traité postérieur".*

---

tra Stati e nazionali di altri Stati in materie di investimenti". R.I.Pr. e Proc., 1969, p. 637.

[4] Cfr. la référence à la décision dans le **cas AMCO Asia c. Republique d'Indonésie** en Revue de l'arbitrage, p. 54.

[5] 5.Voir J.D.I. 1991, p.174.

[6] Cfr. Sacerdoti, 1969, cit., p.632.

4.2 CONDITIONS GENERALES RELATIVES A LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE

La compétence du Centre pour statuer sur la controverse entre les parties se trouve établie:

a) dans le Traité entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la protection et le soutien réciproque des investissements du 2 octobre 1991 (doc. annexe num. 3 à la Requête),

b) dans la Convention passée à Washington le 18 mars 1965, qui a créé le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, ratifiée par le Chili le 24.10.1991 (Journal Officiel 9.01.1992), ainsi que par l'Espagne le 2.06.1994.

4.2.1 Conformément à l'art. 41 de la Convention de Washington, le Tribunal est juge de sa propre compétence.

Comme précédents il y a lieu de citer:

a) le cas **AAPL c/Sri Lanka**, où le Tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la destruction, par les Forces de Sécurité de l'État, des biens appartenant à l'investisseur (4 ICSID Reports 282-287),

b) le cas **Benvenuti & Bonfant c/Congo**, dans lequel le Tribunal s'est prononcé sur la légalité d'un acte gouvernemental qui avait déclaré dissoute une Société nationale et mis ses actifs sous séquestre (Arrêt du 15.08.1980, 1 ICSID Reports 330),

c) le cas **AMCO c/ Indonésie**, dans lequel le Tribunal a déclaré illégale la saisie par l'Armée et la Police d'un hôtel (Arrêt du 20.XI.1984, 1 ICSID Reports 413, 454-459).

4.2.2 Conformément à l'article 25.1 de la Convention de Washington de 1965, pour que l'organe d'arbitrage du CIRDI soit compétent dans un différend d'ordre juridique il faut que:

- le différend ait une relation directe avec un investissement "entre un Etat contractant (...) et le ressortissant d'un autre Etat contractant", et que

- les parties aient consenti par écrit à soumettre le différend au Centre.

4.2.3 Par conséquence, les conditions déterminant la compétence sont au nombre de trois:

i) Que les parties aient "consenti par écrit à soumettre le différend au Centre".

ii) Que le différend ait lieu entre un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant

iii) Que ce soit un différend d'ordre juridique et en relation directe avec un "investissement".

4.3 **COMPETENCE DU TRIBUNAL AU CAS SPECIFIQUE**

4.3.1 **Le différend est de nature juridique**

La Cour Internationale de Justice á défini le concept de *différend* comme

> *"un désaccord sur une question du droit ou de fait, un conflit entre les parties sur des prises de positions légales ou des intérêts"*
>
> ("**Case concerning East Timor**", ICJ Reports 1995, 89,99, citant la Sentence du même Tribunal du 30 août 1924 dans l'affaire relatif aux concessions Mavrommatis en Palestine).

4.3.2 **Applicabilité de la Convention de Washington (1965) et du Traité de Santiago de 1991 *ratione temporis.***

4.3.2.1 Les critères objectifs de compétence ne peuvent être évalués de manière isolée, car le contenu de la Convention d'arbitrage et l'étendue de la compétence du Centre constituent des éléments essentiellement interdépendants.

4.3.2.2 La Convention du CIRDI de 1965 n'établit pas de conditions de compétence *ratione temporis* en relation avec un litige. Ses rédacteurs ont repoussé l'exclusion des investissements antérieurs à son entrée en vigueur. Mr. A. Broches a signalé que pour qu'une telle exclusion fût possible les Parties devaient refuser leur consentement relativement aux anciens investissements (History, vol. II, p. 566).

4.3.3 Le Traité bilatéral entre l'Espagne et le Chili de 1991 (doc. annexe nº 3 à la Requête) consent expressément à son application pour ce qui concerne des investissements dont la date est antérieure à son entrée en

vigueur, selon les termes spécifiques fixés par les paragraphes 2 et 3 de l'art. 2, qui énoncent:

" *2. Le présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger.*

3. Il ne s' appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur".

4.3.4 L'art. 4.2 du Traité bilatéral entre le Chili et l'Espagne du 2.X.1991 permet d'invoquer la clause de la nation la plus favorisée. Nous le faisons ici en ce qui concerne la compétence *ratione temporis* à l'égard de la protection de leurs investissements, que le Chili reconnaît aux citoyens de Chine, du Royaume Uni ou du Portugal, et qui sont définies dans les Conventions bilatérales respectives selon les termes suivants:

4.3.5: Convention Chili-Chine:

"*art.11. "Champ d'Application*

La présente Convention s'appliquera aux investissements effectués avant ou après son entrée en vigueur, par des investisseurs de l'une quelconque des Parties Contractantes en accord avec les lois et règlements de l'autre Partie Contractante dans le territoire de cette dernière. Toutefois elle ne sera pas applicable aux divergences ou controverses qui auraient surgi avant son entrée en vigueur".

4.3.6 Convention Chili-Royaume-Uni:

"*art. 2) Le présent Accord vaudra pour les investissements effectués dans le territoire d'une partie Contractante conformément à ses lois pour les investisseurs de l'autre Partie Contractante, avant ou après l'entrée en vigueur de cet Accord. Toutefois il ne vaudra pas pour les différends ou les divergences qui auraient surgi antérieurement à son entrée en vigueur*".

4.3.6.1 Convention Chili-Portugal:

"*ARTICLE 11*"
"*Champ d'Application*
Le présent Accord s'appliquera aux investissements effectués, avant ou après l'entrée en vigueur du Traité, par des investisseurs d'une des Parties Contractantes, conformément aux dispositions légales de l'autre Partie contractante, dans le territoire de cette dernière. Toutefois il ne s'appliquera pas

à des controverses qui auraient surgi antérieurement à cette entrée en vigueur".

4.3.7 C'est bien en ces termes que se situe la présente controverse, puisque les textes cités des art. 2.2 et 2.3 disposent que le Traité de 1991 entre l'Espagne et le Chili s'appliquerait aux investissements effectuées à une date antérieure à son entrée en vigueur, lorsque:

a) la controverse ou réclamation n'aurait pas surgi ou été résolue antérieurement,

b) ils présenteraient la qualité d'investissement étranger selon la législation de la Partie contractante respective.

4.3.8 Les termes de l'art. 2 du Traité entre l'Espagne et le Chili du 2.10.1991 doivent, à leur tour, être interprétés conformément à la clause de son art. 7 concernant les conditions plus favorables:

"*Si à la suite de dispositions légales d'une Partie contractante, (...) il résultait une réglementation générale ou particulière en vertu de laquelle il devait être concédé aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement plus favorable que celui prévu dans le présent Traité, ladite réglementation prévaudra sur le présent Traité dans la mesure où elle serait plus favorable.* »

4.3.9 Les hypothèses du point 4.3.7 a) et b), sont réunies dans le cas présent, ainsi que nous l'avons exposé dans nos communications adressées à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI, en date des 15 et 19 décembre 1997 (points i et ii), du 22 février, des 20, 23 et 30 mars 1998, dont nous considérons ici les données de fait et les fondements en Droit comme faisant explicitement partie du présent mémoire, et auxquels nous adjoignons ce qui suit:

4.3.10 **La première réclamation n'a été formulée par l'investisseur espagnol qu'en 1995.**

4.3.10.1 Avant le 28 mars 1994, date d'entrée en vigueur de la Convention de 1991 entre le Chili et l'Espagne, aucun différend, controverse ou réclamation n'a surgi, ni à fortiori n'a été résolu, en relation avec l'investissement du citoyen espagnol.

4.3.10.2 L'investisseur espagnol n'a pu formuler aucune controverse ou réclamation concernant les biens confisqués à CPP S.A. et EPC Ltée. par le Décret du 10 février 1975.

4.3.10.3 C'est seulement le 22 août 1995 que, pour la première fois, l'investisseur espagnol a pu s'adresser à une autorité de la République du Chili (Monsieur le Président Eduardo Frei) en formulant la demande qu'en application des prérogatives liées à sa fonction, et compte tenu que les propriétés de CPP S.A. et EPC Ltée. se trouvaient aux mains de l'Administration, par l'effet d'un Décret, il mette, par Décret, un terme à la confiscation réalisée par Décret, et lui restitue ses biens (doc. annexe à la Requête num. 23).

4.3.10.4 La République du Chili pouvait et devait indemniser l'investisseur en 1995, ce qui aurait épargné à ce dernier et à la Fondation cessionnaire du 90% de ses droits et crédits d'avoir à recourir au présent arbitrage.

4.3.11 **Applicabilité de la Convention de Washington et du Traité de Santiago de 1991 *ratione materiae*.**

Aron BROCHES indique:

"*During the preparatory work on the Convention (...) the effort to devise a generally acceptable comprehensive definition of the term 'investment' was given up 'given the essential requirement of consent by the Parties', in the words of the Executive Directors' Report (at para. 27). The parties thus have a large measure of discretion in deciding what constitutes an 'investment' in a particular context*"(Selected Essays, cit., p.436).

4.3.11.1 Dans l'Arrêt du 25.09.1983 prononcé dans le cas **Amco Asia et al. c/Indonésie**, le Tribunal à soutenu qu'un accord d'arbitrage

"*is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties (...) [the consent of the parties need not] be expressed in a solemn, ritual and unique formulation (...)[It] suffices to establish that [interpretation of the arbitration agreement] (...) in good faith shows that the parties agreed to ICSID arbitration...*".

Le différend est d'ordre juridique et en relation directe avec un 'investissement' dans le sens de la Convention de 1965.

4.3.12 La controverse doit soit concerner l'existence ou l'extension d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'extension des réparations dues par suite de la rupture d'une obligation juridique[7].

4.3.12.1 D'autre part, et, en toute logique, de façon intentionnelle, la Convention de Washington ne définit pas, à l'effet de son application propre, le terme "investissement", pas plus que ne le fait le Commentaire des Administrateurs.

4.3.12.2 Le Traité bilatéral de 1991, applicable par renvoi de l'article 42 de la Convention de Washington, contient deux articles pertinents en la matière.

4.3.12.2.1 L'article 1.2 définit comme "investissements"::

"*(...) toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec a législation du pays recevant l'investissement (...)*".

4.3.12.2.2 D'autre part, comme il a été indiqué plus haut, l'article 2.2 précise:

"*2. Le présent Traité (...) bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger*".

4.3.12.3 Sur la base de ces textes une question centrale se pose, s'agissant de satisfaire les conditions requises pour la compétence, qu'il s'agisse d'un investissement "ayant la qualité d'investissement étranger" en accord avec la loi chilienne.

4.3.12.4 Une fois démontrés le paiement des actions et la remise de ces dernières, il ne demeure aucun doute quant au transfert effectif de la propriété, et, par là quant au fait que les biens ont été acquis conformément au Droit chilien.

---

[7]Kovar, loc. cit., p. 28.

La nationalité des demandeurs

4.3.13 Conformément à la Convention de Washington, par "ressortissant" on entend toute personne physique (art. 25.2.a) ou morale (art. 25.2.b)).

4.3.13.1 La partie demanderesse avait exclusivement la nationalité espagnole à la date de son consentement à l'arbitrage du CIRDI, à celle de la présentation de la Requête et à celle de son enregistrement, conformément à l'art. 25(2) de la Convention de Washington.

4.3.13.2 L'art. 1.1 du Traité bilatéral de 1991 dispose:

"*Aux fins du présent Accord:*
1. Par "investisseurs" s'entendront les personnes physiques ou ressortissants nationaux, selon le droit de la Partie correspondante (...)",

c'est à dire l'Espagne.

4.3.13.3 Deux questions doivent donc être examinées:

4.3.13.3.1 Si M. Victor PEY et la FONDATION PRESIDENT ALLENDE étaient espagnols aux dates précises établies dans la Convention de 1965.

4.3.13.3.2 S'ils étaient exclusivement espagnols à ces dates précises.

4.3.13.4 Dans le cas présent il convient de préciser sans ambages que, pour le Droit espagnol, l'investisseur est espagnol à ces deux moments. De fait non seulement cette nationalité espagnole n'a pas été acquise par hasard, par fraude ou par erreur et ne constitue pas une nationalité de convenance, mais constitue la nationalité d'origine maintenue continuellement par Monsieur PEY.

4.3.13.5 Ladite nationalité a été reconnue officiellement comme exclusive par les autorités espagnoles dès 1974.

4.3.13.6 En conséquence, le lien de nationalité entre Monsieur Victor PEY et l'Espagne est tel à ces deux moments qu'il satisfait sans le moindre doute aux exigences à cet égard pour établir la pleine compétence de l'organe d'arbitrage.

4.3.13.7 A aucun de ces moments rien ne permet d'admettre que le demandeur fût également chilien aux fins que dispose l'article 25.2 de la Convention de 1965. Ce dernier spécifie, ainsi qu'il a été indiqué, qu'au nombre de "ressortissant d'un autre Etat contractant" ne seront jamais comprises les personnes qui, à l'une quelconque des dates mentionnées, "possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend".

Nationalité exclusive espagnole de l'investisseur au moment du consentement à l'arbitrage du CIRDI.

4.3.14 En réponse à l'action exercée par la République du Chili en violation du devoir d'abstention établi par l'art. 36(3) de la Convention de Washington, afin d'empêcher l'enregistrement de la Requête par monsieur le Secrétaire Général (communication de la République adressée au Centre le 18 mars 1998; visite du Ministre de l'Economie du Chili au Centre à cette fin), nous avons fait connaître, dans notre lettre du 23 mars 1998, que **l'investisseur avait renoncé formellement à la nationalité chilienne**, laquelle, dans son cas, est une prérrogative attachée au bénéfice du Traité bilatéral entre l'Espagne et le Chili du 24 mai 1958.
Quand bien même des événements bien connus ne seraient parvenus à priver radicalement Monsieur Víctor Pey-Casado desdits nationalité, bénéfices et statut à une date très antérieure, ce fait suffirait à clarifier la situation.

4.3.14.1 La prétention de l'État défendeur à imposer sa nationalité au demandeur dont l'investissement se trouve confisqué, afin d'attaquer son consentement à la juridiction du CIRDI, a déjà été envisagé par les rédacteurs de la Convention de Washington. Leur conclusion a été que le Tribunal ne devait pas permettre qu'un État impose sa nationalité pour échapper au devoir de se soumettre au CIRDI (History, vol II, pp. 582, 658, 705, 868, 874, 876/5, 877).

Compétence *ratione personae* en ce qui concerne l'investisseur

4.3.15 Durant l'élaboration de la Convention de Washington de 1965 il a été maintenu comme critère général que la nationalité devait être déterminée en premier lieu conformément à la Loi de l'État dont le citoyen affirme être un national, et en faisant appel le cas échéant, aux règles du Droit International (History, vol II, pp.67, 286, 321, 448, 580, 705, 839).

Aron BROCHES a écrit:

"*Another feature of that draft was that while it did not define nationality it provided that a written affirmation of nationality issued on behalf of the State whose nationality is claimed would be conclusive proof of the facts stated therein. The draft ran into considerable opposition at the Regional Consultative Meetings (History, Vol. II, p.230). It was pointed out, and rightly so, that a certificate of nationality should be no more than prima facie evidence (...) It is necessary to realize, however, that the Legal Committee abstained from defining 'nationality' and that there was a general recognition that in the course of ruling on ther competence Commissions and Tribunals might have to decide whether a nationality of convenience (see the Nottebohm Case,[1955], ICJ Rep., p.4), or a nationality acquired involuntarily by an investor could or should be disregarded*" (in Selected Essays, op. cit., p.204).

Aron BROCHES poursuit:

"*I submit that the [Barcelona Traction Case(1970, ICJ Rep.p.42)] decision should be carefully restricted to the context in which it was given, namely that of diplomatic protection. More specifically, I submit that it is without relevance to the meaning of the term 'nationality' in Art. 25(2)(b). The purpose of that provision, as well of Art. 25(1), is to indicate the outer limits within which disputes may be submitted to conciliation or arbitration under the auspices of the Centre with the consent of the parties thereto. Therefore the parties should be given the widest possible latitude to agree on the meaning of 'nationality' and any stipulation of nationality made in connection with a conciliation or arbitration clause which is based on a reasonable criterion should be accepted.*"(Ibid., pp.206-207).

4.3.15.1 L'art. 1.1 du Traité bilatéral entre le Chili et l'Espagne, du octobre 1991, définit comme "investisseurs (...) les personnes physiques ou ressortissants nationaux, selon le droit de la Partie correspondante".

4.3.15.1.1 Cette règle renvoie au Droit espagnol, dont les conditions pour établir la nationalité exclusive espagnole sont réunies en ce qui

concerne la partie demanderesse.

4.3.15.1.2 Dans l'Accord bilatéral avec l'Espagne de 1991, le Chili ne restreint ni ne conditionne l'application du principe de la nationalité que ce soit à la résidence ou au domicile de l'investisseur. C'est un principe qui est partagé par la majorité des Conventions de cette nature, que

"*s'appliquent à des avoirs de personnes physiques situées sur le territoire de l'autre Partie; il importe peu que ces personnes soient elles-mêmes établies sur le territoire de l'Etat d'accueil ou qu'elles demeurent sur le territoire de leur Etat national*" (J.P. LAVIEC:Protection et promotion des investissements, Paris, PUF, 1985).

L'investisseur possède la nationalité exclusive espagnole.

4.3.16 L'art. 17.1 du Code Civil espagnol énonce:

"*Sont espagnols d'origine: a) les personnes nées de père ou mère espagnols*".

L'investisseur, né en Espagne de parents espagnols, a conservé tout au long de sa vie, sans un seul jour d'exception, la nationalité espagnole, conformément aux arts. 11, 14, 42 et autres dispositions concordantes de la Constitution espagnole et à l'art. 17 du Code Civil espagnol, comme le démontrent les documents fournis avec la Requête d'arbitrage (docs. 4 à 8).

4.3.16.1 L'art. 5 de la Convention de double nationalité entre le Chili et l'Espagne de 24.05.1958 (BOE de 14.11.1958, doc. annexe numéro 15), établit expressément l'hypothèse de

"*(...) perte de nationalité (...) en application de la présente Convention*".

4.3.16.2 En outre, comment soutenir que la privation unilatérale infligée à Monsieur Victor Pey-Casado, de la part de l'Etat chilien, non seulement de toutes les prérogatives liées à la Convention bilatérale du 24 mai 1958, mais au delà, de celles ressortissant aux droits humains les plus élémentaires, pourrait s'accompagner du maintien -tout aussi unilatéralement imposé- d'une composante particulière de cette même Convention, que nous avons vu violée, foulée aux pieds et anéantie en la personne de l'investisseur espagnol.

4.3.17 La Sentence du 27.06.1990 dans le cas **Asia Agricultural Products Ltd. (AAPL) c République de Sri Lanka** (30 Intern. Legal Materials, 577, 1991; 6 ICSID Rev. nº 2, 1991), reconnaît l'application de la Convention d'arbitrage du CIRDI dans une demande essentiellement fondée sur une convention bilatérale relative aux investissements.

4.3.17.1 La Fondation Président Allende est une entité de nationalité espagnole, argument définitif en faveur de son droit d'agir.

4.3.17.1.1 Étant donné que l'élément clé pour trancher cette question est de déterminer si le consentement à l'arbitrage doit être conféré *intuitu personae* [8], il suffira de remarquer que la qualité de demandeur possible ne se trouve identifiée comme telle dans aucun accord pertinent[9] et en particulier dans le Traité bilatéral de 1991.

4.3.17.1.2 Aron BROCHES expose:

"*Another area which calls for special treatment is that of successors in interest. The Convention is silent as to the assignability of ICSID arbitration agreements and there is no reason to consider that assignment is not permitted. In order to be effective under the Convention, however, the assignee or successor must have the status required by the Convention, i.e., must be a national of another Contracting State. (...) The question might be asked whether, in addition, the successor or assignee must itself consent in writing in order to come within the jurisdiction of the Centre. The answer to this would seem to be in the negative if the clause is so drafted as to make clear that it is binding not only on the original parties to the agreement but also on successors or assignees*" (BROCHES (A.): Selected Essays, Dordrecht, Martinus Nihjoff P., 1995, p.247).

4.3.17.2 La donation effectuée par l'investisseur en faveur de la Fondation étant valable en droit espagnol (et en droit international privé

[8] Cfr. les opinions d' Aron Broches en Investissements étrangers et arbitrage ..., cit., pp. 52 et 164.

[9] Cf. Weil "The First 'World Bank arbitration. [Holiday Inn's v. Morocco)- some legal problems B.Y.I.L., 1980, p.150.

chilien), la Fondation possède la légitimation active en qualité de titulaire des droits lésés

4.3.17.3 En Droit interne chilien, l'art. 16 du Code Bustamante énonce:

"*La nationalité d'origine des Corporations et des Fondations sera déterminée par la loi de l'Etat qui leur accorde l'acréditation ou l'approbation légale*".

4.3.17.3.1 La Convention entre le Chili et l'Italie du 8 mars 1993 dispose que:

"*4. Par "personne (morale, juridique) "on comprend, relativement à chacune des Parties Contractantes, toute entité constituée ayant son siège dans le territoire d'une Partie Contractante conformément à sa législation, ou reconnue par elle, telle que des institutions publiques et des personnes (morales, juridiques) en général, des sociétés de personnes ou de capitaux, des fondations, des associations et cela indépendamment de ce que leur responsabilité soit limitée ou non*".

4.3.17.3.2 L'art. 1º de la Loi chilienne num. 19.568, visant la restitution des biens confisqués (Journal Officiel du 23 juillet 1998) énonce:

"*Les personnes physiques et les personnes morales(...) qui auraient été privées de la pleine propriété de leurs biens par l'application des décrets lois Nº12, 77 et 133 de 1973; 1697 de 1977 et 2.346 de 1978, auront le droit de solliciter sa restitution ou de demander le paiement d'une indemnisation (...).Les mêmes droits seront valables pour leurs successeurs (...)*".

4.3.17.4 Lorsque l'État d'accueil a manifesté son consentement anticipé dans un Traité, c'est en principe l'investisseur qui dispose de l'initiative de consentir ou non à l'arbitrage du CIRDI. C'est ce que dispose l'art. 10 du Traité bilatéral entre le Chili et l'Espagne du 2.X.1991.

4.3.17.4.1 Nous avons vu que, selon Aron BROCHES, pour le successeur ou le cessionnaire le consentement écrit à la juridiction du Centre ne devrait pas être nécessaire.
Toutefois dans le cas présent aucun doute n'existe à cet égard puisque le 6 octobre 1997 l'investisseur a donné son consentement formel exprès à l'arbitrage du CIRDI. Quatre jours après ce fut le cas de la Fondation

Président Allende, en qualité de cessionnaire de 90% des droits et crédits de l'investisseur (doc.annexe num. 2 à la Requête du 6.XI.1997). Ce consentement est définitif, il ferme à la Fondation la voie de la juridiction nationale (art. 10.2 du Traité bilatéral Espagne-Chili) et de la protection diplomatique (art. 27 de la Convention de Washington).

4.3.17.4.2 Sans qu'un tel consentement écrit soit nécessaire, et à plus forte raison en présence d'un **consentement** exprès à l'arbitrage du CIRDI, la Fondation co-demanderesse est légitimée comme partie à la procédure en qualité de cessionnaire de 90% du total du patrimoine, titres, droits et crédits de toutes sortes, du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.) et de l'Entreprise Périodique Clarín Ltée. (EPC Ltée.).

4.3.17.5 Cette légitimation active n'a pas été contestée par la Partie défenderesse durant les six mois écoulés depuis qu'elle a eu connaissance de la Requête du 3 novembre 1997. Ainsi, lorsque le 18 mars 1998 la République du Chili, en infraction au devoir d'abstention prescrit à l'art. 36(3) de la Convention de Washington, demandait par écrit à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI de ne pas enregistrer la Requête pour prétendue incompétence du Centre, parmi les motifs allégués la légitimation active de la Fondation cessionnaire n'était pas mise en cause.

LA QUALITÉ D'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

4.3.18 L'investissement doit être considéré comme un "investissement ayant la qualité d'investissement étranger...".

4.3.18.1 La législation chilienne étant dépourvue en 1972, et même ultérieurement, de règles juridiques définissant ce qu'il y a lieu d'entendre par "investissement" et à fortiori par "investissement étranger", il est raisonnable de concevoir le sens du terme "investissement" en accord avec les termes du Traité bilatéral de 1991 lui-même, lesquels sont doté d'une étendue suffisante pour englober l'important investissement de capital réalisé en 1972 par monsieur Víctor Pey Casado dans l'économie chilienne[10].

[10]Concernant l'étendue selon laquelle on doit concevoir ce terme, voir J.T. Schmidt: "Arbitration under the auspices ot the International Centre for Settlement of investment disputes (ICSID)", Harvard Int. Law J., 1976, vol. 17, p.100.

4.3.18.2 La "qualité d'investissement étranger" dépend ainsi de ce que l'apport financier provienne d'une économie extérieure à l'économie chilienne.

4.3.18.3 Nous considérons, à cette étape du présent Mémoire, comme en faisant partie intégrale les fondements relatifs à la "qualité d'investissement étranger" de l'investissement de 1972, développés dans notre communication au Centre en date du 15 décembre 1997 (point i) et dans la Consultation Juridique du juriste chilien Monsieur Víctor Araya (annexe à notre communication des 22 février et 20 mars 1998) qui expose dans sont point III::

"L'acquisition d'actions de la part du citoyen espagnol Monsieur Víctor Pey Casado en 1972, avec des capitaux provenant de l'étranger (Europe) possédait selon la législation en vigueur à l'époque la qualité d'investissement étranger, comme il a été expliqué dans la communication en date du 19 décembre 1997 adressée au CIRDI.

"Depuis cette époque (1972) il n'a été incorporé aucune règle au système juridique interne qui permette de modifier ladite qualification, surtout si l'on considère qu'à ce jour, s'il est vrai qu'ont été créés certains mécanismes spéciaux tendant à faciliter et à promouvoir l'investissement étranger, qui accordent des franchises et des garanties spéciales à l'investissement étranger, qui y a recours volontairement, aucune règle ne conceptualise de manière expresse ce que l'on doit considérer comme tel.

"La conclusion ci-dessus se trouve ratifiée par la doctrine. On peut le constater à la lecture du livre "Investissement Etranger au Chili", publié à Santiago du Chili par "Editorial Jurídica Cono Sur", dont les auteurs sont Roberto Mayorga L. et Luis Montt, le premier est Vice-président Exécutif du Comité des Investissements Etrangers et le second est Professeur de Droit Economique à l'Université Gabriela Mistral; en page 66 on lit ce qui suit:

"NOUS OSONS AFFIRMER QUE "L'INVESTISSEMENT ETRANGER" N'EST PAS EXPRESSÉMENT CONCEPTUALISÉ DANS LA LÉGISLATION CHILIENNE, À L'EXCEPTION DES CONVENTIONS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS QUI ONT ÉTÉ SOUSCRITS CES DERNIERS TEMPS ENTRE LE CHILI ET CERTAINS PAYS.
IL SE RÉVÈLE DIFFICILE DE TROUVER UNE DÉFINITION LÉGALE DU MOT 'INVESTISSEMENT', NONOBSTANT LE FAIT QU'IL CONSTITUE UN TERME ÉCONOMIQUE D'USAGE FREQUENT DANS

LA TERMINOLOGIE JURIDIQUE".

"Comme on peut l'observer en suivant la logique de ces auteurs, devant l'absence de règle interne, nous devons faire un véritable renvoi aux dispositions du Traité de Protection des Investissements entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour obtenir un concept définissant l'investissement étranger. De son article 1º on déduit que les conditions requises pour concevoir un investissement comme étranger sont pleinement réunies dans celui de Monsieur Víctor Pey Casado, et dans les droits qui en découlent pour lui, comme pour son successeur, en ce qui concerne 90% d'entre eux.

"Abondant de surcroît dans ce sens, les premier et second articles transitoires du Décret Loi Nº 600 de 1974 (qui a envisagé un nouveau statut pour soutenir l'investissement étranger), ratifient le fait que les investissements qui possédaient la qualité "d'investissement étranger" en 1972 n'ont pas été privés des droits acquis à ce titre. En accord avec ces articles les titulaires de capitaux provenant de l'extérieur continueront à être régis par les règles légales en vigueur au moment de leur apport nonobstant le fait qu'ils ont également le droit d'avoir recours volontairement, et s'ils le souhaitent, au nouveau régime émanant du Décret Loi 600.

"Cela signifie clairement que le D.L. Nº600, outre qu'il ne constitue pas la seule voie pour amener des capitaux de l'extérieur au Chili, a respecté et maintenu le régime auquel étaient soumis les investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur".

Le concept d'"investissement étranger" dans les Conventions ratifiées par le Chili"

4.3.19 Sur le fondement de l'art. 4.2 du Traité bilatéral entre le Chili et l'Espagne du 2.X.1991 il convient d'invoquer, en premier lieu la clause de la nation la plus favorisée. La finalité, pour ce qui concerne le Chili, d'une Convention de protection des investissements est conçue par référence, avant tout, à la nationalité de l'investisseur, sans aucune condition supplémentaire, ainsi qu'on peut le lire dans les Préambules suivants:

- Convention entre le Chili et la République Populaire de Chine du 23.03.1994, qui énonce:

"*Se proposant de créer des conditions favorables pour les investissements réalisés par des investisseurs d'une Partie Contractante dans le territoire de l'autre Partie Contractante*",

- Convention entre le Chili et la Finlande du 27 mai 1973:

"*avec le désir d'intensifier la coopération économique au bénéfice mutuel des deux pays et de maintenir des conditions justes et équitables pour les investissements des investisseurs de l'une des Parties Contractantes dans le territoire de l'autre Partie Contractante, et reconnaissant que la promotion et la protection réciproques de ces investissements étrangers* ***favorisent l'expansion des relations*** *économiques entre les deux Parties Contractantes tout en stimulant les initiatives d'investissement (...)*",

- Convention entre le Chili et la Suède du 24 mai 1993:

"*avec le désir d'intensifier la coopération économique au bénéfice mutuel des deux pays et de maintenir des condition justes et équitables pour les investissements des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le Territoire de l'autre Partie Contractante, et reconnaissant que la promotion et la protection réciproque des investissements étrangers favorisent l'expansion des relations économiques entre les deux Parties Contractantes tout en stimulant les initiatives d'investissement (...)*",

4.3.19.1 A l'époque des faits, la Loi de la République du Chili n° 9.839 (Journal Officiel du 21.11.1950) considérait comme investissement étranger un investissement de la part de personnes physiques ou morales pourvu qu'il fût réalisé en divises. En 1972 il n'existait pas d'autre conception du terme "investissement étranger" (voir MAYORGA-MONTT en point 4.3.19.2).

4.3.19.2 De son côté, comme nous l'avons dit, la Convention de Washington, qui réglemente le CIRDI, a laissé le concept "d'investissement" ouvert aux exigences essentielles au consentement des parties (ICSID, "Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention", Vol. II, Part 2, aux pp. 835-37, 839, 843).

4.3.19.3 En conséquence, l'art. 1.2 du Traité entre l'Espagne et le Chili de 1991 définit

"*2. Par "investissements" on désigne toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits*

de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement et en particulier, encore que non exclusivement, les suivants:
Actions et autres formes de participation dans les sociétés.
Crédits, valeurs et droits découlant de toute sorte d'apports réalisés dans le but de créer une valeur économique; y compris expressément tous les prêts consentis à cette fin, qu'ils aient ou non été capitalisés.
Biens meubles et immeubles, ainsi que toute sorte de droits liés à ces derniers.
Les droits de toute sorte relevant du domaine de la propriété intellectuelle, y compris expressément les patentes d'invention et marques commerciales, de même que les licences de fabrication et de "savoir faire".
« Les droits de mise en oeuvre d' activités économiques et commerciales consentis par la loi ou en vertu d'un contrat (...)".

L'art. 1.3 du même Traité bilatéral dispose que:

"3. Le terme "rentes ou revenus" d'un investissement se réfère aux rendements découlant d'un investissement en accord avec la définition contenue dans la section précédente, et inclut expressément bénéfices, dividendes et intérêts".

Les concepts contenus dans la Convention Bilatérale entre l'Espagne et le Chili recouvrent donc pleinement les hypothèses de fait relatives à l'investissement qui constitue l'objet du présent différend d'ordre juridique.

4.3.19.4 L'investisseur en effet

a) est convenu en Europe, en 1972, des termes successifs de l'achat de 100% du capital de CPP S.A.,

b) il a payé en 1972 en Europe 100% de son investissement en devises des Etats-Unis d'Amérique, par le débit de comptes bancaires à Londres et à Genève,

c) il a reçu en Europe 100% des actions de CPP S.A., avec les transferts correspondants signés en blanc.

En d'autres termes tout le capital investi par monsieur Víctor Pey Casado, a pour origine un patrimoine extérieur au Chili.

4.4 L'Accord de 1991 ne se prononce pas explicitement sur cette question car l'exigence d'un consentement des parties par écrit résulte de la Convention de 1965.

4.4.1 Cette exigence ne s'accompagne d'aucune condition de forme additionnelle, que ce soit dans la Convention de 1965 ou dans l'Accord bilatéral de 1991.

Le consentement de la défenderesse

4.4.2 En tous cas, à la lumière des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 10 de l'Accord de 1991 il est claire que le consentement de l'Etat du Chili a été manifesté par écrit précisément par le moyen du même l'article 10 du Traité en question, qui constitue une clause compromisoire relative a d'éventuels différends.

Le consentement des demandeurs.

4.4.4 Le consentement de l'investisseur résulte de la lettre adressée au Gouvernement du Chili le 30 avril et le 29 mai 1997 (documents annexes numéros 11 et 12 à la Requête), qui invoquait l'art. 10 du Traité bilatéral. Ce consentement s'est concrétisé formellement le 2 octobre 1997 (document annexe Nº 10 à la Requête). Il s'est donc manifesté par un acte distinct de celui de la présentation de la Requête auprès du CIRDI[11].

4.4.4.1 La Fondation Président Allende a formalisé son consentement le 6 octobre 1997 (document annexe Nº 2 à la Requête).

4.4.4.4 La doctrine a admis dès le départ l'accès à l'arbitrage dans l'hypothèse d'une cession volontaire de droits de la part d'un investisseur personne physique (cfr. les opinions convergentes de Robert KOVAR y Aron BROCHES en Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention du B.I.R.D. du 18 Mars 1965, Paris, Pédone, 1969, p. 52).

[11] KOVAR, loc. cit, pág. 49.

4.4.4.4.1 Dans l'Arrêt prononcé dans le **cas AMCO ASIA c. l'Indonésie** le Tribunal s'en tient au raisonnement selon lequel les droits à l'arbitrage du CIRDI étaient

"attached to its investments, represented by its shares in P.T. Amco",

d'où il s'ensuit que les droits sont transmis avec les actions:

"all rights attached to the shares, including the right to arbitrate. Consequently, the right to invoke the arbitration clause is transfered by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally" (1984, XXIII I.L.M., pp. 373).

4.4.4.5 Le Conseil des Fondateurs de la Fondation "Président Allende" a résolu le 14 décembre 1994 que toute réclamation relative à l'indemnisation des droits et crédits découlant de l'investissement de 1972, dans le sens établi par l'Accord entre l'Espagne et le Chili de 1991, pouvait être formulée indistinctement par la Fondation elle même et l'investisseur Monsieur Victor PEY-CASADO (voir document annexe Nº 3 à notre communication au Centre en date du 15 décembre 1997).

4.4.4.5.1 En conformité de ce qui vient d'être exposé, le 5 mai 1997 le Président de la Fondation, M. Juan E. Garcés y Ramon (document annexe Nº 9 à la Requête), envoyait par la voie notariale à l'Ambassadeur du Chili en Espagne la lettre où l'investisseur invoquait l'art. 10.2 du Traité pertinent entre le Chili et l'Espagne (document annexe Nº 11 de la Requête).

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT CHILIEN

4.5.1 La confiscation a été ordonnée par l'Etat du Chili.

Nous nous trouvons face à un fait attribuable à l'Etat chilien dès lors que:

4.5.1.1 Ce fut des agents au service du Gouvernement inconstitutionnel qui saisirent par la force, le 11-9-1973, tous les biens, meubles et immeubles, y compris les livres-registre des actionnaires de CPP S.A. et EPC Ltée. etc,

4.5.1.2 C'est le Gouvernement du Chili, lui-même, qui a ordonné, par Décret Nº 165 du Ministère de l'Intérieur de la Junte Militaire du 10 février 1975 (Journal Officiel Nº 29.105, du 17-3-1975) la confiscation de tous les biens des deux entreprises, et a déclaré que passait en toute propriété à l'Etat le droit de percevoir le montant des indemnisations qui pourraient s'y rattacher, et cela selon la législation chilienne elle-même.

4.5.1.3 Les actes d'un Gouvernement inconstitutionnel ou de facto sont considérés, du point de vue du Droit International, comme les actes de l'Etat lui-même, étant donné que la personnalité de ce dernier demeure juridiquement identique en dépit de ses changements internes, y compris ceux qui seraient contraires à la Constitution.

4.5.1.4 L'Institut de Droit International a déclaré dans sa réunion de Lausanne de 1927:

> *"L'Etat est responsable des dommages qu'il cause aux étrangers par toute action ou omission contraire à ses obligations internationales, quelles que soit l'autorité de l'Etat dont elle procède: constituante, législative, gouvernementale ou judiciaire.*
> *Cette responsabilité de l'Etat existe, soit que ses organes aient agi conformement, soit qu'ils aient agi contrairement à la loi ou à l'ordre d'une autorité supérieure. Elle existe également lorsque ces organes agissent en dehors de leurs compétence, en se couvrant de leur qualité d'organes de l'Etat, et en se servant des moyens mis à leur disposition".*

4.5.1.5 Dans l'arbitrage entre la France et le Méxique dans le cas **Estate of Jean-Baptiste Caire v. United States** (1929, citée dans la Sentence du CIRDI du 21 février 1997, **American Manufacturing & Trading Inc. v, Republic of Zaire)**, la Sentence a repris la même solution:

> *"The State also bears an international responsability for al acts committed by its officials or its organs which are delictual according to international law, regardless of whether the official or organ has acted within the limits of his competency or has exceeded those limits (...).*
> *" acts However, in order to justify the admission of this objective responsibility of the State for committed by its officials or organs outside their competence, it is necessary that they should have acted, at least apparently, as authorized officials or organs, or that, in acting, the should have used powers or measures appropriate to their official character (...)".*

4.5.1.6 La Sentence dans le cas **Youman** (Commission d'Arbitrage entre les EE.UU. et le Méxique, 1926, in Reports of International Arbitral Awards, iv 110 à 116), affirme:

"Soldiers inflicting personal injuries or committing wanton destruction or looting always act in disobedience of some rules laid down by superior authority. There could be no liability whatever for such misdeeds if the view were taken that any acts committed by soldiers in contravention of instructions must always be considered as personal acts".

Le caractère illicite de la confiscation.

4.5.2 La confiscation est illicite parce qu'elle est constitutive d'une violation des obligations imposées à l'Etat du Chili par différentes règles juridiques protégeant les droits de Monsieur Víctor Pey sur les biens investis.

4.5.2.1 Aucune cause, quelle qu'elle soit, ne permet de justifier les agissements de type confiscatoire, tels qu'ils ont été réalisés dans ce cas. En particulier il n'est pas admissible que la privation des droits et des biens se soit faite "par nécessité" ou dans l'exercice du droit souverain de l'Etat à exproprier les biens d'étrangers: le Gouvernement qui a ordonné la saisie des biens et leur confiscation définitive était un Gouvernement établi par des voies inconstitutionnelles, et la privation complète de tous ses droits infligée à Monsieur Víctor Pey, a été réalisée pour des motifs politiques, au travers d'une procédure complètement irrégulière à la lumière du Droit chilien et de façon discriminatoire[12], violant ainsi gravement le Droit interne du Chili et le Droit International.

4.5.2.2 L'article 5 du Traité de 1991 fixe les mesures de nationalisation, expropriation, ou toute autre mesures ayant les mêmes caractères ou effets, de la part des autorités de l'une des Parties à l'égard des investissements d'investisseurs de l'autre Partie [situés] dans son territoire:

"... elle devra être réalisée exclusivement pour cause d'utilité publique ou d'intérêt national, conformément aux dispositions constitutionnelles et légales et en aucun cas [elle] ne sera discriminatoire. La Partie qui adopterait ces mesures payera à l'investisseur, sans retard injustifié, une indemnisation adéquate, en monnaie

[12] Cfr.les références de SANTUOSO à la décision dans l'affaire LETCO, loc. cit., p. 214.

librement convertible (...)".

4.5.2.3 Ces règles sont conformes aux principes du Droit International applicables en la matière [13].

4.5.2.4 Aucune de ces règles n'a été appliquée en l'espèce.

4.5.2.5 La violation des règles du Droit interne chilien par les actes de confiscation, a été reconnue par l'Etat chilien dans l'arrêt de la Chambre Civile Nº 21 de Santiago du 13 janvier 1997 (annexé à la communication adressée au CIRDI le 19 décembre 1997), qui a decidé que les Décrets Ministériels qui ont confisqué les biens du citoyen espagnol V. Pey en 1974 et 1975

"sont atteints de nullité de droit public", et a ordonné "...la restitution au demandeur des biens qui avaient été saisis".

4.5.2.6 Les violations du droit interne chilien ont consisté surtout en de nombreuses et graves irrégularités de procédure commises à l'encontre de la Constitution chilienne en vigueur entre 1973 et 1975. Elles constituent toutes, simultanément, des violations du Droit International général, protecteur des biens et intérêts des étrangers. En effet, les autorités internes du Chili:

4.5.2.6.1 N'ont pas permis à Monsieur Víctor Pey d'accéder à une juste procédure pour défendre ses droits, son intégrité physique elle même étant sérieusement menacée.

4.5.2.6.2. Elles ont adopté des décisions en violation de leur propre Droit interne selon des modalités d'une illégalité flagrante, de mauvaise foi et avec une intention discriminatoire, sans qu'il lui fût accordé de recours à leur encontre.

4.5.2.6.3 L'Etat chilien n'a toujours pas payé à l'investisseur une indemnisation adéquate pour les biens et droits qui lui ont été confisqués.

4.5.2.6.4 Les obligations qui imposent que la privation de propriété soit réalisée dans l'intérêt public, sans discrimination, et qu'elle s'accompagne d'une indemnisation adéquate, sont imposées aux Etats

[13]Cfr. p. ex., LATTANZI, loc. cit., p. 543.

par le Droit International, y compris au bénéfice de ses propres nationaux, c'est à dire dans le cadre des droits de l'homme. Dans cette perspective, qui marque la formation progressive des règles générales du Droit International, [divers] textes sont pertinents, tels

- l'article 17.2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948: *"Nul ne peut-être arbitrairement privé de sa propriété".*

- l'article 1 du Protocole additionnel Nº 1 à la Convention Européenne pour la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 janvier 1950:

"Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que por cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international".

et, particulièrement,

- l'article 21.1 de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme du 22-11-1969, à laquelle le Chili est un Etat Partie, qui stipule:

"...2. Nul ne peut être privé de ses biens excepté en contrepartie du paiement d'une juste indemnisation, pour des raisons d'utilité publique ou d'intérêt social, et ce dans les cas et selon les formes établies par la loi" [traduction non officielle].

4.5.2.6.5 l'article 30 de la Convention américaine elle-même stipule que:

"Les restrictions permises, en accord avec la présente Convention, à la jouissance et à l'exercice des droits et libertés qui y sont reconnus, ne peuvent être appliquées qu'en conformité des lois qui seraient édictées pour des raison d'intérêt général, et dans le but pour lequel elles ont été établies".

L'INVESTISSEUR ESPAGNOL A SUBI UNE DISCRIMINATION DE LA PART DE L'ÉTAT CHILIEN

4.5.3 L'art. 3.1 du Traité bilatéral du 2.10.1991 dispose que

"Chacune des Parties protégera dans son territoire les investissements effectués conformément à sa législation, par des investisseurs de l' autre Partie et il n'entravera pas, au moyen de mesures injustifiées ou discriminatoires, la gestion, le maintien,

l'utilisation, la jouissance, l'extension la vente ni, le cas échéant, la liquidation de tels investissements".

4.5.3.1 L'obligation de s'abstenir de toute discrimination est une application du principe d'égalité souveraine entre les États. Une expropriation -en l'occurrence confiscation- ne doit pas supposer un traitement différent entre divers citoyens. Telle est la doctrine établie dans le cas Sabbatino et dans le cas British Petroleum c/Libye (Internat. Law Reports, 1979, p. 329.

4.5.3.2 Le CIRDI a appliqué cette doctrine dans l'arrêt du 31.03.1986 prononcé dans le cas LETCO (Int. Legal Materials, 1987) en statuant que pour que l'acte commis par le Liberia fût légitime il était requis que "(...) *would have had to show (...) that it was not discriminatory*"

4.5.3.3 Les documents annexes à la Requête et au présent Mémoire, en particulier les décrets confiscatoires, démontrent que la République a manqué à l'accomplissement de toutes et chacune des obligations énumérées à l'égard de l'investisseur.

LA CONFISCATION DE L'INVESTISSEMENT EST NULLE SELON LE DROIT INTERNE DE LA RÉPUBLIQUE DU CHILI

4.5.4 L'art. 5 du Traité bilatéral Espagne-Chili du 2.10.1991 dispose que:

"La nationalisation, l'expropriation ou toute autre mesure de caractéristiques ou d'effets similaires qui pourrait être adoptée par les autorités d'une Partie à l'encontre des investissements d'investisseurs de l'autre Partie dans son territoire, devra être réalisée exclusivement pour cause d'utilité publique ou d'intérêt national, conformément aux dispositions constitutionnelles et légales et en aucun cas (elle) ne sera discriminatoire.".

4.5.4.1 Dans sa jurisprudence le CIRDI a établi que:

"these acquired rights could not be withdrawn (...) except by observing the legal requisites of procedural conditions established by law, and for reasons admittted by the latter"
(paragraphe 248(v) de l'arrêt pris dans le cas AMCO; dans un sens identique,

paragraphe 190).

4.5.4.2 L'art. 1462 du Code Civil chilien dispose que

"Il y a un objet illicite dans tout ce qui contrevient au droit public du Chili".

4.5.4.3 En l'espèce la confiscation porte atteinte aux dispositions constitutionnelles et légales, en vigueur au Chili à la date du 11 septembre 1973 et ultérieurement, y compris également celles en vigueur en 1995 (date de la première réclamation), et aujourd'hui, de sorte que la confiscation de CPP S.A. est nulle de plein droit.

4.5.4.3.1 En effet, la confiscation de l'investissement du citoyen espagnol a pour antécédent le Décret-Loi N°77 du 8.10.1973 (Journal Officiel du 13.10.1973, doc. annexe n°11). Le régime *de facto* y déclarait proscrits et constitutifs, dans leur existence même, d'un délit criminel, les associations politiques et syndicales qui, dans la conjoncture du Chili de 1973, avaient appuyé la continuité de la forme de Gouvernement républicaine et représentative, leur imposant comme sanction, le passage de leurs biens en pleine propriété à l'État. Ce Décret-Loi n°77 ne mentionnait pas les Sociétés commerciales, propriété de l'investisseur espagnol (CPP S.A. et EPC Ltée.), pas plus que le nom de ce dernier.

4.5.4.3.2 En complément au D.L. N° 77 la Junte Militaire a édicté le Décret Réglementaire N° 1.726 de 1974, dont l'art. 3 confiait à la "Junte Militaire de Gouvernement" elle même -à laquelle participaient le Chef de chacune des trois branches des Forces Armées, plus le Directeur Général des Carabiniers- le pouvoir de décider si une entité ou une personne se trouvait dans l'une des situations déclarées [génératrice de] délit dans le DL N°77, et en conséquence de lui appliquer des sanctions corporelles et des confiscations de biens (doc. annexe N°12). Ce Décret n° 1.726 ne mentionnait pas non plus le nom de l'investisseur espagnol et de ses entreprises.

4.5.4.3.3 Le Décret n°165 en date du 10 février 1975 (doc. annexe n°1), revêtu de la seule signature d'Augusto Pinochet -Chef de l'Armée- déclare appliquer le Décret Réglementaire n° 1.726 de 1974 et ordonne le passage en pleine propriété à l'État des immeubles figurant dans le patrimoine de CPP S.A. et EPC Ltée. (sans que ce Décret non plus ne mentionne le nom de l'investisseur espagnol).

4.5.4.3.3.1 Le Décret Suprême n° 165 de 1975, le Décret

Réglementaire nº 1726 et le D.L. nº 77 de 1973 sont nuls de plein droit dans la mesure où ils violent les arts. 11, 12, 18 et 80 de la Constitution Politique en vigueur en 1973 et 1975 (doc. annexe nº 26 à la Requête).

4.5.4.3.3.2 En effet, selon l'art. 11 de la Constitution en vigueur jusqu'en 1980, seuls les Tribunaux établis par la loi sont compétents pour juger des causes civiles et criminelles, ni le Chef de l'État ni le Congrès ne peuvent exercer de fonctions judiciaires et nul ne peut être condamné sans être légalement jugé.

4.5.4.3.3.3 Selon l'art. 12 de la Constitution évoquée, nul ne peut être jugé par des commissions spéciales, mais exclusivement par le tribunal préétabli par la Loi.

4.5.4.3.3.4 Selon l'art. 18 de la Constitution, c'est seulement dans le cas d'une peine infligée dans une procédure judiciaire découlant d'un crime, que peut être prise la sanction de confiscation des biens.

4.5.4.3.3.5 Selon l'art. 4º de la même Constitution:

"Aucune magistrature, aucune personne, ou réunion de personnes ne peuvent s'attribuer, fût-ce au prétexte de circonstances extraordinaires, une autorité ou des droits autres que ceux qui leur auraient été conférés expressément par les lois. Tout acte contrevenant à cet article est nul".

4.5.4.3.3.6 Ce principe a été maintenu dans la Constitution en vigueur depuis 1980 (doc. annexe num. 7 à nos écritures en date du 28 août 1998) dont l'art. 7 précise que les organes n'agissent pas valablement s'ils agissent en dehors de leur compétence, ou d'une manière différente de celle que prescrit la loi, en s'attribuant une autorité ou un droit autres que ceux qui leur ont été expressément conférés en vertu de la Constitution ou de la loi. Dans cette éventualité l'acte est nul, et engendre les responsabilités et les sanctions fixées par la loi elle-même.

4.5.4.3.3.7 Le D.L. nº 77 de 1973 est de nature punitive. Il établit comme délit l'existence des associations qu'énumère son article 1, et leur impose les sanctions de dissolution et de confiscation de leurs biens. Cela est contraire aux arts. cités nº 11, 12, et 18 de la Constitution, ainsi

qu'à l'art. 80 - qui consacre la règle qu'une mise en jugement relève de la seule compétence d'un organe juridictionnel, créé par une Loi et non par l'autorité administrative (art. 12), l'action judiciaire devant suivre la procédure établie dans la loi (art. 11).

4.5.4.3.3.8 Or, le Décret nº 1.726 de 1974 (doc. annexe num. 12), d'ordre seulement réglementaire, a crée une procédure administrative attribuant la faculté de confisquer des biens à la Junte Militaire de Gouvernement elle-même, sans procès judiciaire préalable.
Mais étant donné que la Junte Militaire ne s'est jamais attribué à elle-même des prérogatives juridictionnelles, le Décret en question a enfreint la Constitution, empiété sur les attributions exclusives du Pouvoir Judiciaire et a ignoré les garanties établies à l'art. 18 de la Constitution contre la confiscation des biens.

4.5.4.3.3.9 Le Décret Réglementaire nº 1.726 de 1974 est, en conséquence, nul de plein droit selon les termes de l'art. 40 de la Constitution; il n'a produit aucun effet juridique, sa nullité radicale rend à son tour nul de plein droit le Décret Suprême nº 165 de 1975, qui ordonne la confiscation des biens de CPP S.A. et EPC Ltée., du fait qu'il a son origine dans un acte nul.

4.5.4.3.3.10 Telle est la doctrine reprise dans la décision de la 21 ème. Chambre Civile de Santiago, prononcée en date du 13.01.1997 dans la demande introduite par l'investisseur espagnol monsieur Victor Pey Casado à l'encontre du Fisc pour confiscation de propriétés personnelles, distinctes de celles qui sont l'objet de la présente Requête.

4.5.4.3.3.11 Comme on peut le lire dans la Sentence annexée comme document num. 1 à nos écritures adressées au Centre le 15 décembre 1997, le Juge déclare que les Décrets du Ministère de l'Intérieur qui ont confisqué les biens du citoyen espagnol Monsieur VICTOR PEY CASADO en 1974 et 1975

"SEIZIEMENT.- (...) sont atteints de nullité de droit public; et en conséquence demeure sans effet toute mesure d'investigation ou de type conservatoire à l'encontre du patrimoine du demandeur qui n'aurait pas été édictée par l'autorité judiciaire (...) il y a lieu à restitution au demandeur des biens qui lui furent pris (...) sommes pour lesquelles il convient d'envisager les réajustements et intérêts légaux depuis les dates

respectives de mise sous séquestre".

4.5.4.3.3.12 La confiscation de tous les biens, meubles et immeubles, crédits et droits du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.), ainsi que de ceux de l'Entreprise Périodique Clarín Ltée. (EPC Ltée.), est donc nulle non seulement conformément au Droit International, mais même selon les règles internes du Chili.

4.5.4.3.3.13 Mais dans l'hypothèse où la République, contrairement à toute logique, alléguerait que la confiscation de l'investissement du citoyen espagnol serait légitime conformément au droit interne, il conviendrait de rappeler le principe que reprend la Sentence du 20.05.1992 du CIRDI dans le **cas Southern Pacific Properties Ltd. c/R.A. d'Egypte** (paragraphes 163, 164, 166).

"*il est évident que l'expropriation, dont la légitimité n'est pas discutée, et qui ne s'accompagne pas d'une indemnisation équitable, s'analyse comme une confiscation, laquelle est interdite [par la loi interne]. Le tribunal ne peut pas accepter non plus l'argument selon lequel le terme 'expropriation' ne s'appliquerait qu'aux droits réels (...). Ce qui a été l'objet de l'expropriation n' est pas le terrain ou l'usufruit mais les droits de SPP (ME), -en tant qu'actionnaire de ETDC- dérivés de l'usufruit de EGOTH qui a été irrévocablement transféré d' ETDC à l'État (...). C'est dans le même sens que se prononcent des décisions de tribunaux internationaux. Dans l'affaire Amoco International Finances Corp. C/Iran (15 Iran' US CTR, p. 89) le tribunal irano-américain a jugé 'l'expropriation peut être définie comme le transfert forcé des droits de propriété, elle peut englober tout droit qui pourrait être l'objet d'une transaction commerciale (paragraphe 108)*'".

LA DISSOLUTION DE CPP S.A. ET DE EPC LTÉE. EST NULLE DE PLEIN DROIT SELON LA LOI INTERNE DU CHILI

4.5.5 Les tribunaux internes du Chili ont déclaré la nullité radicale, ab initio, de la dissolution de sociétés en application du DL 77 de 1973 mentionné plus haut (document annexe Nº 19). A titre d'exemple nous joignons comme document annexe numéro 10 la Sentence du Juge titulaire de la Première Chambre Civile de Concepción, en date du 12 mars 1998, qui traite le cas de dissolution d'une Entreprise de Presse avec confiscation de ses biens, et dont les fondements des raisonnements juridiques sont directement transposables à notre cas, les fondements des décrets qui ont dissous les deux Entreprises Périodiques étant pour ainsi dire jumeaux.

4.5.5.1 Il convient de réaffirmer que le citoyen espagnol monsieur Víctor PEY CASADO a acquis en 1972, par lui-même et en son nom propre la totalité des 40.000 actions du capital social de CPP S.A. C'est la propagande de la Dictature qui a inventé à son intention le prétendu rôle d'"homme de paille".

4.5.5.2 Si nous faisons la synthèse, en recourant à la jurisprudence développée dans la Sentence du 12 mars 1998, jointe en annexe num.10, nous pouvons dire que:

4.5.5.2.1 Le décret num.165, du 10.02.1975, du Ministère de l'Intérieur (Journal Officiel du 17.03.1975, voir doc. annexe num. 1), dissout les Sociétés appartenant à l'investisseur espagnol en application du Décret réglementaire nº 1.726 du Ministère de l'Intérieur du 3.12.1973 (voir doc. annexe num. 20), qui réglemente l'application de la section 2 de l'article 1º du DL num. 77 du 8.10.1979 (Journal Officiel du 13.12.1973, voir doc. annexe num.19),

4.5.5.2.2 Le DL 77 du 8 octobre 1973, dans son art. 1º section 2º énonce:

"*Sont déclarés dissous, en conséquence, les partis, entités, groupements, factions ou mouvements auxquels se réfère la section précédente, de même que les associations, sociétés ou entreprises de quelque nature que ce soit, qui directement ou au travers de tierces personnes appartiendraient ou seraient dirigées par l'une d'entre elles.*
"*Le cas échéant est annulé la personnalité juridique des partis politiques et autres entités mentionnées dans les sections précédentes. Leurs biens passeront en pleine propriété à l'Etat et la Junte de Gouvernement les affectera aux fins qu'elle estimera appropriées.*"-

4.5.5.2.3 Le Décret nº 1.726 du Ministère de l'Intérieur du 3.12.1973 (document annexe Nº 20) a donné au Ministre de l'Intérieur la faculté de déclarer, au moyen d'un Décret Suprême étayé, si un parti politique, une entité, un groupement, une faction, un mouvement, une association, une société ou une entreprise, se trouvait dans l'une des situations prévues dans les sections 2º et 3º de l'article 1º du Décret Loi Nº 77 (annexe Nº 19), et pour déclarer, s'agissant de personnes physiques, la mise à l'étude de leur situation patrimoniale (article 1º).

4.5.5.2.3.1 Dans son article 4º, ce même Règlement Nº 1.726 (document annexe Nº 20) prévoit qu'il incombe à la Junte de Gouvernement d'édicter un décret étayé, déclarant dissous le parti, l'entité, etc.; ou déclarant que la personne physique se trouve dans la situation évoquée dans la partie finale de la section 2º de l'article 1º du Décret Loi Nº 77, et d'ordonner l'annulation de la personnalité juridique du parti ou entité, le même décret disposant la confiscation des biens dont serait propriétaire l'entité ou qui serait au nom d'un tiers qui n'aurait pas pu démontrer son acquisition légitime.

4.5.5.3 La Justice du Chili considère, dans la Sentence précitée du 12 mars 1998 (document annexe Nº 10), que

a) "l'effet normatif des sections 2 et 3 de l'article 1 du Décret Loi nº 77 ne se réfère pas exclusivement aux entités qui ne poursuivent pas un but lucratif, mais que l'instruction est claire quant au fait qu'elle s'étend aux sociétés et entreprises de 'toute nature', ce qui veut dire qu'elle n'exclut pas les sociétés à caractère commercial comme l'était la société Périodique",

b) "il saute aux yeux également que lorsque l'instruction (section 2) parle des associations, sociétés ou entreprises, elle se réfère textuellement à celles qui "directement ou au travers de tierces personnes appartiendraient ou seraient dirigées par l'une d'entre elles", ce qui veut dire, qui appartiendraient ou seraient dirigées par les partis, factions, groupements ou mouvements que la section 1 interdit et considère comme des associations illicites",

c) "de la sorte, pour ce qui concerne la société requérante, les sections 2 et 3 de l'article 1 du Déret Loi n 77, lui étaient applicables dans la mesure où directement, ou au travers de tiers, elle aurait appartenu ou aurait été dirigée par l'une des associations illicites désignées et interdites par la section 1 du même article",

d) "Or il découle clairement, des considérants qu'avait en vue la promulgation du Décret Suprême [de dissolution de la Société], déjà mentionné, et il s'ensuit spécialement des Nos. 3 à 5, que la circonstance qui a déterminée la déclaration de dissolution de cette société et la confiscation de tous ses biens, s'appuyait sur le fait qu'elle serait dirigée et contrôlée par (...) Partis politiques proscrits en vertu de la section 1 de l'article 1 du Décret Loi nº 77",

e) "il est alors évident qu'au moyen du Décret Suprême [de disolution de la

Société], l'Administration a pris des mesures qualifiant les associés cités comme se trouvant dans la situation prévue dans la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret Loi Nº 77, et qualifiant également, de ce fait la Société requérante comme étant dirigée par lesdits partis - associations illicites - au travers de ces associés; c'est tout cela qui fut le fondement immédiat et direct de la dissolution et de la confiscation",

f) "que cette qualification effectuée par l'Administration, ou plutôt cette faculté de qualification - matérialisée au moyen du Décret [de disolution] - si elle trouve bien un appui dans les règles contenues dans le Décret Réglementaire nº 1-726 mentionné [document annexe Nº20], ne se déduit en aucun cas des dispositions du Décret Loi nº 77, dès lors que cet ensemble de dispositions légales n'autorisait pas l'administration à la réaliser",

g) "En effet, si la section 1 de l'article 1 du Décret Loi nº 77 interdisait bien l'existence et établissait la qualité d'association illicite des partis politiques et mouvements qui y étaient signalés, et déclarait ces derniers dissous par la section 2, dissolution qui atteignait également les 'associations, sociétés ou entreprises' qu'il mentionne, il est bien certain que dans le cas de ces dernières cela était soumis à la circonstance que 'directement ou au travers de tierces personnes elles appartiendraient ou seraient dirigées par certains d'entre eux", c'est-à-dire, par les partis et mouvements déclarés interdits et dissous",

h) "Comme dans le cas de la Société requérante ainsi qu'il a été dit, la décision administrative fut adoptée en raison de la supposition qu'elle était dirigée et contrôlée par les Partis socialiste et Communiste au travers des associés (...), il en résulte clairement que la mesure dont il s'agit était prise dans le cadre de la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret Loi nº 77, c'est-à-dire spécifiquement en considérant que la société en question était dirigée par des associations illicites au travers de personnes physiques",

i) "En d'autres termes, pour que soit vérifiée la condition légale dans le cas de la Société requérante, il était indispendable de déclarer que les personnes physiques (...) se trouvaient précisément dans la situation stipulée dans la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret de Loi nº 77 évoqué, cependant, une telle déclaration ainsi qu'on le verra, ne constitue pas légalement une tâche administrative mais judiciaire"",

j) "en effet la déclaration dont il est traité - concernant les personnes physiques - impliquait nécessairement que l'on se fonde sur des considérations propres à une procédure judiciaire, dès lors que, d'une part l'article 2 du Décret Loi nº 77

signalait qu'aux associations illicites -celles désignées à l'article 1- s'attachait un délit et l'article 4 énonçait les peines afférentes aux infractions aux articles antérieurs, et, que d'autre part, l'article 6 établissait la procédure et la compétence pour connaître de tels délits",

k) "il résulte donc clairement de tout ce contexte légal, que pour parvenir à déterminer ou déclarer qu'une personne se trouvait dans le cas de la section 2, partie finale, de l'article 1 du Décret loi, une procédure judiciaire était requise, en conformité directe de l'article 6, d'autant surtout qu'une telle déclaration s'accompagnait d'une peine de confiscation des biens pour l'association, société ou entreprise qui, au travers de cette personne physique, était dirigée par une association illicite (parti ou mouvement interdit)",

l) "que, nonobstant ce qui précède, le Décret Suprême nº 1.726 de 1973, qui a réglementé les sections 2 et 3 de l'article 1 du Décret Loi nº 77, a autorisé en l'occurence le Ministre de l'Intérieur à déclarer à 'l'étude' la situation patrimoniale des personnes physiques, c'est-à-dire lui a attribué la faculté d'édicter une sorte de mesure conservatoire ou d'enquête, et de déclarer si une association, société ou entreprise se trouvait dans l'une des situations prévues dans les sections 2 et 3 de l'article 1 dudite Décret Loi, soit, dans le cas intéressant la présente cause, à déclarer que cette association, société ou entreprise était dirigée par une association illicite au travers de tierces personne. C'est ainsi que la Junte de Gouvernement se vit autorisée à déclarer dissoute l'association, société ou entreprise et/ou que la personne physique see trouvait dans le cas stipulé dans la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret Loi cité, et à confisquer les biens de l'entité affectée ou qui se trouveraient au nom d'un tiers (articles 1 et 4)",

m) "en d'autres termes, l'administration s'arrogea elle-même, au moyen de ce Décret Réglementaire la faculté d'édicter, envers des personnes physiques, diverses mesures conservatoires et des décisions, d'ordre nettement juridictionnel qui, comme on l'a vu, excédaient le contexte même du Déret Loi qu'il réglementait, dès lors que de la situation de la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret Loi nº 77, selon ce qui a été dit, il résultait logiquement la nécessité du procès judiciaire préalable",

n) "Que, les choses se présentant ainsi, et dans la mesure où le Décret Réglementaire mentionné, nº 1.726 de 1973, fut édicté par le Président de la Junte de Gouvernement, ainsi que est indiqué par le Décret lui-même, usant du pouvoir

réglementaire établi par l'article 72 nº2 de la Constitution de 1925 - en vigueur à cette époque en vertu de ce que disposent les Décrets Lois nº1 et 128 de 1973 - il ne pouvait outrepasser les limites de la loi qu'il réglementait ni s'étendre à des situations non envisagées dans cette dernière, en sorte que ce faisant il a enfreint le Décret Loi Nº77 lui-même et, ce qui est plus important, il a aussi enfreint ladite Constitution en son article 80, également en vigueur à cette date, aujourd'hui article 73 de la Constitution de 1980, dès lors que l'Administration s'est arrogé des facultés juridictionnelles appartenant exclusivement et sans partage aux tribunaux de justice, qui étaient et demeurent les seuls appelés à juger les causes civiles et criminelle, ni le Président de la République ni le Congrès ne pouvant en aucun cas exercer de fonctions judiciaires",

o) En conséquence, il est évident que ledit acte administratif (Décret Réglementaire nº 1.726) trouve sa sanction dans la règle établie par l'article 4 de la Constitution de 1925 - consacrée également par l'article 7 de la Charte Fondamentale en vigueur - c'est-à-dire la nullité de droit public car il s'agit d'un acte émanant d'une autorité qui a exédé ses facultés et ses pouvoirs expressément conférés par les lois et envahissant celles d'une autre",

p) "Cette nullité de Droit Public, ainsi qu'il a déjà été noté, possède un contenu et des caractéristiques particulières, elle opère de plein droit et ne nécessite ni ne requiert de déclaration, encore que pour des motifs de sécurité et de certitude juridique il doive exister une déclaration formelle reconnaissant son existence; ainsi l'acte contrevenant est nul depuis l'instant même de son énonciation, et de là nul incurablement, c'est-à-dire qu'il ne peut être ni ratifié ni confirmé, ni non plus, dans ce cas de nullité, il ne peut y avoir validation avec le temps, c'est-à-dire qu'elle est imprescriptible",

q) "Toutes ces particularités caractéristiques de la nullité de Droit Public, portent avec certitude à conclure que le juge peut la décider d'office quand elle apparaît manifestement dans la procédure dont il a à connaître, c'est en effet un impératif qui se déduit des article 6 sections 1 et 2 eet 7 section 3 de la Constitution de 1980, d'autant plus que le même impératif découle des articles 1462, 1682 et 1683 du Code Civil, puisque l'acte contrevient au droit public chilien (Eduardo Soto Kloss, 'La nullité de Droit Public en rapport avec les actes de l'administration', Revue de droit de l'Université Catholique de Valparaiso, nº XIV, 1991-1992, page 423). - C'est dans le même sens que se prononce le professeur Jorge Reyes Riveros dans un article publié dans le Mémoire Annuel de 1996 de l'Organe de Contrôle Général de la République, page 213. - La 1ère Cour d'Appel de Santiago a statué de même, en date du 31 juillet 1996, dans un cas figurant au rol. nº 4.601-15",

r) "comme il vient d'être exposé, l'auteur du présent jugement déclare d'office la nullité de Droit Public du Décret Réglementaire nº 1.726, du Ministère de l'Intérieur du 3 Décembre 1973, publié au Journal Officiel du 2 janvier 1974, selon les modalités qui seront énoncées après, puisqu'il s'agit d'un acte administratif édicté en contrevenant à l'article 4 de la Constitution de 1925".

4.5.5.4 C'est dans le même sens que la Sentence du 12 mars 1998 qui a annulé la confiscation du Journal COLOR (document annexe Nº 10), que se prononcent les Sentences

a) - de la Cour Suprême du Chili en date du 21 juillet 1998, qui a annulé la confiscation de la voiture privée de la veuve du Président Salvador Allende (document annexe nº 11);

b) - de la Cour Suprême du Chili du 20 novembre 1997 -document annexe nº. 2 à nos écritures adressées au CIRDI en date des 15 décembre 1997 et 20 mars 1998, Considérant 6º; de même que

c) - de la Cour d'Appel de Santiago du 27 avril 1998, qui réitère la nullité de plein droit, irréformable, imprescriptible, du Décret **Suprême** réglementaire du D.L. Nº 77, tant de fois cité (voir la Sentence dans le document_annexe Nº 12), et celle

d) - du 13 janvier 1997 qui annulle la confiscation des biens de M. Victor PEY-CASADO -document annexe Nº 1 à notre communication du 15 décembre 1997-.

4.5.5.5 La Directive IV.1 du Comité de Développement de la Banque Mondiale pour 1992 rappelle que

"*1. A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except*

where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, (...) and against the payment of appropriate compensation".

4.5.5.6 La nullité de plein droit d'une confiscation qui n'aurait pas été adoptée par un tribunal judiciaire est un facteur qui, selon la Directive IV.2 du Comité de Développement de la Banque Mondiale pour 1992, renforce le droit des demandeurs à la présente instance à une indemnisation "appropriée", c'est à dire "adéquate, effective et prompte" (Directive IV.2).

LA CONFISCATION EST CONTRAIRE AU DROIT INTERNATIONAL

4.5.6 L'art. 42(1) de la Convention du CIRDI autorise les arbitres, dans leur application du droit international, a ne pas prendre en considération la loi nationale applicable lorsque cette dernière, ou une mesure adoptée dans son cadre, viole le droit international, ainsi qu'on peut le lire dans ICSID, 2 "Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention", 570, 580, 984-85 (report on regional consultative meetings et interventions de M. Broches).

Il convient de tenir compte du fait que

"*During the drafting of the Convention, examples given of such violation included situations where a State changed its own law to harm a particular foreign investor. The promulgation of legislation which authorizes expropiation without compensation would represent such a situation*" *(in SHIHATA (I.)- PARRA (A.R.):"Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration Under the ICSID Convention", The World bank in a Changing World, vol. II, The Hague, M.Nijhoff, 1995, p. 467).*

4.5.6.1 Les circonstances très graves dans lesquelles ont été saisies par la force et confisquées de manière illicite, les entreprises de l'investisseur espagnol, sans même le respect du droit de la défense, sont indiscutablement irrégulières, aussi bien selon les règles du droit international. Dans la sentence du 31 mai 1990 du CIRDI (cas **AMCO ASIA et autres c/Indonésie**), le Tribunal a établi à la base des sources

du droit international des conditions selon lesquelles une irrégularité de procédure doit être sanctionnée en tant que telle, en faisant abstraction des motifs de fond susceptibles de la justifier: lorsque l'irrégularité est aussi flagrante, la mauvaise foi aussi manifeste, cela équivaut à un déni de justice (paragraphe 137).

4.5.6.2 La confiscation de l'investissement du citoyen espagnol enfreint le droit international, et ce non seulement dans sa dimension d'investissement commercial.

4.5.6.2.1 L'interdiction de "l'arbitraire" comporte l'exigence que l'expropriation respecte la "procédure légale requise" et, également, ainsi que l'a décidé l'Assemblée Générale de l'ONU dans sa résolution sur l'Erythrée

"No one shall be deprived of property without payment of just and effective compensation".

4.5.6.2.2 La nécessité d'une "compensation appropriée" a été adoptée également dans les Résolutions 1803 et 3281 (Ch. II, 2,2,c) de l'Assemblée Générale des Nations Unies.

4.5.6.3 Le Protocole additionnel nº 1 du 20 mars 1952, à la Convention Européenne pour la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, énonce dans son art. 1 énonce:

"Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international"

4.5.6.4 C'est un principe de Droit International que les droits de l'homme existent au delà de toute référence à une nationalité. De plus en plus les juridictions nationales font prévaloir les traités relatifs aux droits de l'homme sur les autres traités, en estimant que leur contenu justifie cette hiérarchie.

4.5.6.4.1 Dans le cas **Oppenheimer v Cattermole** (1976) AC 249, Lord Cross refusa d'accepter un "acte d'Etat" étranger et manifesta dans 278A-C:

"*[I]t is part of the public policy of this country that our courts should give effect to clearly established rules of international law. Of course on some points it may be by no means clear what the rule of international law is. Whether, for example, legislation of a particular type is contrary to international law because it is 'confiscatory' is a question upon which there may well be wider differences of opinion between communist and capitalist countries. But what we are concerned with here is legislation wich takes away without compensation from a section of the citizen body singled out on racial grounds all their property on which the state passing the legislation can lay its hand and, in addition, deprives them of their citizenship. To my mind a law of this sort constitutes so grave an infrigement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognize it as a law at all*".

4.5.6.4.2 Dans sa Sentence du 18 décembre 1996 le Tribunal Européen des Droits de l'Homme (cas Titina Loizidou c/Turquie), a condamné cette République pour le fait que ses autorités militaires avaient confisqué à Chypre en 1974 les biens de T. Loizidou, et l'avaient empêchée jusque là d'y accéder, d'en faire usage et d'en jouir (40/1993/435/514).

4.5.6.4.3 **Après avoir examiné le cas du présent demandeur, Monsieur VICTOR PEY CASADO, le 24 avril 1997 le Parlement Européen a approuvé à l'unanimité le point de vue selon lequel le Gouvernement de la République du Chili devait mettre fin à la confiscation des biens de l'investisseur espagnol. La décision du Parlement a ainsi endossé les trois avis préalables des Commissions des Relations Économiques, des relations Extérieures et de la Coopération, à l'occasion du débat sur l'Accord-Cadre de Coopération Économique de 1996, entre l'Union Européenne et le Chili, dont l'art. 1 exige le respect effectif des droits et libertés formulés par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 (doc. annexe num. 12 à la Requête)**.

4.5.6.5 Les principes suivants font partie des règles du Droit International coutumier:

a) la règle qui fait obligation aux Etats de respecter et faire respecter les étrangers dans leur personne comme dans leurs biens. Et qui, plus

particulièrement, leur interdit la confiscation des biens des étrangers, c'est à dire une expropriation sans indemnisation et réalisée sans égard à l'obligation de non discrimination ou sans nécessité dictée par l'intérêt public;

b) la règle interdisant le "déni de justice";

c) la règle interdisant tout traitement discriminatoire envers les individus dans l'exercice de leurs droits fondamentaux;

d) le principe qui impose aux Etats la bonne foi dans l'accomplissement de leurs obligations internationales:

e) le principe **pacta sunt servanda**;

f) le principe qui rend l'Etat responsable au plan international des actes commis par ses propres organes, en violation du Droit International;

g) la règle qui interdit l'adoption de mesures contraires à l'ordre public international;

4.5.6.5.1 Toutes ces règles sont actuellement violées par la République du Chili dans le cas présent.

4.5.6.6 Le Report of the Executive Directors, en préparation de la Convention du CIRDI (de la Banque Mondiale), dans son paragraphe 40 dit:

"*The term 'international law' as used in this context should be understood in the sense given to it by art. 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Art. 38 was designed to appply to inter-State disputes*" *(1 ICSID Reports 31).*

4.5.6.7 Dans le cas **LETCO v. Liberia** le Tribunal a soutenu que pour qu'une nationalisation soit conforme au Droit

"*it would have to be based on a legislative enactment, taken for a bona fide public purpose, be non-discriminatory and be accompanied by appropriate compensation*". *(Award, 31.03.1986, 2 ICSID Reports 366).*

4.5.6.8 Dans le cas **SPP v. Egypt** le Tribunal a appliqué le principe de droit international qui établit la responsabilité de l'Etat lorsque des actes non autorisés de fonctionnaires publics ou **ultra vires** ont été exécutés

par des agents de l'Etat sous couvert d'une apparence de caractère officiel (Award, 20.05.1992, 3 ICSID Reports 208).

4.5.6.9 Dans le cas **AAL v. Sri Lanka** le Tribunal a soutenu que c'est un principe de droit international généralement accepté qu'un Etat dans le territoire duquel survient une insurrection est responsable des pertes et dommages subis par les investisseurs étrangers, s'il ne parvient pas à fournir le niveau de protection requis par le droit international, que les dommages aient été produits à l'occasion d'un acte des insurgés, ou qu'ils soient le résultat d'actions anti-insurrectionnelles (Award, 27.06.1990, 4 ICSID Reports 278).

L'EXPROPIATION SANS INDEMNISATION EST ILLICITE ET CONSTITUE UNE CONFISCATION INTERDITE

4.5.7 C'est ainsi que la considère la jurisprudence internationale énoncée dans le cas de l'Usine de Chorzow par la Cour International de Justice le 13.09.1928

"*(...) reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear (...)*".

4.5.7.1 C'est également dans le même sens que s'est prononcée le jugement du 12.04.1977 dans le cas LIAMCO c/LIBYE (Int. Legal Materials, 1981, pp. 91 y 120).

4.5.7.2 Et la jurisprudence du CIRDI dans la décision du 31.03.1986 prise dans le cas LETCO (Legal Materials, 1987, p. 3 du jugement), où il est affirmé que pour que le Liberia puisse qualifier de légitime la nationalisation, il devrait avoir démontré

"*that it was accompanied by payment (or at least the offer of payment) of appropriate compensation*".

4.5.7.3 Cela coïncide avec la doctrine, par exemple CLAGETT: "Present State of the Law of Compensation for Expropriated and Repudiated Property", en HOLGREN (ed.), Symposium on Private Investors Abroad, Problems and Solutions, N.York, International and Comparative Center, 1989, p. 12/1-27 a p. 12/3.

4.5.8 La seconde sentence du cas AMCO c/INDONESIE, après étude des **cas Chattin c/Mexique** de 1927, (4 Ann Dig 248), **IDLER C/VENEZUELA** de 1898, **Walter Fletcher Smith c/Cuba** de 1929 (5 Ann Dig 264), conclut que:

- "*against the background of a denial of justice, damages were nonethless awarded*" *(p.133),*

- "*the question in international law is not whether procedural irregularities generate damages per se. Rather, the international law test is wheter there has been a denial of justice*" *(p. 136),*

- "*as Commissioner Nielson reminded in the McCurdy case (5 Ann Dig 16), even if no single act constitutes a denial of justice, such denial of justice can result from a 'combination of improper acts'*" *(p.136),*

- "*The Tribunal finds that, where there has been an unlawful taking of contract r ights, lost profits are in principle recoverable*" *(p.178)*

- dans le cas Elettronica Sicula SpA (ELSI) (USA c/Italie) -ICJ Reports,1989-

"the International Court of Justice drew a distinction between unlawfulness in municipal law and arbitration under international law. The distinction it drew is, in the view of the Tribunal, equally germane to the distinction between procedural unlawfulness and a denial of justice. The Court stated that arbitrariness 'is not so much something opposed to a rule of law, as something similar to disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety" *(p.136),*

- "*the Tribunal sees no provision of international law that makes impossible a denial of justice by an administrative body*" *(p.137).*

4.5.8.1 D'où il s'ensuit que nous pouvons paraphraser le point 137 de la Sentence du **cas AMCO**:

"*if one applies the test of the ELSI case (84 ILR 311) 'a wilful disregard of due process of law'; or in the Idler case (the need for 'ordinary justice'); or in the Chattin case ("bad faith, wilful neglect of duty, or insufficiency of action apparent to any unbiased man'), it can be seen that the BKPM handling of PT Wisma's complaint, which led in turn to the approval of the President of the Republic to the proposal for*

revocation, constituted a denial of justice",

et lire à la page 178 de cette Sentence:

"*The Tribunal concludes that BKMP's action was a denial of justice which effectively deprived Amco of its contract rights, and that non-speculative profits under that contract are recoverable*",

et à la page 186:

"*The only subsequent known factors relevant to value which are not to be relied on are those attributable to the illegality itself*",

et à la page 187

"*It is well established in international law that the value of property or contract rights must not be affected by the unlawful act that removed those rights* (see Staret Housing Corporation v. Iran,84 ILR 645 at 655, 4 Iran-US Claims Tribunal Reports, vol. 3, 176 at 202).

4.5.8.2 La procédure qui a amené le Gouvernement de fait du Chili à ratifier le Décret qui a dissout CPP S.A. et EPC Ltée. constitue un acte de déni de justice

LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS CPP S.A. ET EPC LTÉE. EST UN ACTE DE MAUVAISE FOI

4.5.9 C'est un principe général de Droit que le devoir s'impose de procéder loyalement dans les relations juridiques, ou, autrement dit, d'agir de bonne foi.

4.5.9.1 Dans le cas hypothétique où la République du Chili continuerait à alléguer des motifs qui, selon elle, justifieraient la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée., il conviendrait d'invoquer ici le point 143 de la seconde Sentence du cas AMCO, déjà citée:

"*The Tribunal, in dealing with this question, does not have to make findings of law because of its determination that BKMP's substantive decision was irrevocably tainted by bad faith. This necessarily means that, even were a decision on grounds other than those stated in the Decree in principle sustainable, they could no more be lawful than the decision made on grounds of shortfall of investment, because of the general background that pervaded the decision-making*".

ENRICHISSEMENT SANS CAUSE DE L'ÉTAT CHILIEN

4.5.10 C'est un principe général du droit reconnu par les nations civilisées, dans le sens établi dans le par. 1.c) de l'art. 38 de la Charte de la Cour Internationale de Justice, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

La Défenderesse s'est rendue coupable d'enrichissement injuste en s'appropriant

a) d'un investissement effectué par le citoyen espagnol,

b) des bénéfices de l'investissement, tant en ce qui se réfère à l'usage et à la jouissance des deux machines rotatives que du reste des biens meubles et immeubles de CPP S.A. et EPC Ltée.,

ainsi que en proscribant

c) les bénéfices que les Sociétés et l'investisseur auraient pu obtenir de l'investissement depuis la date de la dépossession le 11 septembre 1973 jusqu'à celle de l'exécution de la Sentence à intervenir.

4.5.10.1 La notion d'enrichissement injuste est reconnue dans le droit interne du Chili.
Le Code chilien dispose que

- art. 2300: "Celui qui a reçu de l'argent ou une chose fongible qui ne lui était pas due, est obligé à restituer l'équivalent de mêmes nature et qualité".
S'il l'a reçu de mauvaise foi, il doit également les intérêts courants".

- art. 1467: "Il ne peut y avoir d'obligation sans cause réelle et licite (...) On entend par cause le motif qui induit à l'acte ou au contrat; et par cause illicite toute cause interdite par la loi, ou contraire aux bons usages ou à l'ordre public".

- art. 1681: "Est nul tout acte ou contrat auquel fait défaut l'une des conditions requises par la loi pour la validité dudit acte ou contrat, selon sa nature et sa qualité ou l'état des parties. La nullité peut être absolue ou relative".

-art. 2314: "Celui qui a produit le dommage est obligé à l'indemnisation, ainsi que ses héritiers.

- *art. 2320: "Toute personne est responsable non seulement de ses propres actes, mais aussi du fait de ceux qui seraient à sa charge".*

4.5.10.1.2 L'enrichissement sans cause est également proscrit par le Droit International dans l'hypothèse où la perte subie par l'investisseur découle d'un acte illégal au plan international ainsi que dans d'autres circonstances -cas Turbelle c/Netter (Rec. 4.345); Ch. fer du Nord c/Deutsches Reich (Rec. 9.67). C'est aussi le sens de la 2ème. Sentence dans le cas AMCO (points 155 et 156).

L'ETAT DU CHILI A AGI DE MAUVAISE FOI

4.5.11 La saisie par la force, à partir du 13 septembre 1973, la dissolution illégale des deux sociétés et la confiscation de tous les biens de l'investissement, ont causé un dommage certain à l'investisseur espagnol; elles l'ont privé de l'usage et de la jouissance de tous ses équipements, des installations, des deux presses rotatives, des biens meubles et immeubles, elles l'ont empêché de façon absolue de réaliser l'activité commerciale normale des entreprises acquises en 1972.

4.5.12 Dans le cas qui fait l'objet du présent différend, aux illégalités et à la mauvaise foi dont s'est rendu coupable le Régime de facto en dissolvant les Sociétés et en confisquant leurs biens, il convient d'ajouter, de surcroît, la mauvaise foi du Gouvernement actuel: malgré les demandes en 1995, 1996 et 1997 par le demandeur de l'indemniser des dommages et préjudices, démarches auxquelles se sont ajoutées celles du Gouvernement et du Parlement Espagnols, et même du Parlement de l'Union Européenne, la République du Chili a opposé un refus (documents annexes num. 22 et 23 à la Requête).

4.5.12.1 La Sentence du 27 Juin 1990 dans le cas **Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c/République de Sri Lanka**, affirme dans son paragraphe 77

"Acording to modern doctrine, the violation of international law entailing the State's responsability has to be considered constituted by 'the mere lack or want of diligence', without any need to establish malice or negligence (cf. D.F. Amerasinghe, State responsability for injuries to aliens, Oxford, 1967, pp. 281-282; F.V. García-Amador, The changing law of international claims, vol. I, 1987, pp. 115,118; M.

Bedjaoui, "Responsability of States: fault and strict liability", Encyclopedia of International Law, vol. 10, 1987, p.359, y K. Zemanek, "Responsability of States: General Principles", ibid., p.365)".

Présomption défavorable à l'encontre de l'Etat chilien

4.5.13 Le Gouvernement chilien n'a jamais restitué aux demandeurs les livres de commerce, inventaires des biens immeubles, meubles et équipements, ni les balances comptables ou soldes bancaires de CPP S.A. et EPC Ltée., tous dérobés aux bureaux de ces dernières et à celui de monsieur Víctor Pey Casado. Ces documents sont en possession des Autorités chiliennes, ce qu'elles ont reconnu dans le procès judiciaire pour présomption de fraude fiscale de M. Saint Marie, qui s'est tenu à la 8ème. Chambre de Santiago.

4.5.13.1 Malgré les demandes adressées au CIRDI les 5 octobre 1998, et 2 et 9 février 1999, la République du Chili n'a pas produit les documents.

4.5.13.2 Ce sont des éléments de preuve aux fins d'estimation des bases du calcul des dommages.

4.6 LA REPARATION DU DOMMAGE SUBI

Le demandeur démontrera, sur la base des textes et de la jurisprudence dans la matière, qu'il est bien fondé à être indemnisé du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* ainsi que de son préjudice moral, étant entendu que cette condamnation devra être prononcée en dollars et sera assortie d'intérêts capitalisés depuis la date de la dépossession.

BASES LÉGALES FONDANT LE PRINCIPE D'UNE COMPENSATION

4.6.1 Sont applicables celles qui sont explicitement établies dans:

1. Le Traité entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la Protection et le Soutien réciproque des Investissements avec son Protocole, et tout spécialement les arts. n°5, 10.4 et autres dispositions concordantes,

2. la Convention de Washington du 18 mars 1965, particulièrement son

article 42 et autres dispositions concordantes.

3. la jurisprudence des Sentences arbitrales du CIRDI.

4.6.1.1 Aussi la Sentence du 31.05.1990 rendue par le CIRDI dans le cas AMCO ASIA et al. c/Indonésie, établit que la conduite de la police et de l'armée indonésiennes constituaient un acte illicite impliquant la responsabilité internationale de l'Indonésie, et elle ajoute (p.40)

" *This Tribunal notes that Article 42(1) refers to the application of host-state law and international law. If there are no relevant host-state laws on a particular matter, a search must be made for the relevant international laws. And, where there are applicable host-state laws, they must be checked against international laws, which will prevail in case of conflict. Thus international law is fully applicable and to classify its role as 'only' 'supplemental and corrective' seems a distinction without a difference. In any event, the Tribunal believes that its task is to test every claim of law in this case first against Indonesian law, and then against international law.*"

4.6.1.1.1 La Sentence qui vient d'être citée examine dans son paragraphe 134 le **cas Walter Fletcher Smith** de 1929, où il a été considéré que l'expropriation des biens de ce citoyen des États-Unis était incompatible avec les exigences de la Constitution cubaine et celles du droit international. En outre dans son paragraphe 136, elle invoque la décision de la Cour Internationale de Justice dans le cas **Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA c/Italie)** (Recueil des Arrêts de la CIJ, 1989), en ce que la CIJ établit une distinctions entre l'illégalité selon le droit local et l'arbitraire selon le droit international, et affirme que l'arbitraire "ne s'oppose pas tant à une règle de droit qu'à la règle du droit", le critère étant constitué par la "méconnaissance intentionnelle des droits de la défense, acte qui heurte ou, pour le moins, surprend le sentiment de la décence au plan judiciare". Enfin, dans ses paragraphes 137, 138, 143 la Sentence citée du CIRDI conclut:

"137 (...) the Tribunal sees no provision of international law that makes impossible a denial of justice by an administrative body. (...) 138. There are thus indications, both as a matter of Indonesian and international law, that the circumstances surrounding BKPM's decision tainted the proceedings irrevocably".

4.6.1.1.2 Ce déni de justice et le vice de procédure se manifestent également dans l'acte administratif de confiscation de l'investissement du citoyen espagnol.

4.6.1.2 La Sentence du CIRDI, du 20.05.1992 (**cas Southern Pacific Properties c/République Arabe d'Egypte**), affirme, dans son

paragraphe 84:

"84. *When municipal law contains a lacuna, or international law is violated by the exclusive application of municipal law, the Tribunal is bound in accordance with Article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law*".

4.6.1.3 Et pour ce qui concerne le rapport entre le Droit de l'Etat hôte et le Droit International selon le deuxième paragraphe de l'art. 42(1) de la Convention, M. Broches a écrit dans un texte explicitement cité par l'arrêt ci-dessus à la suite de l'arrêt qui précède:

"*The Tribunal will first look at the law of the host State and that law will in the first instance be applied to the merits of the dispute. Then the result will be tested against international law. That process will not involve the confirmation or denial of the validity of the host State's law, but may result in not applying it where that law, or action taken under that law, violates international law. In that sense (...) international law is hierarchically superior to national law under Article 42(1)*".
(A. Broches: 'The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States', Selected Essays, Dordrecht, Martinus Nijhoff Pub., 1995, p. 229)."

LA COMPENSATION POUR CONFISCATION ILLICITE INCLUT LE *DAMNUM EMERGENS* ET LE *LUCRUM CESSANS*

4.6.2 La rentabilité économique de CPP S.A. et CPP S.A. résulte des rapports et justificatifs établis par la représentation de l'Etat et présentés par cette dernière au procès judiciaire initié en septembre 1975 devant la 8ème Chambre de Santiago.

4.6.2.1 Les entreprises EPC Ltée. et CPP S.A. étaient conduites selon des critères de gestion productifs, que les bénéfices engendrés étaient destinés à des investissements qui augmentaient et diversifiaient leur capacité de production et leur rentabilité, en même temps qu'ils investissaient une partie de leurs bénéfices dans d'autres secteurs économiques. L'important patrimoine immobilier accumulé par EPC Ltée. et CPP S.A. entre 1955 et 1973 démontre une rentabilité et une

diversification des investissements.

4.6.2.2 A partir de l'expérience acquise ainsi démontrée, en matière de gestion économique, EPC Ltée. et CPP S.A. pouvaient raisonnablement espérer des bénéfices futurs.

4.6.2.3 L'art. 5 du Traité bilatéral passé à Santiago le 2.10.1991 dispose que:

"*La Partie qui adoptera ces mesures [nationalisation, expropriation ou toute autre mesure de caractéristiques ou d'effets similaires] payera à l'investisseur, sans retard injustifié, une indemnisation adéquate, en monnaie librement convertible*".

4.6.2.4 l'art. 38.1.c) des Statuts de la Cour Internationale de Justice considère comme des principes généraux du Droit l'indemnisation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*

4.6.2.5 L'investisseur est pleinement fondé à exiger que dans l'estimation de l'indemnisation, soient inclus tant le *damnum emergens* que le *lucrum cessans.*
L'art. 1556 du Code Civil énonce:

"*l'indemnisation des préjudices comprend le damnum emergens et le lucrum cessans, qu'ils proviennent de ce que l'obligation n'a pas été remplie ou l'a été de façon imparfaite, ou encore que son accomplissement ait été retardé.*

Sont exceptés les cas où la loi la limite expressément au damnum emergens".

Et l'art. 1558 du même Code Civil énonce:

"*Si l'on ne peut imputer de dol au débiteur, il est seulement responsable des préjudices prévus, ou qui pouvaient être prévus, au moment du contrat; mais s'il y a dol il est responsable de tous les préjudices qui ont été conséquence immédiate ou directe de ce qu'il n'a pas rempli l'obligation ou de ce qu'il en a retardé l'accomplissement*".

4.6.2.6 La doctrine des décisions du CIRDI, reprise dans la sentence du second tribunal dans le cas AMCO, en date du 5.06.1990, paragraphe 176 (Int. Law Reports, 1992) est de reconnaître comme principe du Droit International contemporain que les bénéfices futurs (*lucrum cessans*) doivent être indemnisés dans les cas de confiscation illégale.

4.6.2.7 Le dies a quo pour le calcul de l'indemnisation des préjudices est, conformément à l'art. 1557 du Code Civil du Chili, à partir du moment de l'infraction.

4.6.2.7.1 Ce principe a été appliqué dans le **cas SPP c/Egypte**

"*in the face of a gap in the host State's law, the Tribunal turned to international law, which is found to offer a rule providing for interests from the date on which the dispossession effectively took place*"
(Award, 20 may 1992, 3 ICSID Reports 241/2, at p. 243/4. Ver DELAUME (G.R.): "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI: Considérations sur le droit applicable, Révue de l'Arbitrage 39 (1994), p. 60)).

4.6.2.8 La Sentence du 31 mai 1990 du CIRDI dans le **cas AMCO ASIA et autres c. l'Indonésie** reprend le même principe (pár. 172 y 174):

"*172. So far as international law is concerned, it is clear that damages are due for harm caused by wrongful acts (...) it is required to characterize the acts that BKPM [les autorités de l'Indonésie] did engage in and to see if those acts, if unlawful, caused damage to Amco. It is not required to see if, had it acted fairly, harm might then have rather been attributed to Amco's own fault*".

et elle ajoute (dans le par. 178):

"*The Tribunal finds that, where there has been an unlawful taking of contract rights, lost profits are in principle recoverable (..) It is equally clear from the May case (Guatemala v. USA) that recovery was to be allowed for profits that would have been expected over the remaining period of the contract*".

4.6.2.8.1 De même la Sentence du CIRDI déjà citée, du 31 mai 1990, reprend, aux paragraphes 183 et 185, les affaires Sapphire International Petroleum c/NIOC (35 ILR 136) et Usine de Charzow (CPJI, Série A, nº 17, p. 47) pour conclure:

"*Le principe est bien établi (...) le juge Lagergren écrivait: 'il est bien établi que la mesure des dommages et des intérêts doit se rapprocher le plus possible en termes monétaires à la restitutio in integrum*'" (affaire INA Corp., p. 385)

4.6.2.8.2 La Sentence affirme que la prévisibilité du *lucrum cessans* s'applique au principe du préjudice, non à son chiffrage, le but de la réparation étant de placer l'investisseur dans la situation où il se serait trouvé si l'expropriation illicite n'avait pas eu lieu (paragraphes 182-186).

4.6.2.8.3 La Sentence citée reconnaît de même que l'obligation de minimiser les pertes est un principe de droit international, en conformité de l'art. 42(1) de la Convention de Washington, mais qu'étant donné qu'AMCO ne disposait d'aucun moyen de minimiser ses pertes, il ne convenait pas de réduire la réparation en s'appuyant sur ce fondement (paragraphes 147-149).

4.6.2.9 L'excellente gestion caractérisant EPC Ltée. et CPP S.A. plaçaient ces entreprises parmi les plus dynamiques et les plus efficaces du secteur privé au Chili. Afin d'évaluer comparativement le montant du *lucrum cessans* que réclament EPC Ltée. et CPP S.A. on invoque ici la rentabilité moyenne d'autres entreprises appartenant au secteur privé du Chili, telles que celles de monsieur Angellini, celles de monsieur Luksic, ou celles de monsieur Matte, dont il est de notoriété publique que les actifs entre 1973 et 1993 ont augmenté à un taux moyen annuel et cumulatif de dix-huit pour cent (18%).

4.6.2.10 La capacité d'EPC Ltée. et CPP S.A. de générer des bénéfices était si grande qu'il serait maintenant arbitraire de lui refuser la capacité d'obtenir des bénéfices semblables à ceux des entreprises cités au point précédent.

DEVISE DE PAIEMENT DE L'INDEMNISATION

4.6.3 La Directive IV.7 relative au traitement de l'investissement étranger direct, émanant de la Banque Mondiale estime que

"7. Compensation will be deemed 'effective' if it is paid in the currency brought in by the investor where it remains convertible".

TAUX D'INTÉRÊT COMPENSATOIRE

4.6.4 L'application d'un taux d'intérêt doit être retenu pour le calcul de l'indemnisation accumulée entre les *dies a quo* -la date de la saisie par un acte illicite, recourant à la force, des entreprises commerciales acquises par l'investisseur espagnol- jusqu'au *dies ad quem* -la date du paiement complet de l'indemnisation fixée par la Sentence qui mettra fin à la présente demande d'arbitrage.

4.6.4.1 Dans le cas Atlantic Triton Co. c/ People's Revolutionary Republic of Guinea (Arrêt du 21 avril, 1986, 3 ICSID Rep. 13), pour ce qui concerne les intérêts le Tribunal a rappelé que, le dollar étant l'unité monétaire, il était équitable de retenir comme intérêt le taux de 9% comme étant à ce moment le taux d'intérêt de base interbancaire des Etats Unis.

4.6.4.1.2 La Sentence du CIRDI du 27.06.1990 (cas **AAPL C/République de Sri Lanka**), affirme dans son paragraphe 114 que

"*The survey of the literature reveals that, in spite of the persisting controversies with regard to cases involving moratory interests, that case-law elaborated by international arbitral tribunals strongly suggests that in assessing the liability due for losses incurred the interest becomes an integral part of the compensation itself, and should run consequently from the date when the State's international responsability become engaged*"(cf. R. Lillich, "Interest in the Law of International Claims", Essays in Honor of Vade Saario and Toivo Sainio, 1983, p. 55-56)".

4.6.4.3 Quant au *dies a quo* l'art. 1557 du Code Civil chilien dispose que

"*L'indemnisation des préjudices est due à partir du moment où le débiteur s'est placé en position de retard, ou, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, à partir du moment où il y a été contrevenu*".

4.6.4.4 La Sentence du CIRDI du 20.05.1992, rendue dans le cas **Southern Pacific Properties c/R.A. d'Egypte**, dans ses paragraphes 234 et 235 reprend les mêmes principes pour le **dies a quo**

"*(...) it is legitimate to apply the logical and normal principle usually applied in cases of expropriation, namely, that the dies a quo is the date on which the dispossession took place, since it is from that date that the deprivation has been suffered. This principle is supported by the doctrine and the jurisprudence of international tribunals. (...) To fix the dies a quo from the date of filing the claim or the date of the award, as requested by the Respondent, would encourage parties who have expropriated property to refuse to pay compensation and to delay the proceeedings seeking compensation. (...)*"

4.6.4.4.1 En ce qui concerne le dies ad quem pour les intérêts, le point 235 de la Sentence dans le cas **Southern Pacific Properties c/R.A. d'Egypte** rappelle que la jurisprudence dominante en matière d'arbitrage international est que les intérêts courent jusqu'à la date du paiement complet de l'indemnisation, et cette conclusion est soutenue par la

doctrine.

4.6.4.5 Les intérêts composés sont préconisés dans le Droit interne chilien.

4.6.4.5.1 La loi num. 18.010 établit des règles d'application générale en matière d'intérêts (Journal Officiel du 27.06.1981), et son art. 9 énonce:

"*Il pourra être stipulé un paiement d'intérêts sur intérêts, en les capitalisant à chaque échéance ou reconduction. En aucun cas la capitalisation ne pourra se faire sur des périodes inférieures à trente jours (...) Les intérêts correspondant à une opération échue qui n'auraient pas été payés y seront incorporées, à moins qu'il soit expressément établi le contraire*",

alors que son art. 11 énonce:

"*Les intérêts sont produits jour par jour. A l'effet de la présente loi, les termes mensuels sont de trente jours, et les termes annuels de trois cent soixante jours*".

4.6.4.5.2 Notons qu'ici cette disposition est pleinement conforme à la situation réelle, s'agissant de bénéfices commerciaux très ostensiblement destinés à rentrer annuellement dans le circuit productif dont d'investisseur espagnol a été privé, et ce pendant une période prolongée sans aucun recours possible, empêchant tout espoir de "remise en marche" réaliste, qui aurait pu jouer un rôle accessoire et atténuer le préjudice commercial.

4.6.4.6 D'ailleurs, dans certains arbitrages du CIRDI il a été accordé des intérêts composés (par exemple dans le cas "Atlantic Triton c/Guinée", Sentence en date du 21 avril 1986, 3 ICSID Reports 30, 32, 33, 43).

L'INFLATION DOIT ÊTRE PRISE EN COMPTE POUR LA FIXATION DU TAUX COMPENSATOIRE

4.6.5 Le droit interne de la République prend en considération l'inflation dans le calcul des obligations monétaires. C'est le cas par exemple dans la loi num. 18.010 déjà citée.

4.6.5.1 La Sentence du CIRDI DU 20.5.1991, rendue dans le cas Southern Pacific Properties c/R.A. d'Egypte, reprend dans ses paragraphes 239 à 241 la doctrine établie dans le cas Aminoil, et dispose que l'indemnisation doit être ajustée à la hausse pour tenir compte de la dépréciation du Dollar US:

> *"une telle correction est nécessaire pour que l'indemnisation soit équitable. Autrement les demandeurs subiraient un préjudice grave du fait de la dépréciation monétaire survenue pendant cette période (...)".*

L'INDEMNISATION DOIT INCLURE LE DOMMAGE MORAL

4.6.6 L'investisseur espagnol a subi de graves préjudices sur le plan humain du fait de la confiscation illégale des biens, droits et crédits découlant de son investissement, alors même qu'il venait d'y consacrer des ressource énormes et un travail acharné. Il lui a été refusé les droits que lui reconnaissaient la Constitution, les lois et les engagements internationaux du Chili, ce qui l'a empêché d'exercer ses activités d'entrepreneur en le privant des moyens économiques nécessaires. Une telle situation prolongée pendant 25 ans et plus, a entravé de manière aussi considérable qu'évidente la réalisation de son potentiel humain, et de sa personnalité en général. Il n'est pas inutile de rappeler ici que Monsieur Victor Pey-Casado, qui était alors en pleine activité, a actuellement 84 ans.

4.6.6.1 En outre, le maintien de la confiscation au delà de 1990, date de la constitution de la Fondation "Président Allende", a privé cette dernière des bénéfices d'un patrimoine indispensable à la réalisation de son objet social.

4.6.6.2 Au titre de compensation du dommage moral il est sollicité, Monsieur Víctor Pey-Casado et la Fondation son bien fondés à recevoir une indemnisation pécuniaire complémentaire de l'indemnisation compensatoire que la décision d'arbitrage accordera.

4.6.6.3 Le principe relatif à la réparation des dommages moraux se rencontre dans des nombreuses manifestations de la pratique de l'Etat. Par exemple dans la "Determination of ceilings for compensation for mental pain and anguish", décision adoptée par le Governing Council de la **Commission de Compensation des Nations Unies** (4ème session, réunion 22 du 24 janvier 1991), U.N. Doc. S/ AC.26/1992/8 ("Décision

8"). De même, dans les paragraphes 23 et 31 (qui octroient des dommages moraux aux membres survivants de la famille des descendants) de la décision adoptée le 11 janvier 1992 par la Commission Chili-EE.UU., réunie conformément au Traité de 1914 pour le règlement des controverses en relation avec le différend concernant la responsabilité de l'Etat chilien dans l'assassinat, à Washington D.C., de Monsieur Orlando Letelier, Ministre des Affaires Etrangères du Président Allende, et de Mme. Ronni Moffitt par des agents de l'Etat chilien le 21 septembre 1976 (31, I.L.M., 1).

LA DETERMINATION DU CONTENU DE LA RÉPARATION: LE MONTANT DE LA COMPENSATION RECLAMEE

4.6.7 Une fois établi que l''État a gravement manqué à ses obligations nationales et internationales, il convient de déterminer le contenu de la responsabilité qui en résulte.

4.6.7.1 On doit distinguer deux questions: le degré de la réparation et la méthode de détermination du montant de la compensation à octroyer.

4.6.7.1.1 Le degré de la réparation

Avant tout il paraît évident, dans les circonstances du cas présent, qu'on doit écarter la *"restitutio in integrum"*, c'est à dire la remise des biens et droits du demandeur dans la situation dans laquelle il se seraient trouvés si la confiscation n'avait pas eu lieu. Le temps écoulé, la disparition des biens confisqués ou le fait qu'ils soient inutilisables, le contexte économique complètement différent existant actuellement, etc., font que cette solution n'est pas viable, et partant déraisonnable, et qu'elle ne réparerait pas le préjudice subi.

4.6.7.1.1.2 La "*restitutio*" en accord avec les principes du Droit International étant écartée, le degré de réparation correspondant à une confiscation illicite de la gravité de celle commise par l'Etat chilien qui doit inclure de la sorte le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*[14].

---

[14] *Cfr. les références de Santosuosso, loc.cit., p.216 (**aff. AMCO**) y p.225). Aussi P. Rambaud: "Des obligations de l'Etat vis-a-vis de l'investisseur étranger (sentence **AAPL c. Sri. Lanka**)". A.F.D.I., 1992, p. 508.*

4.6.7.1.1.3 Cette règle a été confirmée par la jurisprudence des organes d'arbitrages dans le cadre du CIRDI.

4.6.7.1.1.4 Par ailleurs, dans le contexte où se déroule le présent litige, qui est un cas caractérisé d'actes gravement contraires au Droit interne du Chili et au Droit International, il n'est pas admissible que l'Etat défendeur puisse alléguer, afin d'atténuer sa responsabilité, la validité de règles de Droit interne différentes de celles du Droit International comme prétexte pour manquer à l'accomplissement de son obligation d'effectuer une pleine compensation. Pareillement, le degré d'enrichissement de l'Etat du Chili du fait de la confiscation demeure sans portée sur la détermination de la réparation finale.

Méthode de détermination du montant de la compensation

4.7 Pour ce qui est de la méthode de détermination du montant de la compensation, il est certain que la majorité de la jurisprudence du CIRDI préfère agir en fonction de l'espèce, dans le cadre de certains principes généraux définis à la lumière du Droit interne du pays qui doit la réparation et du Droit International.

4.7.1 Cela étant, compte tenu du principe de "compensation intégrale" qui est celle que recouvre le qualificatif "adéquat et juste" dans le cas d'une confiscation gravement illicite[15], ladite compensation doit recouvrir la valeur totale des biens confisqués au moment de la confiscation, incluant, le cas échéant, les "actifs" propres des entreprises "en fonctionnement" et prenant en compte le caractère "productif" des biens confisqués.

4.7.2 En outre la compensation intégrale inclut le *lucrum cessans*, qui ne doit pas être trop "éloigné" ou "spéculatif", c'est à dire les bénéfices qui, selon toute probabilité, eussent été obtenus[16].

---

[15]Sur le principe central de l'indemnisation "adéquate" ou "juste", voir P. Rambaud P. Rambaud: "L'Affaire "des pyrámides":suite et fin", A.F.D.I., 1993, p.573.

[16]Cfr. Santuoso, loc.cit., p.217.

4.7.3 De toutes façons il convient de tenir compte, pour un calcul fait dans une monnaie définie, de la valeur des biens confisquées, de la possible dévaluation de cette monnaie au cours des années[17]..

4.7.4 Au cas présent la compensation devra être réalisée en dollars, monnaie dans laquelle a été effectué l'investissement, et qui est naturellement une monnaie "librement convertible" ainsi que l'exige l'article 5 du Traité bilatéral de 1991.

4.7.5 Pour ce qui concerne l'octroi d'intérêts, mis à part ce que nous avons vu préconisé par le Droit chilien, les solutions du Droit international établissent que, dans le cas ou l'indemnisation due pour le manque à gagner consiste en intérêts sur une somme d'argent, ces intérêts courront à partir du premier jour où ils n'auraient pas été pris en compte, aux fins d'indemnisation, pour la somme octroyée comme principal, et jusqu'au jour du paiement effectif. D'autre part des intérêts composés seront octroyés dans la mesure où ils seraient nécessaires à une indemnisation complète, le taux d'intérêt sera celui qui apparaîtra le plus adéquat à cette fin[18].

Concernant le droit à indemnisation

4.8 L'art. 10.10º de la Constitution de l'Etat du Chili en vigueur en 1973 -et jusqu'à 1980- (doc. annexe Nº 24 à la Requête du 6.11.1997; docs. annexes Nº 5 et 6 à nos écritures en date du 28 août 1998) dispose que

"*Nul ne peut être privé de ce qui lui appartient si ce n'est en vertu d'une loi générale ou particulière autorisant l'expropriation pour cause d'utilité publique ou d'intérêt social, énoncée comme telle par le législateur. L'exproprié aura toujours droit à une indemnisation (...). La loi déterminera les règles pour fixer l'indemnisation, le tribunal qui aurait à connaître des réclamations relatives a son montant, et qui dans tous les cas statuera conformément au droit (...)*".

4.8.1 La Constitution en vigueur depuis 1981 dispose dans son article 19.24º (doc annexe num.7 à nos écritures adressées au Centre en date du 28 août 1998) que

---

[17]Cfr.Rev. de l'arbitrage, cit., p. 58-59.

[18]Cfr. G. Arangio Ruiz: "Deuxième Rapport à la CDI", A/CN.4/425/ADD de 1-6-1989, p.23.

"Nul ne peut, en aucun cas, être privé de ce qui lui appartient, du bien qui lui échoit ou de l'un quelconque des attributs ou prérogatives essentiels de la pleine propriété, si ce n'est en vertu d'une loi générale ou particulière autorisant l'expropriation pour cause d'utilité publique ou d'intérêt national, énoncée comme telle par le législateur. L'exproprié (...) aura toujours droit à l'indemnisation pour le dommage patrimoniale effectivement causé (...)".

Concernant le droit à intérêts.

4.9 La condamnation à verser des intérêts s'appuie sur de nombreux cas figurant dans la pratique internationale. Entre autres: **Affaire du bateau à vapeur Wimbledon**, C.P.I.J., 1923 (ser. A) n° 1, p. 15, 33; **Affaire de l'usine Chorzow**, cit., p. 47; Sentence arbitral dans l'affaire **Illinois Central Railroad Co. c/Etats Unis du Méxique**, 4 R.I.A.A., 134, 137 (6.12.1926); Tribunal des réclamations Etats Unis-Iran, décision dans l'affaire **Islamic Republic of Iran c/EE.UU.**, Doc. 65-A19-FT (30.9.1987), 16 Iran U.S. C.T.R. 285, 289-290; Décision adoptée par le "Governing Council" de la **Commission de compensation des Nations Unies** (réunion du 18.12.1992) U.N. Doc. S/AC.26/1992/16 (1993).

4.9.1 L'art. 4, paragraphes 1 et 2 du Traité bilatéral entre le Chili et l'Espagne du 2.X.1991 établissent la clause de l'investisseur national le plus favorisé (doc. annexe num. 3 à la Requête).

4.9.2 L'art. 7 du même Traité concernant "Les conditions les plus favorables" dispose que

"Les conditions plus favorables à celles du présent Accord qui auraient été convenues entre l'une des Parties, (...) s'il résultait une réglementation générale ou particulière en vertu de laquelle il devait être concédé aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement plus favorable que celui prévu dans le présent Traité, ladite réglementation prévaudra sur le présent Traité dans la mesure où elle serait plus favorable".

Le Traité bilatéral pour la protection des investissements entre le Chili et la France, énonce dans son art. 5:

"2. (...) Toute mesure de privation (touchant les nationaux ou sociétés [ressortissants] de l'autre Partie contractante, quant à leurs investissements sur le territoire de la première) qui pourrait être adoptée donnera lieu à une indemnisation

rapide et adéquate, dont le montant sera calculé sur la base de la valeur réelle des investissements en question et sera fixée conformément à la situation économique normale prévalant avant toute menace de privation; cette estimation pourra être soumise à une procédure judiciaire régulière.
"Lesdites indemnisations, les sommes et les conditions de paiement seront fixées, au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnisation sera effectivement réalisable, elle sera payée sans retard et sera transférable librement. Jusqu'à la date de paiement elle produira des intérêts calculés selon le taux approprié du le marché".

4.9.3 L'investisseur espagnol ne saurait être traité de façon moins favorable que l'investisseur français.en ce qui concerne l'adjonction à l'indemnisation due, de interêts, dommages et préjudices (incluant le *lucrum cessans*),

4.9.4 Étant donné que la devise dans laquelle a été réalisée l'investissement est le dollar U.S., c'est en cette devisé que devront être calculés les intérêts.
Dans le **cas MINE c./la Guinée** le Tribunal a calculé le taux d'intérêt compensatoire en dollars, car celle-ci avait été la monnaie utilisée pour l'investissement (Award du 6 juin 1988, 4 ICSID Reports 76; décision du 22 décembre 1989, 4 ICSID Reports 108).

CALCUL DE L'INDEMNISATION

4.10 Son calcul se fondera sur

4.10.1 les Règles relatives au traitement de l'investissement étranger direct, approuvées en septembre 1992 par le "Development Committee" du "World Bank Group", en particulier la Directive IV, paragraphes 3 à 6,

4.10.2 le taux de dépréciation monétaire annuel moyen entre septembre 1973 et la date à laquelle la sentence sera prononcée.

4.10.3 le taux d'intérêt annuel du marché monétaire pour les dépôts à terme en $US entre septembre 1973 et la date de la Sentence,

4.10.4 pour ce qui concerne spécifiquement EPC Ltée.: la valeur actualisées du flux de fonds (Discounted Cash Flow [DCF]), que la

Directive IV.6.3 relative au traitement de l'investissement étranger direct, approuvée par le "Development Committee" du "World Bank Group", définit comme

"*les encaissements que l'on prévoit de manière réaliste que l'entreprise devrait obtenir chaque année successive de sa vie économique, conformément à une projection raisonnable, diminués des frais effectivement prévus pour cette même année, après avoir appliqué à ce flux d'encaissements nets, correspondant à chaque année, un facteur d'actualisation qui reflète la valeur temporaire de l'argent, l'inflation prévue et le risque associé à ce flux de fonds selon des circonstances correspondant à la réalité. Ledit taux d'actualisation peut être mesuré en examinant la rentabilité, sur le même marché, des investissements alternatifs soumis à un risque comparable, sur la base de leur valeur actuelle*" [traduction non officielle],

4.10.5 pour ce qui concerne CPP S.A.: sa valeur de reconstitution ou sa valeur comptable.

Calcul du damnum emergens et lucrum cessans

4.11 Dans l'estimation des dommages et préjudices découlant de la confiscation on a retiendra les conclusions du CIRDI dans les **cas AMCO** cités plus haut, selon lesquelles l'indemnisation doit couvrir le dommage qui serait une conséquence prévisible de l'acte d'expropriation:

"foreseeability goes to causation and damages, and normally not to the quantum of the profit...The principle of foresseability does not require that the party causing the loss is at that moment of time able to foresee the precise quantum of the loss sustained" (p.175 du second rapport AMCO).

4.11.1 Dans le même sens, Arangio-Ruiz rapporteur spécial de la Commission de Droit International sur la question de la responsabilité d'Etat -précise que nous devons nous référer à la "présomption d'existence"

"*namely that, in the normal and foreseeable order of things, the particular profit for which damages are claimed would, if the wrongful act had not been committed, in all probability have been obtained*" (paragraphe 65 du second rapport du rapporteur Arangio-Ruiz, UN Doc. A/CN.4/425, 1989).

Et Arangio-Ruiz ajoute:

"*Authors generally agree, in particular that compensation of patrimonial damage must make good not only damnum emergens but also lucrum cessans*" (ibid, p.18).

4.11.2 Étant donné que la présente confiscation affecte des biens productifs, sa valeur totale pourra seulement être évaluée dans la mesure ou seront pris en compte tant le *damnum emergens* que le *lucrum cessans*.

4.11.2.1 C'est ce que soutient Wong FRIEDMAN dans "Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies", in ICSID Review, Foreign International Law, ig journal, 1991, p.403,

4.11.2.2 et également dans le même sens la Commission de Droit International, qui affirme

"*...compensation covers any economically assessable damage sustained... and may include..., where appropriate, loss of profits*" (p. 168 du rapport approuvé à partir de la proposition élaborée par Arangio-Ruiz cité plus haut).

4.11.3 Face à un cas de confiscation illégitime ou contraire au Droit, la jurisprudence du CIRDI reconnaît que la victime est en droit de recevoir, plutôt qu'une compensation, une réparation ou des dommages, ce qui implique qu'il a droit au *damnum emergens* ainsi qu'au *lucrum cessans* -voir les sentences:

4.3.11 **cas AGIP**, p.95;

4.11.3.2 **cas SPP**, p.183;

4.11.3.3 la seconde sentence dans le **cas AMCO**, et

4.11.3.4 à contrario, la sentence dans le **cas AAPL**, qui dans son paragraphe 102 énonce:

"*lucrum cessans in the proper sense could not be allocated in the present case for which the precedents concerning unlawful expropriation claims or liability for unilateral termination of State contract are of no relevance*".

4.11.4 Dans l'ordonnancement juridique interne, le Code Civil du Chili reprend les mêmes principes

- *article 1555: "dans toute obligation de ne pas faire quelque chose il est statué dans le sens de l'indemnisation des préjudices, si le débiteur y contrevient et ne peut défaire ce qui a été fait",*

- *article 1557: "L'indemnisation des préjudices est due à partir du moment où le débiteur s'est placé en position de retard, ou, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, à partir du moment où il y a été contrevenu".*

- *art. 1556: "L'indemnisation des préjudices comprend le damnum emergens et le lucrum cessans (...)"*

- *art. 1558: "Si l'on ne peut imputer de dol au débiteur, il est seulement responsable des préjudices prévus, ou qui pouvaient être prévus, au moment du contrat; mais s'il y a dol il est responsable de tous les préjudices qui ont été conséquence immédiate ou directe de ce qu'il n'a pas rempli l'obligation ou de ce qu'il en a retardé l'accomplissement".*

4.11.5 Dans le paragraphe 267 de la sentence prononcée le 20.11.1984 dans le cas AMCO, il est affirmé que:

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

4.11.6 Dans la sentence Ebrahimi prononcée le 12.12.1994 (Yearbook of Commercial Arbitration, 1995, pp 404-453, cas Iran-USA) il est affirmé que

"*(...) general political, social and economic conditions that may affect a company's business prospects as of the date of taking are to be taken into account in valuing the expropriated entity*" (par. 124).

4.11.7 Selon la Directive IV.3 relative au traitement de l'investissement étranger direct approuvée en 1992 par le Development Committee du World Bank Group,

« L'indemnisation est considérée "adéquate" si elle est fondée sur la juste valeur selon le marché, des biens expropriés, déterminée immédiatement avant qu'ait eu lieu la dépossession ou qu'ait été donné publiquement connaissance de la décision d'exproprier" [traduction non officielle].

4.11.8 L'investisseur espagnol a effectué des voyages au Chili à partir de 1990, à la recherche des registres, archives et documents comptables et sociaux du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.) et de l'Entreprise Périodique Clarín Ltée. (EPC Ltée) saisis par la force après le 11 septembre 1973, sans que les Autorités les lui aient

restitués. Cela place l'investisseur dans la position, très désavantageuse et inégale, d'avoir à calculer ici l'indemnisation à partir de valeurs patrimoniales et de calculs de rentabilité de CPP S.A. et EPC Ltée. fixées unilatéralement par les autorités de la République du Chili après leur saisie et confiscation, dans:

4.11.8.1 le Rapport du Département des Sociétés Anonymes en date du 8.11.1974, délivré à la demande du Service des Impôts Internes du Chili (SII), et dans

4.11.8.2 le Rapport d'Expertise, concernant le patrimoine et le revenu ou les bénéfices de CPP S.A. et EPC Ltée., élaboré par le Service des Impôts Internes le 26.11.1975.

4.11.8.3 Ces deux Rapports officiels ont été produits par la représentation de la République dans l'affaire figurant au Rôle Judiciaire nº 12.545, intitulé "le Fisc contre Darío Saint-Marie et autres", ouvert en septembre 1975 pour un délit présumé d'évasion fiscale (Chambre Criminelle nº 8 de Santiago).

4.11.8.4 Comme il peut être constaté par les dates des Rapports officiels et celles de leur enregistrement par le Directeur Général du Service des Impôts Internes dans la cause judiciaire citée -le 11 Décembre 1975 et le 14 Mars 1976, respectivement-, ce procès contre monsieur Dario Saint-Marie est postérieur au Décret du Ministère de l'Intérieur nº 165, en date du 10 Février 1975, qui a dissous les Sociétés et confisqué les biens de l'investisseur espagnol. Procès, rappelons-le, concernant une évasion fiscale présumée de la part de monsieur Darío Saint-Marie, dans lequel l'investisseur espagnol monsieur Víctor PEY-CASADO n'a jamais été représenté.

4.11.9 Toutefois ce procès pour fraude fiscale a été utilisé à des fins illicites par les agents de la dictature qui ont appliqué à diverses personnes des tortures physiques et psychologiques afin d'obtenir des déclarations qu'à posteriori ils cherchaient à présenter, dans le cadre de la propagande du régime, comme alibi à la confiscation antérieure des biens.

4.11.10 Tout au long de ce procès judiciaire l'investisseur espagnol n'eut aucun accès à la contradiction ni à la *"cross-examination"* des Rapports officiels rédigés et produits par la République du Chili. L'investisseur invoque le principe d'équité et demande au Tribunal d'Arbitrage qu'il accepte de l'entendre à propos du contenu desdits Rapports Officiels, et

de lui permettre d'y faire des corrections raisonnables.

4.11.11 En dépit de la spoliation dont furent l'objet les bureaux et la résidence de l'investisseur, des pressions des autorités de la République destinées à obtenir de faux témoignages, il n'est intervenu en fin de compte aucun arrêt condamnatoire dans ledit procès pour présomption de fraude fiscale. Il n'est pas non plus intervenu de décision judiciaire quelconque qui pût affecter directement ou indirectement l'investisseur espagnol ou son investissement.

4.11.12 Il faut en conclure, par conséquent, que c'est uniquement par Décret administratif que fut imposée la confiscation des biens et la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée.

4.11.13 D'autre part, les entreprises confisquées à l'investisseur espagnol étant très rentables depuis 1955, lors du calcul de la valeur selon le marché à l'effet de déterminer le *damnum emergens* il convient de se rappeler que cette valeur est conditionnée par l'attente légitime des bénéfices que devaient produire ces entreprises. Une entreprise présentant de bonnes perspectives vaut plus qu'une autre qui en présenterait de mauvaises. Par ailleurs, compte tenu que nous nous trouvons face à une confiscation illégitime, il convient d'ajouter au montant de la valeur du marché le *lucrum cessans*, c'est à dire les bénéfices perdus par les entreprises confisquées.

4.11.13.1 La Commission de Droit International a établi que

"*(...) for the purpose of indemnification, it is not necessary for the judge to acquire the certainty that the damage depends on a given wrongful act; it is sufficient -also and specially for the lucrum cessans- to be able to pressume that, in the ordinary and normal course of events, the identified loss would not have ocurred if the unlawful act had not been committed*" (Rapport des travaux de la 45ème session, UN Doc. A/48/10,1993).

4.11.13.2 Dans la sentence du cas MINE, le tribunal affirme que:

"*the lost profits need not be proven with complete certainty, nor should recovery be denied simply because the amount is difficult to ascertain*" (par. 9, Yearbook Commercial Arbitration,1989,p.82-92).

4.11.13.3 Dans un sens identique on peut lire ce que dispose le jugement du 31.03.1986 dans le **cas LETCO** en page 42 (Legal Materials, 1987, pp 647-679), et le paragraphe 215 du jugement du 25.02.1988 dans le **cas SOABI** (ICSID Review, Foreign Investment

Law Journal, 1991, pp. 125-214).

4.11.14 L'art. 1556 du Code Civil du Chili énonce ce qu'on a déjà exposé en 4.6.2.5

4.11.15 Le *lucrum cessans* de l'investissement confisqué se trouve constitué par:

a) la perte des bénéfices futurs,
b) les intérêts compensatoires produits par la somme d'argent destinée à couvrir le *damnum emergens*.

4.11.16 Pour le calcul des intérêts compensatoires on a considéré comme *dies a quo* le jour, où le dommage est survenu, lorsque l'investisseur a été privé de la possibilité d'utiliser profitablement son propre capital, c'est à dire le 11 septembre 1973. C'est ainsi qu'en disposent:

a) l'art. 1557 du Code Civil du Chili (cité en 4.6.4.3)
b) le critère de la doctrine et de la jurisprudence des tribunaux internationaux, repris dans les jugements du CIRDI dans les cas **AGIP**, **Benvenuti&Bonfant et SPP c/l'Egypte**.

4.11.17 Pour le dies ad quem relativement aux intérêts compensatoires il convient de considérer la date à laquelle l'indemnisation est effectivement et intégralement payée, sans que la référence ci-dessous à la date du 11 septembre 1999 ait d'autre signification qu'un simple repère aux fins de calcul.

4.11.18 Quant au taux d'intérêts retenu pour le calcul des intérêts compensatoires, on a adopté celui que l'on a estimé raisonnable compte tenu de la rentabilité des entreprises, des taux d'intérêt interne et internationaux, et de la dépréciation monétaire.

Le montant de la compensation

4.12 En conformité des arts. 5, 1.2, 1.3, 3, 4.1, 4.2, 7 du Traité entre l'Espagne et le Chili passé à Santiago le 2 octobre 1991, l'investisseur espagnol demande l'indemnisation adéquate, dans la devise au moyen de laquelle il a effectué son investissement, sans retard injustifié, pour les dommages et préjudices subis en ce qui concerne:

1. les biens meubles et immeubles, et tous types de droits et de crédits, appartenant au Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.) et a l'Entreprise Périodique Clarín Ltée. (EPC Ltée.) confisqués par le Décret nº 165 du Ministère de l'Intérieur de fait, en date du 10.02.1975.

2. les crédits, valeurs et droits découlant de l'achat par l'investisseur espagnol de 100% du capital social du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.), titulaire à son tour de 99% du capital social de l'Entreprise Périodique Clarín Ltée. (EPC Ltée.).

3. tous types de droits relevant du fonds de commerce et du domaine de la propriété intellectuelle des Sociétés citées, y compris la marque commerciale du Quotidien: "CLARIN, FIRME JUNTO AL PUEBLO" ("LE CLAIRON, FERME AUPRÈS DU PEUPLE").

4. les droits pour lesdites Sociétés de mener des activités économiques et commerciales, en particulier celles en rapport avec l'édition du Quotidien "CLARIN" et autres publications.

5. les revenus et bénéfices découlant de l'investissement à partir du 11 septembre 1973 jusqu'à la date d'exécution pleine et effective de la sentence arbitrale, y compris les bénéfices, dividendes ainsi que les intérêts accumulés entre la date de la sentence et celle de la pleine exécution.

4.12.1 En application des critères qui précèdent, en tenant compte de la correction raisonnable dont on a fait mention dans le point 4.11.10, nous indiquons qu'à la date du 11 septembre 1999 le montant de l'indemnisation sollicitée par la demanderesse se chiffre, les intérêts capitalisés compris et sauf erreur ou omission, à US$ 515.193.400.
Au cas où l'autre partie ne serait pas d'accord conforme avec ce montant, cette partie présentera le rapport avec ses fondements mathématiques, financiers et juridiques.

COÛTS

4.13 Les honoraires professionnels et frais de la partie demanderesse à la présente procédure doivent être remboursés par l'État auteur de l'acte illicite à l'origine du présent litige, lequel, de surcroît s'est inexplicablement obstiné à prolonger ses effets illégitimes durant cinq lustres, dans le cadre d'un détournement et d'un abus de pouvoir manifestes.

4.13.1 Indépendamment du motif qui vient d'être indiqué, la condamnation aux frais doit être accordée du fait du manque de coopération de la défenderesse avec le CIRDI et son obstruction à la formation et au fonctionnement du Tribunal.

4.13.1.1 Le 18 mars 1998 l'Etat chilien, au mépris du devoir d'abstention que lui imposait l'art. 36(3) de la Convention de Washington, a exigé par écrit au Secrétaire Général qu'il refuse l'enregistrement de la Requête, pour incompétence, relativement à l'investisseur.

4.13.1.1.1 Lors de l'acte de constitution du Tribunal, le 2 février 1999, le représentant de la République du Chili a reconnu qu'antérieurement au 20 avril 1998, le Ministre de l'Economie du Chili s'était déplacé au CIRDI afin d'insister personnellement pour que la Requête introduite le 6 novembre 1997 ne soit pas enregistrée commettant ainsi une nouvelle infraction au devoir d'abstention qu'à cet stade de la procédure lui imposait l'art. 36(3) de la Convention de Washington.

4.13.1.2 Le 5 mai 1998 la République du Chili a enfreint l'art. 41 de la Convention et a exigé au Secrétaire Général l'annulation de l'enregistrement de la Requête tant eu égard à des considérations relatives à l'investisseur que relativement à la Fondation espagnole; et a annoncé qu'au cas où l'enregistrement de la Requête serait maintenu, il demanderait la nullité de toute l'action; il tentait également de faire pression sur le futur Tribunal, en déclarant qu'il demanderait la nullité de la Sentence, si ce dernier se déclarait compétent.

4.13.1.3 Le 5 mai 1998 la représentation de la République défenderesse refusait de reconnaître le droit de la partie demanderesse, le 21 et 27 avril 1998, de procéder conformément à la Règle 2(1)(a) en rapport avec la Règle 1(3), et refusait également de reconnaître l'effet de la résolution du Centre, en date du 24 avril, qui ouvrait la voie aux démarches relevant de la Règle 2(1)(b) pour constituer le Tribunal.

4.13.1.4 Le 8 mai 1998 la République réitérait sa prétention que le Centre considère comme non formulée la proposition de la présente Partie en date du 21 avril 1998, en vue de la formation du Tribunal avec la célérité exigée par l'art. 37(1) de la Convention de Washington.

4.13.1.5 Le 1er juin 1998 la représentation de la République du Chili réitérait encore une fois sa méconnaissance du droit de la partie demanderesse, qui avait été exercé dans le délai et les formes requises, les 21 et 27 avril 1998, de proposer la formation du Tribunal conformément à la Règle 2(1)(a); et réitérait également son refus de reconnaître l'effet de forclusion du délai de 20 jours que lui ouvrait le Centre, à la date du 24 avril, à l'effet des dispositions de la Règle 2(1)(b).

4.13.1.6 Entre le 22 et le 26 juin 1998 la République du Chili a tenté d'empêcher cette partie d'invoquer les Règles 2.3 et 3 avant le terme des 90 jours suivant l'enregistrement de la Demande. En d'autres termes elle tentait d'empêcher que la présente partie puisse choisir l'un des co-arbitres avant que, le 21 juillet, l'autre partie se trouve en mesure de s'y opposer en vertu de la Règle 4.

4.13.1.7 Le 29 juillet 1998 la défenderesse a enfreint la Règle d'Arbitrage 3(1)(b) et désigne en qualité d'arbitre une personne qui, selon la Constitution du Chili, est de nationalité chilienne, tout en occultant son lieu de naissance. La communication du 29 juillet 1998 violait également l'art. 39 de la Convention de Washington, du fait qu'en proposant comme Président du Tribunal un deuxième ressortissant du Chili elle tentait de former subrepticement un Tribunal dont la majorité des membres serait de la nationalité d'une des parties.

4.13.1.8 Le 19 août 1998 le Centre a proposé le Dr. Albert Jan van den Berg pour présider le Tribunal d'Arbitrage. La défenderesse a récusé cet arbitre, sans invoquer un fondement compatible avec la Convention de Washington ou avec les principes de l'arbitrage international.

.

4.13.1.9 La Requête ayant été enregistrée le 20 avril 1998 et le Tribunal étant constitué le 14 septembre suivant, la République du Chili a essayé d'interférer par des moyens illégaux dans ce qui est de la compétence du Tribunal d'Arbitrage. Les Autorités du Chili ont adressée une Note Verbale, suivie d'entretiens personnels, aux Autorités de l'Espagne, leur demandant de signer une interprétation conjointe sur la signification du concept d'"investisseur" dans le Traité bilatéral signé à Santiago en 1991, et rédigé dans des termes tels qu'elle devait fermer à la présente partie le recours à la jurisdiction du CIRDI. La défenderesse a ainsi enfreint la Convention de Washington, dont l'un des buts principales est de protéger l'investisseur particulier

face au pouvoir des Etats, et a enfreint spécifiquement le Traité bilatéral de 1991, dont l'art. 10.6 dispose que

> *"Les Parties contractantes s'abstiendront d'échanger, au travers des canaux diplomatiques, des arguments concernant l'arbitrage ou une action judiciaire* déjà *entamée* ***jusqu'à ce que les procédures correspondantes aient été conclues".***

4.13.1.10 Le 2 février 1999 (voir la communication adressée au Centre le 10 du même mois), la représentation de la République du Chili a remis en main propre au Centre une lettre du Ministre chilien de l'Economie, Monsieur Jorge Leiva Lavalle, datée du 30 novembre 1998 et adressée à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI, où il attaque à nouveau le Centre pour avoir enregistré la Requête. Le contenu de cette lettre viole l'art. 41 de la Convention, puisque le 5 juin 1998 le Centre avait déjà fait savoir que

> *"Les objections soulevées par la République du Chili seront examinées par le Tribunal d'Arbitrage lors de sa mise en place pour le cas en question, conformément aux dispositions de l'art. 41 de la Convention du CIRDI".*

4.13.1.11 La volonté de la République du Chili d'enfreindre l'art. 41 de la Convention de Washington est à nouveau confirmée le 2 février 1999, lors de la remise en main propre au Centre, par le représentant de la République du Chili, d'une lettre (voir la communication du 10 février 1999), dans laquelle, <u>après la constitution en due forme du Tribunal d'Arbitrage</u>, avec l'accord des parties, et après que la défenderesse eut demandé, et obtenu dudit Tribunal les plus larges délais pour présenter son objection déclinatoire de juridiction (100 jours après la notification du Mémoire de Demande), y compris le droit de réplique (80 jours), une fois la session terminée et levée, la défenderesse se contredit et remet en main propre au Centre une lettre dans laquelle elle indique

> *"nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal",*

ainsi que la Demanderesse a pu en prendre lecture dans la communication que lui en a faite le Centre en date du 10 février 1999.

4.13.1.11.1 En même temps, dans cette lettre du 2 février 1999, la défenderesse menaçait à nouveau de "demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)" au cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulait pas l'enregistrement de la Requête.

4.13.1.11.2 De la sorte, il apparaît rétrospectivement qu'à l'evidence la défenderesse n'a cessé de violer la Convention de Washington afin d'empêcher en premier lieu l'Enregistrement de la Requête, ensuite le fonctionnement du Tribunal arbitral, et qu'une fois le Tribunal constitué, elle prétend nier sa compétence pour statuer sur la contestation -tout à la fois artificieuse, arbitraire et infondée- de sa juridiction. Peut-on envisager plus éloquente démonstration de la volonté de la défenderesse de se soustraire à l'exécution du Traité de Washington, en faisant systématiquement obstruction à son application?

4.13.3 Dans le cas LETCO c/Liberia le Tribunal a fondé la condamnation aux frais sur le manque de coopération du Liberia:

> "...This decision is based largely on Liberia's procedural bad faith. Not only did Liberia fail to partake in these arbitral proceedings (...) in order to nullify the results of this arbitration".

5. **PAR CES MOTIFS IL EST DEMANDÉ QUE LE TRIBUNAL D'ARBITRAGE:**

Considérant qu'il a été démontré que 100% du capital de CPP S.A. a été acheté par l'investisseur espagnol monsieur Víctor Pey Casado en 1972,

-DÉCLARE illégitime, contraire au Droit, nulle et de nul effet *ab initio* la saisie par un acte de force, la confiscation des biens, droits et crédits de CPP S.A. et de EPC Ltée., ainsi que la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée.

-CONDAMNE l'Etat défendeur à indemniser en conséquence la partie demanderesse eu égard à la totalité des biens confisqués, aux dommages et préjudices causés par les actes illégaux de force et de confiscation desdits biens, droits et crédits ainsi que de dissolution desdites Sociétés, y compris le *lucrum cessans* et les intérêts capitalisés compensatoires à partir de la date de l'acte de force - le 11 septembre 1973- jusqu'à la date de la Sentence -et ce pour un montant minimum estimé provisoirement à la date du 11 septembre 1999, sauf erreur ou omission, à US$ 515.193.400, auquel s'ajoute le dommage moral estimé selon les termes spécifiés au point 4.6.6.2 du présent Mémoire;

ET EN OUTRE

-CONDAMNE l'Etat défendeur à payer à la demanderesse des intérêts moratoires, calculés selon les mêmes termes que les intérêts compensatoires ou, **subsidiairement**, selon ce qui aura été fixé par le Tribunal à sa discrétion -à partir de la date de la Sentence et jusqu'à son accomplissement intégral; et

-CONDAMNE l'État défendeur à payer les frais de la procédure d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des Membres du Tribunal, les frais pour l'utilisation des installations du CIRDI, les frais de traduction, ainsi que les frais et honoraires professionnels de la présente partie, des avocats, experts et autres personnes appellées à comparaître devant le Tribunal -ou **subsidiairement**, les frais de procédure de la présente partie-,
- et à payer les sommes conformes à toutes autres condamnations que le Tribunal estimerait justes et équitables,

et ordonner l'exécution provisoire de la Sentence à intervenir

Madrid, le 17 mars 1999

TABLE DES ANNEXES

MÉMOIRE DU 17 MARS 1999

Doc. N°

1. Décret N° 165 du 10.II.1975 (Journal Officiel du 17.03.1975) portant dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée. et confiscation de tous ses biens.

2. Décret Loi N° 128 de 1973. Complète et clarifie le D.L. N° 1 de 1973. La Junte assume les Pouvoirs Constituant, Législatif et Exécutif.

3. Décret Loi N° 93 du 20.X.1973 (Journal Officiel du 10.XI.1973), portant expropriation du siège du Journal CLARÍN et l'attribuant comme siège des Tribunaux Militaires.

4. Certificat de la Bank fur Handel & Effekten de Zürich, attestant que M. Victor Pey était le titulaire du compte courant N° 11.235, par le débit duquel il a réglé une grande partie de son investissement de 1972.

5. Proclamation N° 19 de la Junte Militaire, en date du 12 septembre 1973; elle enjoint à M. Victor Pey, et autres personnes, de « se rendre » au Ministère de la Défense

6. Titres portant respectivement sur 10.000, 1.000, 500 et 500 actions de CPP S.A. et transferts des dits titres signés par M. Darío Sainte Marie en qualité de vendeur.

7. Titres portant sur 20.000 actions de CPP S.A. et transfert correspondant signé par M. Emilio González González en qualité de vendeur.

8. Titres portant respectivement sur 5.200 et 1.200 actions de CPP S.A. et transfert correspondant signé par M. Jorge Venegas Venegas en qualité de vendeur.

9. Titres portant sur 1.600 actions de CPP S.A. et transfert correspondant signé par M. Ramon Carrasco Peña.

10. Arrêt de la 1ère Chambre Civile de Concepción, pris le 12 mars 1998 dans la cause figurant au Rôle N° 514-98, déclarant la nullité de droit public des Décrets 1.726, 312 et 506 du Ministère de l'Intérieur, qui avaient confisqué la « Société des Périodiques Chili Ltée. » et condamnant le Fisc à indemniser les dommages matériels et moraux.

11. Deux Arrêts de la Cour Suprême du Chili, en date du 21 juillet 1998, qui déclarent la nullité de droit public des Décrets qui, en applications des Décrets-Lois N° 1, 77 et 128 avaient confisqué l'automobile particulière de Mme Hortensia Bussi, veuve du Président Salvador Allende, avec indemnisation des dommages et préjudices.

12. Un Jugement de la Cour d'Appel de Santiago, en date du 27 avril 1998, qui déclare inconstitutionnel le Décret Suprême réglementant le Décret Loi N° 77 qui transférait en pleine propriété à l'État des biens [appartenant à] des personnes physiques en raison de leur adhésion à des partis politiques ou à des entités dont la personnalité juridique avait été supprimée par ledit texte de loi.

13. Lettre du Président de Global Press Sales, datée à Chicago le 10 août 1998, concernant la valeur actuelle de la rotative GOSS acquise par CPP S.A. en 1972, confisquée par le Décret du 10.II.1975.

14. Lettre du Président de Global Press Sales, datée à Chicago le 2 octobre 1998, concernant la valeur actuelle d'un outil de travail équivalent aujourd'hui à la rotative GOSS achetée par CPP S.A. en 1972.

15. Convention de double nationalité entre l'Espagne et le Chili du 24 mai 1958 (BOE du 14.XI.1958). Incluant l'Échange de Notes du 23 juin 1958.

16. Lettre de M. Victor Pey Casado à M. le Président du Tribunal d'Arbitrage, en date du 8 février 1999.

17. Écritures officielles passées par M. Victor Pey Casado à Miami (Fla. USA) le 6 octobre 1989, par lesquelles il donne Pouvoir aux fins de constitution en Espagne de la Fondation « Président Allende » et de cession à cette dernière de 90% des actions sociales, du patrimoine et des droits de toute nature de [l'entreprise] CPP S.A.

18. Contrat de cession des actions sociales de CPP S.A. consenti par M. Victor Pey Casado à la Fondation « Président Allende », passé à Miami à la date du 6 février 1990.

19. Décret Loi N° 77 du 8.X.1973, déclarant illicites et dissous les partis politiques désignés.

20. Décret Suprême N° 1.726, du 3.XII.1973, approuvant la Réglementation relative à l'application de l'art. 1° du Décret Loi N° 77 de 1973

21. Décret Loi N°1 du 11 septembre 1973: Acte de Constitution de la Junte Militaire du Gouvernement.

Doc. num. 16

Francisco Rezek
Cour Internationale de Justice
La Haye
Pays-Bas

Le 13 mars 2001

M. Ko-Yung Tung
Secrétaire général
CIRDI
1818 H Street, N.W.
Mail Stop No. MC6-607
Washington, D.C. 20433

Réf. : Víctor Pey Casado et autre c. République du Chili
(Affaire CIRDI ARB/98/2)

Monsieur le Secrétaire général,

Je viens de prendre connaissance de la requête qui vous a été soumise par la partie demanderesse dans l'affaire référencée ci-dessus.

Sur son contenu matériel, je tiens à vous dire que le temps pris par cette affaire est le résultat de la détermination d'assurer une parfaite communication entre les arbitres, qui s'expriment dans des langues différentes ; mais il est surtout la conséquence de notre désir mutuel de connaître en profondeur le raisonnement de chacun des arbitres, et de notre tentative de parvenir, si possible, à une opinion consensuelle.

Si le président n'a pas voulu répondre à chaque manifestation écrite des deux parties survenant à la clôture des plaidoiries, en mai 2000, c'est parce qu'il avait alors annoncé que la tendance première du Tribunal arbitral serait dans le sens de ne pas prendre en considération ces pièces. La confirmation de cela serait annoncée à l'heure opportune, et il est certain qu'aucune discussion ne s'est produite entre les arbitres au sujet soit de la recevabilité de telles pièces—toutes portées sans délai à la connaissance de la partie adverse—soit de leur contenu. Le dossier correspondant à la phase écrite ordinaire, complété par les plaidoiries, avait déjà fourni au Tribunal tout ce qui pouvait être nécessaire pour lui permettre de dire le droit.

Devant la manifestation inattendue de la partie demanderesse, il faut que je prenne une décision et je le fais à la lumière d'une longue expérience au sein de la Cour suprême du Brésil. On y estime que si l'une des parties déclare ne pas avoir confiance dans un juge déterminé, il faut que ce juge se retire de l'affaire. Cela ouvre, bien sûr, la porte à l'abus, à la « production » de l'incapacité par l'une des parties. Mais j'estime que même dans une telle hypothèse il

vaudrait mieux ne pas entretenir un cadre d'indisposition entre partie et juge, et que le système fonctionne de manière à ne pas permettre que l'abus éventuel puisse finalement nuire à la bonne administration de la justice.

Je regrette profondément que ce manque de confiance de la partie demanderesse dans l'arbitre président ne soit exprimé qu'à ce stade de la procédure, à savoir quelques jours après la dernière réunion réalisée à huis clos entre les arbitres pour discuter de leurs opinions finales.

Je suis néanmoins certain, Monsieur le Secrétaire général, que vous comprendrez mes sentiments, et que, tout comme mes collègues arbitres, vous accepterez cette démission comme définitive. Je suis certain que vous ne cesserez pas de me compter parmi les plus grands enthousiastes du CIRDI, de la qualité de son travail, de l'excellence de son image.

Francisco Rezek

Doc. num. 17

Juan E. Garcés, Abogado

Alfonso XII, 18 - 28014 Madrid

Telf. 91 531 19 89 - Fax: 91 531 68 11

E-mail: 100407.1303@Compuserve.com

Paris, le 12 mars 2001

M. le Secrétaire General du CIRDI
Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey-Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili (Affaire CIRDI N° ARB-98-2).

Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI,

Le représentant soussigné s'adresse très respectueusement et très cordialement à M. José Francisco REZEK afin de l'inviter à envisager de s'abstenir de poursuivre son action en qualité de Président du Tribunal d'Arbitrage, et à quitter cette fonction de son plein gré.

Le motif de notre proposition réside dans des agissements de M. le Président Rezek revêtant un caractère de **gravité**, manifestes à partir du 3 mai 2000 et **réitérés** durant les dix mois qui ont suivi, et qui n'inspirent pas la pleine confiance dans l'impartialité de jugement que l'on est en droit d'attendre d'un arbitre. C'est là une condition indispensable pour faire partie d'un Tribunal du CIRDI, selon l'art 14(1) de la Convention de Washington. Cela d'autant plus, s'il est possible, s'agissant d'un arbitre désigné par la Présidence du Conseil Administratif de la Banque Mondiale.

Nous fondons notre requête sur les éléments suivants :

LES FAITS

PREMIÈREMENT : C'est le 7 novembre 1997 que fut présentée la **Requête** qui a introduit la présente procédure d'arbitrage.

Le 19 août 1998 le Président du Conseil Administratif a désigné l'éminent spécialiste en arbitrages **Dr. Albert Jan van den Berg** pour présider le Tribunal. La République du Chili a récusé le Dr. Van den Berg pour des motifs qui ne sont pas envisagés dans la Convention, et la présente partie a rejeté la récusation comme arbitraire, non fondée et parce qu'elle

enfreignait ouvertement la Convention (voir notre communication au Centre en date du 28 août 1998). Le Président du Conseil Administratif a proposé le Dr. José Francisco Rezek pour le remplacer, et bien que la Convention accordait à la présente partie le droit légitime d'exiger que fût respectée la nomination du Dr. Van des Berg, elle a accepté son remplacement, confiante que le Dr. Rezek serait un arbitre impartial.

Le 30 décembre 1999, par décision du Tribunal en date du 16 du même mois, **la procédure écrite** s'est trouvé close pour la partie qui avait soulevé la question relative à la compétence, à savoir la République du Chili. Le 7 février 2000 la procédure écrite a été close pour les deux parties, procédure réglementée par la Règle d'Arbitrage N° 31.

C'est la République du Chili qui a soulevé la question relative à la compétence. C'est donc la partie que nous représentons qui dispose de la dernière intervention dans la procédure, tant dans sa phase écrite que dans sa phase orale, tant dans la production de preuves que dans les arguments de conclusion. Le Tribunal a statué dans ce sens le 2 février 1999.

Lors de cette session de travail du 2 février 1999, le Tribunal avait délégué ses pouvoirs au Président Rezek « afin de fixer les délais pour les **actes additionnels** de la procédure qui seraient requis ».

Avant d'adopter sa décision finale sur l'incident relatif à la compétence, le Tribunal a convoqué les parties à une audience, réglementée par la Règle d'Arbitrage N° 32, et il a désigné à cette fin les 3, 4 et 5 mai 2000. La procédure orale a eu lieu au siège de la Banque Mondiale à Washington D.C.

Durant la première audience, le 3 mai 2000, la délégation de la République du Chili annonça qu'elle se présentait munie de preuves consistant en nouveaux documents sur lesquels elle allait fonder son raisonnement, mais qu'elle ne les remettrait au Tribunal **qu'une fois close la dernière séance orale**, c'est-à-dire le 5 mai. Le jour suivant, le 4 mai, lorsque vint le tour de parole de la présente partie, nous avons protesté énergiquement quant à ce fait en arguant

a) qu' »**aucun Tribunal digne de ce nom** » -ce sont les mots exacts que nous avons employés- ne pouvait accepter qu'une des parties annonce, lors de l'ouverture de l'audience, qu'après que le Tribunal aurait déclaré définitivement closes les procédures écrites et orales, c'est à dire lorsqu'

aucune communication ne pouvait plus être faite, qu'elle présenterait de nouveaux documents à titre de preuve, sans que l'autre partie en ait eu connaissance au préalable. Elle n'en a pas eu non plus connaissance tout au long d'une audience orale qui s'est prolongé trois jours durant. Cela signifiait que l'on refusait à la présente partie la possibilité de connaître les documents et d'exercer son droit de défense corrélatif. La Règle d'Arbitrage N° 33 stipule :

> « ***Rassemblement des preuves***. *Sous réserve des dispositions relatives à la production des documents, chaque partie, dans les délais fixés par le Tribunal, communique au Secrétaire Général, qui les transmettra au Tribunal et à l'autre partie, des renseignements précis au sujet des preuves qu'elle a l'intention de produire et auxquelles elle a l'intention de demander au Tribunal de faire appel, ainsi qu'une indication des points auxquels ces preuves se rapportent.* »

De la sorte M. le Président Rezek a réduit la présente partie à se trouver absolument dépourvue de moyens de défense en permettant à la délégation du Chili d'alléguer, durant la session orale du 3 mai, des faits jamais exposés auparavant dans la procédure écrite, et de les appuyer sur de documents *ex novo* que la délégation du Chili disait avoir en main mais qu'elle ne montrerait pas à l'autre partie tant que la procédure orale serait ouverte.

b) qu' »**aucun Tribunal digne de ce nom** » ne pouvait accepter qu'une des parties présente des documents, dont elle avait déclaré devant le Tribunal avoir en main au moment ou s'ouvrait l'audience orale, **après clôture de la procédure orale**, sans que lui ait été donné l'occasion de les réfuter dans des conditions d'égalité, et sans que lui ait été ménagé un délai afin de présenter des preuves pour sa défense.

De la sorte M. le Président Rezek a permis qu'après la clôture de l'audience du 5 mai 2000 la délégation du Chili produise les nouveaux documents annoncés, il les a incorporés à la procédure d'arbitrage, il a toléré qu'ils soient communiqués à la présente partie once jours après la fin de l'audience orale. C'est-à-dire que M. le Président du Tribunal ne les a ni déclarés irrecevables, ni

ouvert un délai afin que la présente partie fasse usage du droit de défense, du droit à être entendu à propos du contenu desdits documents.

Je mentionne comme preuves de ces faits graves :

a) les protestations formulées par le représentant soussigné devant les audiences des 4 et 5 mai 2000, après avoir entendu l'annonce citée plus haut, faite le 3 mai 2000 par la délégation du Chili, indiquant qu'elle ne remettrait les nouvelles preuves au Tribunal qu'après la clôture de la procédure orale;

b) la demande, formulée par la présente partie durant les sessions des 4 et 5 mai 2000, dans le sens qu'une fois close la procédure orale M. le Président du Tribunal rejette les documents que le Chili avait annoncé ne devoir remettre QU'UNE FOIS CLOSE ladite procédure ;

c) l'alternative, formulée durant l'audience du 5 mai 2000 par M. le Président Rezek, dans le sens d'ouvrir formellement en faveur de la présente partie un délai raisonnable pour prendre connaissance des documents et pour pouvoir exprimer les arguments et les preuves qui conviendraient pour sa défense.

Ces preuves sont attestées dans l'enregistrement officiel du débat oral, auquel nous renvoyons.

DEUXIÈMEMENT : Après avoir entendu la dénonciation de la privation de ses moyens de défense formulée par la présente partie durant les audiences des 4 et 5 mai 2000, Monsieur le Président du Tribunal a déclaré en clôturant le débat oral du 5 mai 2000:

[version française non simultanée, M. le Présidant s'exprimant en espagnol]

"(...) [sur] le sujet que vous [Maître Juan Garcés] avez soulevé il y a quelques minutes :

« Le Tribunal d'Arbitrage attend des parties, à ce moment de la procédure, une seule chose écrite, qui, de plus, n'est pas obligatoire mais qui serait la bienvenue. C'est l'expression écrite de la réponse aux questions posées hier, et auxquelles il a été répondu seulement depuis la tribune.

« S'il survient que l'une des parties présente, à un moment quelconque à partir de maintenant, un document, la possibilité s'ouvre au Tribunal, premièrement, de ne pas prendre connaissance d' un tel document et de prononcer formellement ce rejet.

« Une autre possibilité s'ouvre qui est [celle] d'entendre l'autre partie. Mais ce qui me préoccupe dans ces circonstances est qu'en s'exprimant concernant des documents produits dans cette phase de la procédure par la partie adverse, l'autre partie pourrait ne pas se borner à un commentaire critique, mais présenterait, sait-on jamais, un autre document en plus, ce qui finirait par signifier la re-instauration de la procédure écrite. C'est la raison pour laquelle j'arrête à l'égard des parties, c'est à dire la sensibilité de chacune des parties déterminera sa procédure à partir de maintenant.

« Mais ***j'arrête qu'à partir de maintenant les circonstances dans lesquelles se trouverait le Tribunal d'Arbitrages sont celles-ci*** *:*

- ***« formuler une décision entre le refus de prendre connaissance de telles pièces, ou***

- ***« la soumission de ces dernières à l'autre partie****, qui, naturellement, les aurait déjà reçues, mais* ***ouvrir à l'autre partie l'occasion de s'exprimer*** *en prenant, dans ces circonstances, le risque de voir cette autre partie présenter à son tour également d'autres documents. Ce qui pourrait alors signifier une ré-instauration de la procédure écrite, ce qui, apparemment, ne conviendrait à aucune des deux*

parties ni à la bonne marche d'une bonne continuation de l'action.

« Voilà ce qu'il en est.

[M. le Président s'exprime désormais en français. Traduction non officielle faite à partir de la traduction simultanée espagnole]

« On arrive en ce moment [la voix de la traductrice du français à l'espagnol prend la suite]. *En ce moment* ***nous arrivons à la fin de la procédure orale****, et je souhaite vous soumettre, [la question de savoir] si vous croyez à la possibilité d'accepter de nouveaux documents, et, je souhaite également vous informer sur ce qui va se passer maintenant. Laissant de côté certaines conversations très courtes, qui ont trait à la façon de procéder, les trois arbitres vont également sortir de la salle et chacun de son côté va, dans les jours qui suivent, échanger des notes par écrit, et nous allons nous réunir le plus tôt possible. Bien entendu cela dépend du recours au secrétariat, et du secrétariat, et de la traduction de certains documents, des avis des différents arbitres afin qu'ils soient portés à la connaissance du reste du Tribunal. Et, je le répète, le plus tôt possible, ayant échangé des notes et des communications écrites, les arbitres vont se réunir pour délibérer et vous aurez connaissance de tout cela immédiatement ».*

J'indique comme preuve de ces paroles finales de M. le Président Rezek **dans lesquelles il déclare close la procédure orale** l'enregistrement sur magnétophone de l'audience en date du 5 mai 2000.

La décision ainsi formulée par M. le Président Rezek est réglementée dans la Règle d'Arbitrage N° 38, qui dispose:

> *« **Clôture de l'instance.** (1) Quand la présentation de l'affaire par les parties est terminée, l'instance est déclaré close.*
> *(2) Le Tribunal peut exceptionnellement, avant que la sentence ait été rendue, rouvrir l'instance pour le motif que de nouvelles preuves sont attendues de nature telle à constituer un facteur décisif, ou qu'il est essentiel de clarifier certains points déterminés. »*

Néanmoins, **passé dix mois depuis la clôture de la procédure**, les documents en question n'ont pas été exclus de la procédure au moyen

d'une quelconque décision formelle. M. le Président Rezek n'a pas non plus ouvert à la présente partie une voie lui permettant d'être entendue et de pouvoir fournir les preuves qui importent à sa défense, bien qu'elle l'ait demandé dans des communications réitérées. La preuve de ces faits est attestée dans les documents liés à la procédure d'arbitrage auxquels je renvoie.

TROISIÈMEMENT: Le 16 mai 2000 la présente partie a exprimé à nouveau, par écrit, son objection à l'égard des documents produits par la République du Chili après que M. le Président du Tribunal eût déclaré close la procédure, et elle a demandé

> « Le 12 mai nous avons reçu la télécopie transmise le jour même par le Centre, et ce matin, 16 mai, vient de nous parvenir un paquet contenant les documents annoncés, en termes généraux, dans votre télécopie du 12 mai.
> « Sans même prendre en considération leur contenu, le représentant des demandeurs se doit de formuler son opposition à l'admission des divers documents insérés par la République du Chili dans le paquet reçu ce jour, et qui sont énumérés ci-après :
> 1) Une communication n° 5844, en date du 24 juin 1999, du Ministère de l'Intérieur du Chili, avec photocopie jointe de la fiche signalétique de M. Pey Casado,
> 2) Une communication n° 04435, en date du 20 avril 2000, de la Présidence de la Banque Centrale du Chili,
> 3) Une lettre émanant du Secrétariat Général de la Communauté Andine, en date du 26 avril 2000,
> 4) Une photocopie d'une demande de restitution de la machine rotative Goss, en date du 4 octobre 1995, émanant de la Première Chambre Civile de Santiago,
> 5) Une photocopie d'écritures de monsieur Rodrigo Escudero Cardenas, présentées en date du 10 janvier 2000 devant ladite Première Chambre Civile de Santiago,
> 6) une communication n° 464-2000, en date du 14 mars 2000, émanant de cette même Première Chambre Civile de Santiago.
> « Les motifs sur lesquels est fondée notre opposition ont déjà été annoncés par la présente partie lors des audiences des 4 et 5 mai 2000, tout spécialement lorsque nous avons invoqué les principes de justice naturelle consistant à assurer l'égalité entre les parties, le droit d'apporter au vis à vis la contradiction, et non

l'interdiction de se défendre. Nous y ajoutons à présent les motifs de procédure suivants :

a) Le 2 février 1999 le tribunal a accordé un délai de 80 jours pour la présentation par la République du Chili de sa **Réplique** à notre **Réponse** concernant la compétence (présentée le 6 octobre 1999). Le 6 décembre la République du Chili a sollicité un délai supplémentaire. Le 16 du même mois le Tribunal décidait que : *« la République du Chili devrait présenter son mémoire en réplique sur la question de la compétence (...) au plus tard le jeudi 30 décembre 1999 ».*

b) En conséquence, le 30 décembre 1999 prenait fin le délai pour la présentation, par la République du Chili, des documents relatifs à sa défense (Règle 29 du Règlement Administratif et Financier, qui réglemente les délais spécifiés dans la Convention de Washington; Règles d'Arbitrage numéros 26, 31 et 33 en relation avec l'article 44 de la Convention de Washington).

c) La règle 26(3) dispose que : ***«il n'est tenu compte d'aucun acte accompli après l'expiration du délai***(...)»

« Selon la présente partie il n'est survenu aucune circonstance particulière justifiant que l'on admette la défenderesse à produire des documents, qu'ils se trouvaient en son seul pouvoir de rassembler et qu'elle pouvait avoir communiqué avant le 30 décembre 1999, permettant ainsi au représentant des demandeurs de disposer de 30 jours pour répondre dûment.

d) La Règle d'Arbitrage n° 38 dispose que « ***quand la présentation de l'affaire par les parties est terminée, l'instance est déclarée close***. »

Le représentant des demandeurs a présenté sa **Réplique** le 7 février 2000, et la présente partie a été la dernière à présenter sa position lors de la session orale du vendredi 5 mai 2000. En conséquence le représentant de la République du Chili viole maintenant délibérément la Règle 38 en produisant de nouveaux documents après la clôture des

débats relatifs à l'incident de procédure ayant trait à la compétence. (...).
« C'est pourquoi, en application du principe d'égalité entre les parties et de la Règle 26(3), il est respectueusement demandé au Tribunal de déclarer sans effet, et de considérer la production des documents énumérés ci-dessus comme inexistante, d'ordonner leur restitution aux représentants du Chili, sans qu'il en demeure trace dans l'action relative a l'incident de procédure. »

Il n'y a pas eu de réponse à cette demande, comme cela peut être constaté en consultant la procédure (voir document annexe N° 1).

QUATRIÈMEMENT : En date du 22 mai 2000 la présente partie faisait savoir de nouveau au Centre

« Le 16 mai dernier nous vous avions adressé un courrier dans lequel, en application du principe d'égalité entre les parties et de la Règle d'Arbitrage 26(3) et, surtout, des propos tenus par Monsieur le Président du Tribunal arbitral à la fin de l'audience de plaidoiries, nous demandions au Tribunal d 'écarter des débats les documents produits par la défenderesse après la clôture de la séance du vendredi 5 mai, et d'ordonner leur restitution aux représentants du Chili, sans qu'il en demeure trace dans la procédure relative à la question de la compétence. »A défaut, et conformément aux propos du Président du Tribunal, nous demandons à avoir un droit de réponse sur les pièces qui seraient admises dans la procédure, ce surtout que nous avons les éléments de preuve contredisant directement ces "nouvelles pièces" et notamment la date d'entrée en vigueur de la « Décision n° 24 » du Pacte de Carthagène après le 15 septembre 1973. »

Cette requête n'a pas non plus eu de réponse. Nous indiquons comme preuve la procédure d'arbitrage (voir document annexe N° 2).

CINQUIÈMEMENT : Le 1er juin 2000 nous écrivions au Centre:

« Pour ce qui concerne le contenu des écritures des 21 et 29 mai, émanant du représentant de la République du Chili, sauf décision du Tribunal en sens contraire, nous estimons que le bon ordonnancement de la procédure nous engage à nous abstenir d'y faire connaître notre opposition raisonnée.

« Ce n'est que le 16 mai que nous avons eu connaissance des six documents produits par la délégation du Chili auprès du Tribunal après la conclusion de l'audience du 5 mai 2000, même s'ils ont été évoqués (pour la première fois) par le Chili pendant l'audience du 3 mai. Ce qui nous a interdit d'en prendre connaissance et d'y répondre pendant les audiences. En consequence, dès l'audience du 4 mai nous nous sommes opposés à leur communication ultérieure.

« En ce qui concerne **nos trois documents communiqués au Centre le 11 mai** (decisión du 28 avril 2000 du Ministre des Biens Nationaux du Chili, écritures de M. Pey adressées à la 1ère Chambre Civile de Santiago les 23 juin et 30 juillet 1998 à propos de la restitution de la rotative GOSS), ils ont été plaidés pendant l'audience du 4 mai en réponse aux arguments développés par le Chili la veille, et leur original en espagnol a été remis pendant l'audience même du 4 mai au Tribunal et à la délégation du Chili. Cette dernière avait donc les trois documents en sa possession dès avant ses plaidoiries du 5 mai, et elle n'y a pas fait d'objection. Le 11 mai nous avons produit leur traduction en langue française.

« En ce qui concerne **notre réponse écrite aux cinq questions du Tribunal Arbitral** du 4 mai et remises le 17 mai en français et en espagnol, elles correspondent aux réponses orales données aux 5 questions pendant l'audience du 5 mai, sans aucun élément nouveau et l'enregistrement pourra en témoigner. Le Tribunal n'avait pas demandé à ce qu'elles soient remises par écrit à l'audience du 5 mai, mais relativement vite après. Le souci du Tribunal était qu'elles ne contiennent pas d'argument nouveaux, différents de ceux

lus pendant l'audience du 5 mai. Nous avons respecté ces instructions.

« En ce qui concerne le document "**dossier de plaidoirie** (...)", il correspond à notre dossier de plaidoirie que, dans les deux langues de la procédure, nous avons remis en main à M. le Secrétaire du Tribunal le 5 mai, le jour même de l'audience (au même titre que le dossier de plaidoirie remis par le Chili le même jour), en le priant de bien vouloir le transmettre à la délégation du Chili . Nous avons ainsi répondu à la demande du Tribunal Arbitral du 3 mai, qui a invité les parties à produire une synthèse des développements oraux si les parties avaient préparé un document en ce sens. Ce « dossier de plaidoirie » ne contient aucun argument nouveau par rapport aux échanges écrits précédents, il a été préparé en vue des audiences des 4 et 5 mai. S'il diffère dans sa présentation par rapport à la plaidoirie orale c'est parce que celle-ci n'est pas *a priori* le lieu propice à la seule lecture d'un document, et d'autre part et surtout, étant la présente partie défendeur à l'exception d'incompétence nous avons dû adapter notre réponse orale du 4 mai à la plaidoirie du Chili de la veille, et celle du 5 mai à la plaidoirie du Chili pendant la matinée du 5. Cela était d'autant plus nécessaire que le Chili a fait *in voce*, les 3 et 5 mai, de nouveaux développements à raison notamment de la fameuse "décision du 28 avril 2000 du Ministre des biens nationaux", évoquée comme un point fondamental dès l'introduction de sa plaidoirie le 3 mai (cela, cependant, sans produire ledit document, pas plus que les autres 6 documents plaidés ce 3 mai et remis par le Chili au Tribunal **après** la conclusion de l'audience le vendredi 5 mai, et dont la présente partie a eu connaissance le 16 mai).

« En conclusion nous réitérons notre demande du 16 et 22 mai 2000 concernant les 6 documents produits par le Chili **après** la conclusion de l'audience du 5 mai et l'impossibilité de se défendre à laquelle est ainsi confrontée la présente partie. »

Nous n'avons reçue aucune réponse, ainsi que l'atteste le dossier judiciaire (voir doc. annexe N° 3).

SIXIÈMEMENT : Le 4 janvier 2001 la présente partie a fait savoir par écrit:

> «Nous accusons réception de la télécopie de M. Flores en date du 22 décembre 2000 transmettant la lettre adressée au Tribunal arbitral par la représentation du Chili le 19 décembre dernier et d'une lettre, transmise le même jour, de la "Contraloria General de la Republica" en date du 22 novembre 2000 .
> "Cette nouvelle communication de la représentation du Chili appelle de la part Monsieur Pey Casado et la Fondation "Presidente Allende" les brefs commentaires suivants.
> "Les Requérants souhaitent rappeler que la clôture de l'instance a été prononcée le 5 mai 2000 par le Tribunal et qu'en conséquence cette dernière communication de la défenderesse doit être écartée du débat, sauf pour le Tribunal à faire application de l'article 38(2) du Règlement d'arbitrage.
> "En outre, à l'occasion de l'audience de clôture du 5 mai dernier, le Président du Tribunal a rappelé qu'aucun argument ni document ne pourraient être produits aux débats sauf autorisation du Tribunal, et qu'en tout état de cause, si ce document ou cet argument était déclaré recevable par le Tribunal, l'autre partie disposerait d'un délai pour y répondre. (...)
> " Dans l'hypothèse où le Tribunal déciderait que la lettre du 22 novembre 2000 est recevable, les Requérants demandent expressément au Tribunal de les en informer et de leur accorder un délai pour répondre, notamment sur la portée de cette décision du Ministre des Biens Nationaux du 28 Avril 2000, et de la lettre du 22 Novembre 2000, par rapport à l'art. 26 de la Convention du CIRDI. En l'état de la procédure, la lettre du "Contralor" transmise par le Chili le 19 Décembre 2000 ne saurait interférer avec l'examen par votre juridiction de la question de la propriété des actions."

Cette requête n'a obtenu aucune réponse, ainsi que le prouve la procédure d'arbitrage (voir doc. annexe N° 4).

SEPTIÈMEMENT : Le 19 février 2001, la présente partie a donné connaissance au Tribunal d'un fait portant directement sur le sujet de la compétence, à savoir la décision dans laquelle un Tribunal espagnol achevait de déclarer démontré le fait qu'aux dates critiques stipulées dans l'art. 25 de la Convention de Washington la nationalité de M. Victor Pey Casado était espagnole **exclusivement**. Nous faisions savoir au Tribunal :

> « Bien que la clôture de l'instance ait été prononcée le 5 mai 2000 par le Tribunal, nous estimons nécessaire de soumettre à la libre appréciation de ce dernier l'Arrêt définitif du 5 février 2001, notifié le 12 février suivant, de la Cour Supérieure de Justice de Madrid, que nous joignons-ci-après.
> "A la différence des sujets et des documents produits par la defenderesse hors délai, l'Arrêt de Justice ci-joint entraîne la fin définitive d'une question soulevée par le Chili dès son premier **Mémoire sur l'Incompétence** (juillet 1999) – point 1.2.6, documents en annexe numéros 7 et 8-, où sont produites des photocopies de la décision du 15 avril 1997 du Secrétaire d'Etat à la Coopération Economique (Ministère Espagnol des Affaires Etrangères). La demanderesse y avait fait opposition dans sa **Réponse** du 18 septembre 1999 – page N° 33, point 1.23.3, objection aux documents **7** et **8**; points 2.11 à 2.11.3.9, docs. C3 et C20-, en annonçant que cette décision n'était pas ferme, et en précisant
>
> > « *la déclaration de sa nullité est pendante devant la Juridiction du Contentieux Administratif pour infraction à la Loi et, subsidiairement, détournement et abus de pouvoir, sans que l'Arrêt soit encore intervenu* » (point 2.11.3.5.3).
>
> « Le 14 avril 2000 la demanderesse a communiqué au Centre la **Réponse de l'Avocat de l'Etat** qui représente et assure la défense de l'Etat Espagnol dans ladite procédure

judiciaire, notifiée le 23 mars 2000 à M. Pey. Dans cette **Réponse** la représentation de l'Etat Espagnol avait constaté auprès de la Cour Supérieure de Justice de Madrid que l'Administration avait satisfait hors-procedure toutes les demandes de M. Pey-Casado, à savoir que celui-ci

- a établi son domicile en Espagne passé 1973,
- a renoncé à la double nationalité chilienne,
- possédait comme seule nationalité **effective** et **exclusive** la **nationalité espagnole** au jour du 15 avril 1997, date de la décision administrative du Secrétaire d'Etat à la Coopération Economique attaquée en Justice,
- a le droit de recourir à l'application du Traité bilatéral du 2 octobre 1991.

« Conformément à la Loi espagnole de la Juridiction Contentieuse (art. 90), M. Pey avait demandé le 14 avril 2000 que ce litige soit déclaré clos après que la Cour ait constaté que son **objet** a été reconnu par l'Administration comme étant *satisfait en dehors de la procédure judiciaire* (introduite le 4 Juin 1997).

"Le 12 février 2001 la Cour Supérieure de Justice de Madrid a notifié à M. Pey l'Arrêt ci-après, par lequel la Cour déclare qu'ayant vérifié que les demandes de M. Pey « *ont été entièrement satisfaites* » par des actes de l'Administration espagnole en dehors de la procédure judiciaire, cette dernière est déclarée close. »

La preuve de cette communication est attestée dans le dossier d'arbitrage (voir le doc. annexe N° 5).

HUITIÈMEMENT.- Quoique la violation du droit de défense de la présente partie ait eu lieu lors des débats oraux qui se sont tenus du 3 au 5 mai 2000, et que cette interdiction de se défendre se soit confirmée tout au long des dix mois suivants, le 5 mai 2000 M. le Président Rezek ayant déclaré close la procédure, cela rendait impossible l'exercice du droit de récusation conféré par l'art. 57 de la Convention. Le Tribunal quant à lui maintenait la délégation de ses pouvoirs à M. le Président Rezek « afin de fixer les délais pour les **activités additionnelles** de la procédure qui seraient requises ».

La Règle d'Arbitrage N° 9 dispose qu'une récusation devra être proposée « *en tous cas avant que la procédure soit close* ». Le fait que cette

dernière avait été déclarée close le 5 mai 2000 demeurait confirmé tacitement chaque fois que la présente partie mentionnait par écrit ladite clôture sans recevoir aucune réponse :

- le 16 mai 2000 nous écrivions au Centre :

> « le représentant de la République du Chili viole maintenant délibérément la Règle 38 en produisant de nouveaux documents **après la clôture des débats** relatifs à l'incident de procédure ayant trait à la compétence. »

Il n'y eut aucune réponse de M. le Président.

- le 22 mai 2000 :

> « (...) conformément aux propos du Président du Tribunal [à la fin de la procédure orale du 5.V.2001], **nous demandons à avoir un droit de réponse** sur les pièces qui seraient admises dans la procédure, ce surtout que nous avons les éléments de preuve contredisant directement ces "nouvelles pièces". »

M. le Président gardait le silence.

- le 31 mai 2000:

> « nous réitérons notre demande du 16 et 22 mai 2000 concernant les 6 documents produits par le Chili **après** la conclusion de l'audience du 5 mai et **l'impossibilité de se défendre** à laquelle est ainsi confrontée la présente partie. »

Le silence de M. le Président se poursuit.

Le 4 janvier 2001 nous écrivions de nouveau :

> « Les Requérants souhaitent rappeler que **la clôture de l'instance a été prononcée le 5 mai 2000 par le Tribunal** et qu'en conséquence cette dernière

communication de la défenderesse doit être écartée du débat, sauf pour le Tribunal à faire application de l'article 38(2) du Règlement d'arbitrage."

M. le Président maintient son silence.

- Le 19 février 2001 nous répétions pour la cinquième fois :

« Bien que **la clôture de l'instance** ait été prononcée le 5 mai 2000 par le Tribunal."

NEUVIÈMEMENT.- M. le Président Rezek faisait savoir à la présente partie que concrètement à la date du 28 février 2001 la procédure était ouverte:

« le Président du Tribunal m'a demandé de clarifier à votre intention qu' à ladite date [le 5 mai 2000] a été considéré close la séance relative à la compétence tenue du 3 au 5 mai 2000 au siège du Centre à Washington D.C. À ce jour [le 28.II.2001], le Tribunal n'a pas déclaré la présente procédure close ».

La décision de M. le Président Rezek du 28 février 2001 signifiait la consolidation des graves infractions à l'ordre public ayant trait à la procédure, qui ont été décrites ci-dessus, puisqu'en effet M. Rezek

a) ne privait d'effet pratique sa décision du 5 mai 2000, déclarant la procédure close, que le 28 février 2001,

b) confirmait ainsi la volonté persistante et réitérée, maintenue depuis l'audience orale du 3.V.2000, de frustrer la présente partie du droit d'être entendue et de défendre ses droits avec toutes les garanties attachés à la procédure.

c) consommait le fait de ne pas prononcer formellement le rejet des documents remis au Tribunal **après l'achèvement des débats oraux**, ce qui aboutissait à exclure aussi l' « *autre possibilité (...) qui est [celle] d'entendre l'autre partie (...)[qui] présenterait (...) un autre document en plus, ce qui finirait par signifier la re-*

instauration de la procédure écrite », pour dire les choses avec les mots utilisés par M. le Président le 5 mai 2000.

Le 8 mars 2001 la présente partie a fait savoir par écrit au Tribunal :

> « Aux effets stipulés dans la Règle d'Arbitrage N° 27, nous tenons à faire valoir promptement que la présente partie n'a pas renoncé aux objections soulevées concernant les documents produits par la défenderesse hors-délai, lors des auditions des 3, 4 et 5 mai 2000 et par la suite. Nous tenons à rappeler les termes précis de ce que M. le Président du Tribunal a dit à propos de ces documents le 5 mai 2000, en réponse au droit de défense que la présente partie a invoqué au cours de l'audience et dans ses communications ultérieures. »

DIXIÈMEMENT.- Plus de **dix mois** se sont écoulés depuis que la présente partie a exposé, lors de l'audience du 4 mai 2000, l'interdiction de se défendre à laquelle elle avait été soumise par l'acceptation, de la part de M. le Président Rezek, que le Chili remette **après la fin des interventions orales** les preuves, sous forme de documents, sur lesquels il avait fondé ses allégations dès le 3 mai.

Dix mois sont donc passés depuis que la présente partie a demandé, les 4 et 5 mai 2000, que les documents présentés par le Chili **après la fin des interventions orales** le 5 mai 2000, soient formellement exclus de la procédure ou, alternativement qu'il soit permis à la présente partie, selon des modalités offrant toute garantie, d'être entendue sur ce sujet et de produire les preuves qui importent à sa défense.

Pendant **dix mois** les contrevérités répandues dans les documents cités poursuivent leur action à l'intérieur de la procédure, sans que M. le Président Rezek ait mis en pratique la décision qu'il communiquait aux parties le 5 mai 2000, et que nous avons transcrite dans le DEUXIÈMEMENT ci-dessus, ce qui a réduit la présente partie au silence.

ONZIÈMEMENT.- Pendant les **dix mois** écoulés M. le Président Rezek a toléré, permis ou autorisé que, dans la présente procédure, ne fussent pas respectées ou fussent enfreintes, les Règles dont l'objet est de

garantir l'égalité entre les parties, en particulier celles invoquées durant les audiences des 4 et 5 mai, ainsi que dans les communications ultérieures adressées au Centre (voir les documents annexes à la présente), à savoir :

- les arts. 44 et 26 de la Convention,
- les Règles d'Arbitrage N° 26, 31, 33, 34 et 38,
- l'art. 29 du Règlement Administratif et financier.

DOUZIÈMEMENT.- Ce qui est survenu durant ces **dix mois** démontre objectivement que M. le Président Rezek a failli gravement à son devoir en qualité de Président d'un Tribunal, et qu'en outre il a violé de façon très substantielle le droit de défense, portant à cette dernière un préjudice certain.

TREIZIÈMEMENT.- La proposition qui est formulée en vertu de l'art. 57 de la Convention a lieu avant que soit achevée la procédure, cette dernière ayant été déclarée encore ouverte à la date du 28 février 2001.

QUATORZIÈMEMENT.- La présente proposition contribue à éviter l'inaboutissement de la procédure ou une éventuelle déclaration de nullité.

FONDEMENTS JURIDIQUES

I

Le droit d'être entendu (*audiatur et altera pars*) est l'un des droits les plus fondamentaux dans tout débat contradictoire. Il est en vigueur universellement et, comme il ne pouvait en être autrement, il figure dans la Convention réglementant le CIRDI (Règles d'Arbitrage N° 20, 21, 27, 31, 32, 37, 39, 40, 41, 42, 44, 49, 50, 54, 55).

II

Ce principe de droit a été affirmé dans les précédents figurant dans la jurisprudence du CIRDI. Nous citerons à tire d'exemples les cas **Amco v. Indonesia, Klökner v. Cameroon** et **Mine v. Guinea.**

III

Ce que disposent les art. 44 et 26 de la Convention, les Règles d'Arbitrage N° 26, 31, 33, 34 et 38, de même que l'art. 29 du Règlement Administratif et Financier.

IV

Les mérites professionnels reconnus qui honorent M. José Francisco Rezek rendent plus patent le fait que, dans la présente procédure d'arbitrage, il s'est placé volontairement et consciemment dans les circonstances formulées en seconde partie de la définition suivante donnée par le Tribunal Fédéral Suisse :

> "*des fautes de procédure ou une decisión matériellement erronée ne suffisent pas à fonder l'apparence de prévention d' un arbitre, sauf erreurs particulièrement graves ou répétées qui constituéraient une violation manifeste de ses obligations*".
>
> (Arrêt du 11 mai 1992, D.c.A., Bull. ASA, 1992.381, souligné par nous. Dans le même sens, les Sentences de la US District Court, Southern District of New York, du 11 mai 1993, Yearbook, 1995.856, Yearbook, 1995.962).

V

Le fait de voir prononcer une Sentence par un arbitre qui démontre avoir fait preuve de partialité peut constituer une violation de l'ordre public international en matière de procédure, au sens qui figure dans l'art. 1502.5° du Code de Procédure Civil français. Éviter cela constitue un devoir, en premier lieu pour M. le Président Rezek lui-même, et nous voulons croire qu'il partage

cette légitime préoccupation et qu'il abandonnera de son plein gré son poste dans le Tribunal.

SUBISIDIAIREMENT :

Dans le cas hypothétique où M. José Francisco Rezek ne donnerait pas suite à l'invitation qui est formulée ci-dessus, le représentant soussigné, dans un strict esprit de défense de ses mandants et avec tout le respect dû à la personne, se voit dans l'obligation professionnelle de proposer formellement à M. le Secrétaire Général du CIRDI, en vertu de l'art. 57 en relation avec l'art. 14 de la Convention de Washington du 18 mars 1965, réglementant le CIRDI, la récusation de M. le Président Rezek en qualité de Président du Tribunal d'Arbitrage.

Je fonde cette prétention sur les FAITS et FONDEMENTS JURIDIQUES énumérés ci-dessus, que nous considérons reproduits ici dans leur intégralité.

Et ce, également, aux fins de ne pas perdre le droit, attaché à la procédure, de solliciter la nullité, le cas échéant et pour les mêmes motifs, d'une éventuelle décision que pourrait adopter le Tribunal dans les circonstances processuelles irrégulières décrites.

Plus est éminente l'expérience judiciaire de M. José Francisco Rezek, plus est évidente la gravité de son comportement partial dans ce cas, consistant à réduire la présente partie à l'interdiction de se défendre, et à lui refuser l'exercice effectif du droit, attaché à la défense, d'être entendu avec toutes les garanties.

Dans un strict esprit de défense nous devons conclure que la Présidence d'un Tribunal d'Arbitrage du CIRDI ne peut être entre les mains de qui ne s'attache pas à assurer le droit effectif de toutes les parties à être entendues et à éviter que la marche de la procédure n'aboutisse à l'interdiction de se défendre.

En conséquence, invoquant la Règle d'Arbitrage N° 9, je propose à M. le Secrétaire Général du CIRDI la récusation de M. José Francisco REZEK, qui se trouve fondée sur les causes exposées, et je demande que la proposition

soit transmise aux membres du Tribunal, qu'elle soit notifiée à l'autre partie, que la procédure soit suspendue, et une fois instruit le traitement processuel de la proposition, que son acceptation soit décidée.

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation Espagnole "Président Allende".

1

Juan E. Garcés, Abogado
Alfonso XII, 18 - 28014 Madrid
Telf 91 531 19 89 - Fax: 91 531 68 11
E-mail: 100407.1303@Compuserve.com

Madrid, le 16 mai 2000

M. Gonzalo Flores
Secrétaire du Tribunal Arbitral
CIRDI
Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende V. République du Chili (ICSID Case No. ARB-98-2).

Monsieur le Secrétaire du Tribunal,

Le 12 mai nous avons reçu la télécopie transmise le jour même par le Centre, et ce matin, 16 mai, vient de nous parvenir un paquet contenant les documents annoncés, en termes généraux, dans votre télécopie du 12 mai.

Sans même prendre en considération leur contenu, le représentant des demandeurs se doit de formuler son opposition à l'admission des divers documents insérés par la République du Chili dans le paquet reçu ce jour, et qui sont énumérés ci-après :

1) Une communication n° 5844, en date du 24 juin 1999, du Ministère de l'Intérieur du Chili, avec photocopie jointe de la fiche signalétique de M. Pey Casado,

2) Une communication n° 04435, en date du 20 avril 2000, de la Présidence de la Banque Centrale du Chili,

3) Une lettre émanant du Secrétariat Général de la Communauté Andine, en date du 26 avril 2000,

4) Une photocopie d'une demande de restitution de la machine rotative Goss, en date du 4 octobre 1995, émanant de la Première Chambre Civile de Santiago,

5) Une photocopie d'écritures de monsieur Rodrigo Escudero Cárdenas, présentées en date du 10 janvier 2000 devant ladite Première Chambre Civile de Santiago,

6) une communication n° 464-2000, en date du 14 mars 2000, émanant de cette même Première Chambre Civile de Santiago.

Les motifs sur lesquels est fondée notre opposition ont déjà été annoncés par la présente partie lors des audiences des 4 et 5 mai 2000, tout spécialement lorsque nous avons invoqué les principes de justice naturelle consistant à assurer l'égalité entre les parties, le droit d'apporter au vis à vis la contradiction, et non l'interdiction de se défendre. Nous y ajoutons à présent les motifs de procédure suivants :

a) Le 2 février 1999 le tribunal a accordé un délai de 60 jours pour la présentation par la République du Chili de sa **Réplique** à notre **Réponse** concernant la compétence (présentée le 6 octobre 1999). Le 6 décembre la République du Chili a sollicité un délai supplémentaire. Le 16 du même mois le Tribunal décidait que : *« la République du Chili devrait présenter son mémoire en réplique sur la question de la compétence (...) au plus tard le jeudi 30 décembre 1999 ».*

b) En conséquence, le 30 décembre 1999 prenait fin le délai pour la présentation, par la République du Chili, des documents relatifs à sa défense (Règle 29 du Règlement Administratif et Financier, qui réglemente les délais spécifiés dans la Convention de Washington; Règles d'Arbitrage numéros 26, 31 et 33 en relation avec l'article 44 de la Convention de Washington).

c) La règle 26(3) dispose que : ***«il n'est tenu compte d'aucun acte accompli après l'expiration du délai***(...)»

Selon la présente partie il n'est survenu aucune circonstance particulière justifiant que l'on admette la défenderesse à produire des documents, qu'ils se trouvaient en son seul pouvoir de rassembler et qu'elle pouvait avoir communiqué avant le 30 décembre 1999, permettant ainsi au représentant des demandeurs de disposer de 60 jours pour répondre dûment.

d) La Règle d'Arbitrage n° 38 dispose que « *quand la présentation de l'affaire par les parties est terminée, l'instance est déclarée close.* »

Le représentant des demandeurs a présenté sa **Réplique** le 7 février 2000, et la présente partie a été la dernière à présenter sa position lors de la session orale du vendredi 5 mai 2000. En conséquence le représentant de la République du Chili viole maintenant délibérément la Règle 38 en produisant de nouveaux documents après la clôture des débats relatifs à l'incident de procédure ayant trait à la compétence.

Tout au long des deux années pendant lesquelles s'est déroulé cet incident sur la compétence nous avons signalé, par diverses communications, le fait que la représentation du Chili obstruait de **mauvaise foi** le déroulement normal de cette procédure, à chacune de ses étapes. Le cas présent est un exemple de plus de ce défi permanent au Tribunal, en situant celui-ci face au dilemme consistant soit d'accepter la consommation de l'interdiction de se défendre ainsi imposée à la présente partie soit à méconnaître à celle-ci le droit qu'est le sien à voir respectées les Règles d'Arbitrage nos. 38(1), 26(3), 31, 33, 34(4) et la n° 29 du Règlement Administratif.

C'est un acte de mauvaise foi du Chili que de prétendre forcer la re-ouverture de cet incident de procédure.

Le dilemme posé au Tribunal par la délégation du Chili trouve sa solution dans les Règles de procédure. C'est pourquoi, en application du principe d'égalité entre les parties et de la Règle 26(3), il est respectueusement demandé au Tribunal de déclarer sans effet, et de considérer la production des documents énumérés ci-dessus comme inexistante, d'ordonner leur restitution aux représentants du Chili, sans qu'il en demeure trace dans l'action relative a l'incident de procédure.

Recevez, Cher Monsieur, l'expression de nos salutations attentionnées

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation Espagnole "Président Allende"

Astorga y Garcés, Abogados

Alfonso XII, 18 - 28014 Madrid
Telef. 91 531 19 89
E-correo: jgarces @compuserve.com
Fax: 91 531 68 11

Madrid, le 22 mai 2000

M. Gonzalo Flores
Secrétaire du Tribunal Arbitral
CIRDI
Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende V. République du Chili (ICSID Case No. ARB-98-2).

Monsieur le Secrétaire du Tribunal,

Le 16 mai dernier nous vous avions adressé un courrier dans lequel, en application du principe d'égalité entre les parties et de la Règle d'Arbitrage 26(3) et, surtout, des propos tenus par Monsieur le Président du Tribunal arbitral à la fin de l'audience de plaidoiries, nous demandions au Tribunal d 'écarter des débats les documents produits par la défenderesse après la clôture de la séance du vendredi 5 mai, et d'ordonner leur restitution aux représentants du Chili, sans qu'il en demeure trace dans la procédure relative à la question de la compétence.

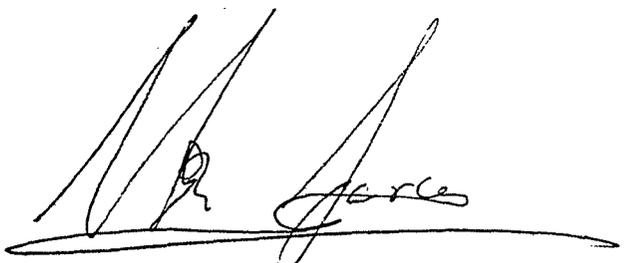
A défaut, et conformément aux propos du Président du Tribunal, nous demandons à avoir un droit de réponse sur les pièces qui seraient admises dans la procédure, ce surtout que nous avons les éléments de preuve contredisant directement ces "nouvelles pièces" et notamment la date d'entrée en vigueur de la « Décision n° 24 » du Pacte de Carthagène <u>après le 15 septembre 1973.</u>

Eléments de preuve de l'époque, et non pas du mois d'avril 2000, qui démentent ouvertement le contenu de la communication n° 04435, en date du 20 avril 2000, de la Présidence de la Banque Centrale du Chili, ainsi que la lettre émanant du Secrétariat Général de la Communauté Andine, en date du 26 avril 2000, produites par la délégation du Chili après la fin de l'audience de plaidoiries. Nous nous référons à

a) la Loi n° 8 du Congrès de la Colombie du 21 mars 1973, qui approuve l'Accord sous-régional Andin souscrit à Bogota le 26 mai 1969 par les Plénipotentiaires de la Colombie, la Bolivie, le Chili, l'Equateur et le Pérou (dit aussi « Accord de Carthagène »). L'art. n° 3 de la Loi n° 8 de 1973 accorda au Président de la République de la Colombie la faculté de mettre en vigueur (« **poner en vigencia** ») les normes contenues dans la « Décisión n° 24 » concernant le traitement commun des capitaux étrangers,

b) le Décret n° 1990, du 15 septembre 1973, par lequel le Président de la République de la Colombie, en application de la Loi n° 8 de 1973, met en vigueur le Régime Commun pour le Traitement des Capitaux Étrangers résultant de la Décision n° 24 de la Commission de l'Accord de Carthagène.

Recevez, Cher Monsieur, l'expression de nos salutations attentionnées



Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation Espagnole "Président Allende"

M

Juan E. Garcés, Abogado
Alfonso XII, 18 - 28014 Madrid
Telf. 91 531 19 89 - Fax: 91 531 68 11
E-mail: 100407.1303@Compuserve.com

Madrid, le 1 juin 2000

M. Gonzalo Flores
CIRDI
World Bank. ICSID.
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende
v. République du Chili (ICSID Case No. ARB-98-2).

Monsieur le Secrétaire du Tribunal,

Nous accusons réception de votre communication en date du 30 mai.

Pour ce qui concerne le dépôt de 85.000 US$ demandé à la présente partie, à la date du 30 mai 2000 ladite somme devrait déjà être déposée au compte "T" à la "IBRD", à la "Federal Reserve Bank of New York" à l'attention de "Foreign Department, 33 Liberty Street, New York, NY, 10045", accompagnée de la référence **"ICSID/PEY CASADO- CHILE"**, ABA N° 0210-8002-5.

Pour ce qui concerne le contenu des écritures des 21 et 29 mai, émanant du représentant de la République du Chili, sauf décision du Tribunal en sens contraire nous estimons que le bon ordonnancement de la procédure nous engage à nous abstenir d'y faire connaître notre opposition raisonnée.

Ce n'est que le 16 mai que nous avons eu connaissance des six documents produits par la délégation du Chili auprès du Tribunal <u>après la conclusion de l'audience du 5 mai 2000</u>, même s'ils ont été évoqués (pour la première fois) par le Chili pendant l'audience du 3 mai. Ce qui nous a interdit d'en prendre connaissance et d'y répondre pendant les audiences. En consequence, dès l'audience du 4 mai nous nous sommes opposés à leur communication ultérieure.

En ce qui concerne **nos trois documents communiqués au Centre le 11 mai** (décisión du 28 avril 2000 du Ministre des Biens Nationaux du Chili, écritures de M. Pey adressées à la 1ère Chambre Civile de Santiago les 23 juin et 30

juillet 1998 à propos de la restitution de la rotative GOSS), ils ont été plaidés pendant l'audience du 4 mai en réponse aux arguments développés par le Chili la veille, et leur original en espagnol a été remis pendant l'audience même du 4 mai au Tribunal et à la délégation du Chili. Cette dernière avait donc les trois documents en sa possession dès avant ses plaidoiries du 5 mai, et elle n'y a pas fait d'objection. Le 11 mai nous avons produit leur traduction en langue française.

En ce qui concerne **notre réponse écrite aux cinq questions du Tribunal Arbitral** du 4 mai et remises le 17 mai en français et en espagnol, elles correspondent aux réponses orales données aux 5 questions pendant l'audience du 5 mai, sans aucun élément nouveau et l'enregistrement pourra en témoigner. Le Tribunal n'avait pas demandé à ce qu'elles soient remises par écrit à l'audience du 5 mai, mais relativement vite après. Le souci du Tribunal était qu'elles ne contiennent pas d'argument nouveaux, différents de ceux lus pendant l'audience du 5 mai. Nous avons respecté ces instructions.

En ce qui concerne le document "**dossier de plaidoirie** (...)", il correspond à notre dossier de plaidoirie que, dans les deux langues de la procédure, nous avons remis en main à M. le Secrétaire du Tribunal le 5 mai, le jour même de l'audience (au même titre que le dossier de plaidoirie remis par le Chili le même jour), en le priant de bien vouloir le transmettre à la délégation du Chili . Nous avons ainsi répondu à la demande du Tribunal Arbitral du 3 mai, qui a invité les parties à produire une synthèse des développements oraux si les parties avaient préparé un document en ce sens. Ce « dossier de plaidoirie » ne contient aucun argument nouveau par rapport aux échanges écrits précédents. il a été préparé en vue des audiences des 4 et 5 mai. S'il diffère dans sa présentation par rapport à la plaidoirie orale c'est parce que celle-ci n'est pas *a priori* le lieu propice à la seule lecture d'un document, et d'autre part et surtout, étant la présente partie défendeur à l'exception d'incompétence nous avons dû adapter notre réponse orale du 4 mai à la plaidoirie du Chili de la veille, et celle du 5 mai à la plaidoirie du Chili pendant la matinée du 5. Cela était d'autant plus nécessaire que le Chili a fait *in voce*, les 3 et 5 mai, de nouveaux développements à raison notamment de la fameuse "décision du 28 avril 2000 du Ministre des biens nationaux", évoquée comme un point fondamental dès l'introduction de sa plaidoirie le 3 mai (cela, cependant, sans produire ledit document, pas plus que les autres 6 documents plaidés ce 3 mai et remis par le Chili au Tribunal **après** la conclusion de l'audience le vendredi 5 mai, et dont la présente partie a eu connaissance le 16 mai).

En conclusion nous réitérons notre demande du 16 et 22 mai 2000 concernant les 6 documents produits par le Chili **après** la conclusion de l'audience du 5 mai et l'impossibilité de se défendre à laquelle est ainsi confrontée la présente partie.

Et nous demandons maintenant au Tribunal de rejeter les nouvelles prétentions du Chili des 26 et 29 mai 2000, toujours visant à nous interdire de défense, concernant

1) la version française, envoyée au Centre le jeudi 11 mai, des trois documents que nous avons communiqué en espagnol, simultanément au Tribunal et à la délégation du Chili, **lors de l'audience du jeudi 4 mai**, et

2) la version écrite, envoyée au Centre le 17 Mai en français et en espagnol, de notre réponse aux questions du Tribunal que nous avons produite oralement **lors de l'audience du vendredi 5 mai**, et

3) le « dossier de plaidoirie » remis au Tribunal en français et en espagnol aussitôt après l'audience du 5 mai.

Recevez, Cher Monsieur, l'expression de nos salutations attentionnées

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation Espagnole "Président Allende"

Juan E. Garcés, Abogado

Alfonso XII, 18 - 28014 Madrid

Telf. 91 531 19 89 - Fax: 91 531 68 11

E-mail: 100407.1303@Compuserve.com

Monsieur Gonzalo Flores
CIRDI
Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
Washington DC 20433
Etats-Unis

Par courrier et télécopie (00 202 5222615)

A l'attention de Messieurs Juan Francisco Rezek, Mohammed Bedjaoui et Galo Leoro Franco

Le 4 janvier 2001

Réf.. : Victor Pey Casado and Presidente Allende Fondation V. Republic of Chili (ICSID Case No. ARB - 98 - 2)

Monsieur le Président, Messieurs les Arbitres,

Nous accusons réception de la télécopie de M. Flores en date du 22 décembre 2000 transmettant la lettre adressée au Tribunal arbitral par la représentation du Chili le 19 décembre dernier et d'une lettre, transmise le même jour, de la "Contraloria General de la Republica" en date du 22 novembre 2000 .

Cette nouvelle communication de la représentation du Chili appelle de la part Monsieur Pey Casado et la Fondation "Presidente Allende" les brefs commentaires suivants.

Les Requérants souhaitent rappeler que la clôture de l'instance a été prononcée le 5 mai 2000 par le Tribunal et qu'en conséquence cette dernière communication de la défenderesse doit être écartée du débat, sauf pour le Tribunal à faire application de l'article 38(2) du Règlement d'arbitrage.

En outre, à l'occasion de l'audience de clôture du 5 mai dernier, le Président du Tribunal a rappelé qu'aucun argument ni document ne pourraient

être produits aux débats sauf autorisation du Tribunal, et qu'en tout état de cause, si ce document ou cet argument était déclaré recevable par le Tribunal, l'autre partie disposerait d'un délai pour y répondre.

S'agissant de la communication de la défenderesse, les Requérants souhaitent préciser que contrairement à ce qui est allégué par le Chili, aucun recours n'a été, à ce jour, introduit contre la décision n° 43 du 28 avril 2000 du Ministre des Biens Nationaux par les Requérants. Ceux-ci n'ont rien demandé au Ministre ni au «Contralor».

Le 6 Mai 2000 les Requérants ont adressé

- au Ministre une protestation qui se limitait à rappeler aux instances chiliennes qu'un arbitrage CIRDI était pendant et qu'en conséquence, et en application de l'article 26 de la Convention de Washington, les Autorités du Chili, et en particulier le Ministre des Biens Nationaux, auraient dû surseoir à statuer,

- une lettre identique au « Contralor ».

Vous trouverez ci-joint pour votre information copie de ces lettres, ainsi que de leur traduction en français.

Dans l'hypothèse où le Tribunal déciderait que la lettre du 22 novembre 2000 est recevable, les Requérants demandent expressément au Tribunal de les en informer et de leur accorder un délai pour répondre, notamment sur la portée de cette décision du Ministre des Biens Nationaux du 28 Avril 2000, et de la lettre du 22 Novembre 2000, par rapport à l'art. 26 de la Convention du CIRDI. En l'état de la procédure, la lettre du "Contralor" transmise par le Chili le 19 Décembre 2000 ne saurait interférer avec l'examen par votre juridiction de la question de la propriété des actions..

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Messieurs les Arbitres, l'expression de nos salutations distinguées.

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation Espagnole "Président Allende

Juan E. Garcés, Abogado
Alfonso XII, 18 - 28014 Madrid
Telf. 91 531 19 89 - Fax: 91 531 68 11
E-mail: 100407.1303@Compuserve.com

Madrid, le 19 février 2001

M. Gonzalo Flores
CIRDI
World Bank. ICSID.
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende
V. République du Chili (ICSID Case No. ARB-98-2).

Monsieur le Secrétaire du Tribunal,

Bien que la clôture de l'instance ait été prononcée le 5 mai 2000 par le Tribunal, nous estimons nécessaire de soumettre à la libre appréciation de ce dernier l'Arrêt définitif du 5 février 2001, notifié le 12 février suivant, de la Cour Supérieure de Justice de Madrid, que nous joignons-ci-après.

A la différence des sujets et des documents produits par la defenderesse hors délai, l'Arrêt de Justice ci-joint entraîne la fin définitive d'une question soulevée par le Chili dès son premier **Mémoire sur l'Incompétence** (juillet 1999) –point 1.2.6, documents en annexe numéros 7 et 8-, où sont produites des photocopies de la décision du 15 avril 1997 du Secrétaire d'Etat à la Coopération Economique (Ministère Espagnol des Affaires Etrangères). La demanderesse y avait fait opposition dans sa **Réponse** du 18 septembre 1999 – page N° 33, point 1.23.3, objection aux documents 7 et 8; points 2.11 à 2.11.3.9, docs. C3 et C20-, en annonçant que cette décision n'était pas ferme, et en précisant

> *« la déclaration de sa nullité est pendante devant la Juridiction du Contentieux Administratif pour infraction à la Loi et, subsidiairement, détournement et abus de pouvoir, sans que l'Arrêt soit encore intervenu »* (point 2.11.3.5.3).

Le 14 avril 2000 la demanderesse a communiqué au Centre la **Réponse de l'Avocat de l'Etat** qui représente et assure la défense de l'Etat Espagnol

dans ladite procédure judiciaire, notifiée le 23 mars 2000 à M. Pey. Dans cette **Réponse** la représentation de l'Etat Espagnol avait constaté auprès de la Cour Supérieure de Justice de Madrid que l'Administration avait satisfait hors-procedure toutes les demandes de M. Pey-Casado, à savoir que celui-ci

- a établi son domicile en Espagne passé 1973,
- a renoncé à la double nationalité chilienne,
- possédait comme seule nationalité **effective** et **exclusive** la **nationalité espagnole** au jour du 15 avril 1997, date de la décision administrative du Secrétaire d'Etat à la Coopération Economique attaquée en Justice,
- a le droit de recourir à l'application du Traité bilatéral du 2 octobre 1991.

Conformément à la Loi espagnole de la Juridiction Contentieuse (art. 90), M. Pey avait demandé le 14 avril 2000 que ce litige soit déclaré clos après que la Cour ait constaté que son **objet** a été reconnu par l'Administration comme étant *satisfait en dehors de la procédure judiciaire* (introduite le 4 Juin 1997).

Le 12 février 2001 la Cour Supérieure de Justice de Madrid a notifié à M. Pey l'Arrêt ci-après, par lequel la Cour déclare qu'ayant vérifié que les demandes de M. Pey « *ont été entièrement satisfaites* » par des actes de l'Administration espagnole en dehors de la procédure judiciaire, cette dernière est déclarée close.

Recevez, Cher Monsieur, l'expression de nos salutations attentionnées

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation Espagnole "Président Allende".

Juan E. Garcés, Abogado
Alfonso XII, 18 - 28014 Madrid
Telf. 91 531 19 89 - Fax: 91 531 68 11
E-mail: 100407.1303@Compuserve.com

Madrid, le 8 mars 2001

M. Gonzalo Flores
CIRDI
World Bank. ICSID.
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende
V. République du Chili (ICSID Case No. ARB-98-2).

Monsieur le Secrétaire du Tribunal,

La présente partie accuse réception de la communication du Centre portant date du 28 février 2001, avec l'éclaircissement de M. le Président du Tribunal à propos de la clôture de la séance du Tribunal en date du 5 mai 2000.

Aux effets stipulés dans la Règle d'Arbitrage N° 27, nous tenons à faire valoir promptement que la présente partie n'a pas renoncé aux objections soulevées concernant les documents produits par la défenderesse hors-délai, lors des auditions des 3, 4 et 5 mai 2000 et par la suite. Nous tenons à rappeler les termes précis de ce que M. le Président du Tribunal a dit à propos de ces documents le 5 mai 2000, en réponse au droit de défense que la présente partie a invoqué au cours de l'audience et dans ses communications ultérieures.

Recevez, Cher Monsieur, l'expression de nos salutations attentionnées

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation Espagnole "Président Allende".

Doc. num. 18

Mohammed Bedjaoui

Alger, le 7 octobre 2005

A Monsieur Roberto Danino

Secrétaire général

Re : Victor Pey Cassado et Fondation Président Allende
contre République du Chili (C.I.R.D.I ARB 98/2)

Monsieur le Secrétaire général,

J'ai été convié par votre Secrétariat à vous livrer mon point de vue au sujet de la récusation du Tribunal arbitral sollicitée par la République du Chili, immédiatement suivie par la démission de l'un de ses membres, l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, proposé par le Chili au début de l'affaire.

Je vous précise d'emblée que j'adhère intégralement à la position exprimée par le Président de notre Tribunal arbitral, le Professeur Pierre Lalive, dans sa note du 4 octobre 2005. Je voudrais ci-après ajouter les remarques suivantes.

* *
*

Monsieur Roberto Danino
Secrétaire général
C.I.R.D.I/I.C.S.I.D
World Bank Group
1818 H Street, NW
20433 – Washington (USA)

I – En ce qui concerne la requête de récusation

Je regrette de devoir insister davantage sur son caractère dilatoire. Cette requête invoque l'exceptionnelle longueur prise par cet arbitrage, effectivement introduit auprès du C.I.R.D.I depuis 1997. Mais justifier ainsi la demande de récusation du Tribunal arbitral par ce motif me paraît manquer triplement de pertinence :

1) – D'une part en effet cette récusation, si elle est décidée par le C.I.R.D.I, ne permettrait pas à la République du Chili de mettre un terme à cet arbitrage qui serait repris par d'autres arbitres et qui pourrait ainsi durer plusieurs années encore, ce qui serait contraire à la préoccupation affichée du Chili qui déclare aujourd'hui vouloir la fin rapide de cet arbitrage. Cela signifie clairement que la récusation sollicitée sur cette base serait contreproductive pour le Chili lui-même.

2) – D'autre part, cette récusation intervient en porte-à-faux, car la réunion programmée par le Tribunal arbitral pour le 19 septembre 2005 à New-York, était précisément destinée à terminer cet arbitrage. Si la République du Chili était vraiment préoccupée, comme elle le prétend, par la durée prise par cet arbitrage, elle aurait dû au contraire se réjouir de la tenue de cette dernière et ultime session du Tribunal arbitral, au lieu de demander la récusation aventureuse de ses membres.

Si la session de New-York avait pu avoir lieu en septembre dernier, elle aurait été pratiquement la dernière, car il entrait dans mes intentions de prier mes collègues de dégager au cours de la même session les grandes lignes des indemnisations et de suggérer à mes collègues du Tribunal de demander à la Banque mondiale la désignation de deux experts indépendants pour procéder aux évaluations desdites indemnisations sur la base des principes juridiques dégagés par le

Tribunal. Il n'aurait resté à faire pour le Tribunal que d'entériner par une sentence finale appropriée lesdites évaluations d'experts.

En bref, le motif invoqué pour justifier la requête de récusation révèle sa vraie nature de prétexte pour se dérober à une sentence arbitrale et apparaît comme une manœuvre dilatoire manifeste.

3) – Il y a lieu de relever par ailleurs que la requête est *en soi* tout à fait inédite et inusitée par le motif même sur lequel elle se fonde, à savoir la trop longue durée de la procédure. Car il ne faut par perdre de vue que l'auteur de la requête est la défenderesse. Or, *traditionnellement*, la Partie qui possède cette qualité n'est nullement pressée d'obtenir une sentence arbitrale. On le comprend aisément. Généralement, une Partie demanderesse introduit une requête contre un fait, une situation, créés par une Partie défenderesse, laquelle entend défendre le maintien de ce fait ou de cette situation. En l'espèce, la Partie défenderesse a intérêt à maintenir le *statu quo*, qu'elle ne souhaite pas voir bousculer par l'intervention d'une sentence. Et en fait, jamais, comme l'a fait observer le Président Pierre Lalive, la République du Chili ne s'est plaint de la prétendue lenteur de la procédure. Aussi longtemps qu'il n'y avait pas de sentence, le Chili était assuré du *statu quo* chez lui. En revanche, c'est tout naturellement que la Partie *demanderesse* a plusieurs fois réclamé une sentence aussi rapidement que possible (les lettres figurent dans le dossier).

En conclusion et en bref, il n'est pas d'usage qu'une Partie défenderesse, qui aspire naturellement au maintien du statu quo, forme une requête fondée sur ce qu'elle juge un allongement excessif de la procédure. Cette requête est donc fondée sur un motif tellement surprenant en soi chez une défenderesse qu'il nous conforte dans la conviction qu'il ne peut s'agir que d'un prétexte.

4) – Le C.I.R.D.I n'aura pas manqué de relever un fait particulièrement troublant. La lettre de récusation par la Partie défenderesse est datée du 23 août et a été déposée au C.I.R.D.I le 24. Mais on constate aisément que ***jusqu'au 11 août*** la Partie défenderesse avait accepté que le Tribunal arbitral se réunisse en septembre à New-York, puisqu'aussi bien elle avait accepté par sa lettre du 11 août sa contribution financière (billet d'avion pour l'épouse du Président) à la tenue de la session de septembre.

Le C.I.R.D.I ne manquera certainement pas de se demander *ce qui a pu se passer entre le 11 août, date d'acceptation de la tenue à New-York de la session du Tribunal et le 23 août, date de refus de cette session par récusation des membres du Tribunal. La tardiveté tout à fait insolite de la récusation saute aux yeux.* Il n'existe pas d'explication plausible à ce revirement soudain de la Partie défenderesse, si ce n'est qu'elle a pu avoir connaissance du projet de sentence qui allait être adopté contre elle en septembre à New-York.

Faire droit à cette demande de récusation reviendrait donc immanquablement à couvrir une corruption de la procédure à des fins contraire au rule of law, à la règle du jeu et au fair play.

5) – Parvenu à ce stade, je voudrais élever le débat, parce qu'il me paraît d'une importance capitale pour l'avenir de l'arbitrage international sous l'égide du C.I.R.D.I. A ma connaissance, ***il n'y a jamais eu de récusation d'un Tribunal arbitral à trois membres et dans des circonstances analogues à celle-ci. Le C.I.R.D.I et le Tribunal vivent une situation inédite dans laquelle les avocats d'une Partie font tout pour tenter de créer un précédent grave de ce que j'appellerai une « corruption de la procédure », pour échapper à une sentence qui était sur le point d'être adoptée. La gravité de cette menace de corruption de procédure ne saurait échapper à la vigilance du C.I.R.D.I.***

Je voudrais à cet égard rappeler ce qu'a pu déclarer un jour M. Paul Wolfowitz, Président de la Banque mondiale, sous l'autorité duquel se place le C.I.R.D.I. Le Président Wolfowitz, en guerre contre toute forme de corruption, a déclaré au *Financial Times*, qu'il était heureux d'avoir contribué à bouter hors du pouvoir Ferdinand Marcos aux Philippines, et d'avoir tenté d'en faire autant aux temps où le pouvoir en Indonésie était monopolisé par la famille Suharto corrompue (« *Financial Times Week End* », Saturday September 24/Sunday September 25, 2005, p.15-16). Il est légitime d'être fier d'avoir contribué à écraser la corruption. Le Tribunal arbitral ne serait pas moins fier, de son côté, de sanctionner avec toute la force du droit la corruption et la dictature de Pinochet au Chili en tentant de rendre justice à l'un de ceux, nombreux, qui ont souffert de ce régime. C'est l'honneur du Tribunal arbitral, la réputation du C.I.R.D.I, le triomphe du droit contre toute corruption de procédure, et enfin la justice tout simplement, qui rejoindraient en la circonstance la préoccupation du Président Wolfowitz dans sa lutte pour l'assainissement des mœurs politiques dans le monde.

6) – Je crois que, pour notre honneur à tous, l'exercice auquel nous sommes conviés ici exige la franchise et la vérité. Je les dois quant à moi au C.I.R.D.I. La meilleure façon pour moi de témoigner ma haute appréciation à l'œuvre du C.I.R.D.I est de lui faire part d'une interrogation lorsque j'ai appris qu'il avait accepté de recevoir une délégation ministérielle de la Partie défenderesse hors de toute présence de la Partie demanderesse. Je voudrais que le C.I.R.D.I considère mon interrogation vraiment comme le premier hommage rendu à son action. Nous essayons tous, chacun à son niveau, de faire prévaloir dans toutes les activités humaines et partout dans le monde, les principes de la transparence et de la bonne gouvernance.

La délégation ministérielle de la Partie défenderesse comprenait de surcroît un ancien fonctionnaire du C.I.R.D.I, ancien Secrétaire de notre Tribunal arbitral.

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

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

* *
*

II – *En ce qui concerne les « motifs » avancés pour obtenir ma récusation*

Les avocats de la Partie défenderesse ont laborieusement glané ce qu'ils croient être des arguments, mais dont la pauvreté et l'inconsistance desservent, je le crains, la cause qu'ils entendent défendre.

1) - Ils invoquent en premier lieu le fait que ***j'aurais caché ma nomination en qualité de Ministre des affaires étrangères de mon pays***, intervenue par décret du 1er mai dernier. La légèreté de l'argument invite au sourire, car :

a) Une nomination comme Ministre, dans quelque pays que ce soit, ne peut à l'évidence être tenue cachée. Il s'agit de fonctions par définition « publiques », incompatibles avec une fonction qui se déroulerait totalement dans l'ombre.

b) Cela est plus vrai, *a fortiori*, des fonctions de Ministre des affaires étrangères, lequel, par définition, est appelé à participer aux relations internationales qui se tissent journellement dans le monde.

c) Ma nomination a paru au *Journal officiel* algérien, mais aussi dans la presse internationale et a eu des échos dans les *mass media* du monde. Je dispose d'un « Press Book » en 14 volumes dont naturellement je ne souhaite pas encombrer le C.I.R.D.I, mais que je tiens à sa disposition à tout moment.

d) Un très grand nombre de Ministres des affaires étrangères m'ont adressé des quatre coins du monde leurs aimables félicitations.

e) L'Ambassadeur de la République du Chili à Alger, M. Ariel Ulloa Azocar, qui est un vieil ami, a dûment informé son Gouvernement à Santiago de mes nouvelles fonctions. L'Ambassadeur du Royaume d'Espagne à Alger en a fait de même pour son Gouvernement à Madrid.

f) Il reste qu'il est clair qu'un membre d'un Tribunal arbitral n'a pas à écrire directement aux Parties pour leur annoncer un quelconque changement dans sa propre situation. Je ne les ai donc pas personnellement avisés de mon changement de fonctions. En revanche

j'avais le devoir d'informer le Secrétariat de mon Tribunal arbitral. J'ai effectivement accompli ce devoir élémentaire. J'ai donc prévenu Madame Gabriela Alvarez Avila, fonctionnaire remarquable ayant parfaitement le sens de sa mission, et je lui ai communiqué mes nouvelles coordonnées postales, téléphoniques et autres.

g) J'ai cru devoir informer aussi par courtoisie autant que par devoir « arbitral », le Président de notre Tribunal, le Professeur Pierre Lalive, pour mes nouvelles fonctions, en le priant de nous saisir vite, mon Collègue Franco et moi, de son projet de sentence pour une réunion aussi rapprochée que possible dans le temps.

2) - Les avocats de la Partie défenderesse ont invoqué en second lieu **je ne sais quelle incompatibilité qui existerait, selon eux, entre mes nouvelles fonctions ministérielles et ma mission d'arbitre** qui du reste tirait à sa fin. Il n'existe, ni en droit international privé, ni dans la loi locale une quelconque incompatibilité en ce domaine.

a) A cet égard, je me dois de relever un comportement troublant chez les conseils de la Partie défenderesse. J'ai connu l'affaire *Pey Casado c. République du Chili* en au moins trois qualité différentes et successives : d'abord, lors de la formation du Tribunal arbitral en 1997-1998, en ma qualité de Juge à la Cour internationale de Justice, puis, de mai 2002 à mai 2005, alors que j'étais Président du Conseil constitutionnel d'Algérie, et enfin aujourd'hui, depuis mai 2005, en ma qualité de Ministre des affaires étrangères.

J'observe que les avocats de la Partie défenderesse n'ont jamais soulevé, durant trois ans, de mai 2002 à mai 2005, une réserve ou une objection tirée d'une quelconque incompatibilité qui existerait entre d'une part la haute fonction constitutionnelle que j'assumais et qui faisait de moi le troisième personnage de l'Etat (après le Président de la République et le Président du Sénat) et d'autre part ma mission d'arbitre en l'affaire qui

nous occupe. Je m'en réjouis certes, car il n'existe aucune incompatibilité et mon ami l'Ambassadeur du Chili à Alger, M. Ariel Ulloa Azocar, qui avait fait rapport à son Gouvernement, avait par deux fois organisé en mon honneur un dîner officiel en sa Résidence à Alger.

Force est pour moi de considérer en conséquence que la demande de récusation formulée à présent contre ma nouvelle qualité de Ministre des Affaires étrangères est une demande de « ***convenance*** » ou de « ***circonstance*** » qui, de ce fait, perd objectivement tout pertinence. **Il est troublant que les avocats de la Partie défenderesse, qui ont été bien inspirés de s'abstenir, eu égard au droit et à la morale, de me récuser pour mes deux premières fonctions, n'ont pas su garder un silence que leur dictaient impérativement ce même droit et cette même morale lorsque j'ai été nommé à ma troisième fonction actuelle.**

Une seule conclusion s'impose : la demande de récusation présentée aujourd'hui n'est réellement pas inspirée par une raison quelconque d'incompatibilité. La demande de récusation est donc suspecte. Elle est inspirée par un tout autre motif, celui d'échapper à une sentence établissant la compétence du Tribunal.

b) ***Les avocats de la Partie défenderesse voient une incompatibilité entre la fonction arbitrale et la fonction ministérielle,*** alors même que la République du Chili a proposé, et le C.I.R.D.I a approuvé, la nomination comme arbitre en la présente affaire de l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, ancien Ministre des affaires étrangères de l'Equateur et actuellement membre (ou Président) d'un des organes les plus importants de l'Organisation des Etats américains (O.A.S.)

Il n'existe aucune incompatibilité entre la fonction arbitrale et la fonction politique en général et ministérielle en particulier. Les arbitrages internationaux les plus fameux sont d'ailleurs ceux rendus par des arbitres comme le Roi d'Espagne ou la Reine du Royaume Uni.

L'histoire de l'arbitrage international montre que des arbitres ont été nommés en la personne de professeurs de droit public ou privé, d'avocats, d'ingénieurs, de spécialistes d'une branche d'activité industrielle, commerciale, bancaire ou autre, mais aussi d'Ambassadeurs, de Chargés d'affaires, de Ministres plénipotentiaires, de Ministres d'Etat, de Généraux d'armée, de Présidents de République, de Papes, ou encore d'Administrations prises *in toto* comme personnes morales. Ne souhaitant pas allonger excessivement cette note, je donne en annexe à celle-ci quelques exemplaires d'arbitrages en me limitant à ceux d'entre eux dans lesquels la fonction d'arbitre a été tenue par un Ministre, un Chef d'Etat ou un Pape.

3) D'ailleurs, **le problème d'incompatibilité soulevé par les avocats de la Partie défenderesse, (qui n'existe pas en droit) *n'existe pas* en fait non plus.** En effet, à la date du 1er mai 2005 à laquelle ma nomination en qualité de Ministre des affaires étrangères est intervenue, j'avais déjà complètement achevé la tâche qui m'incombait au titre du présent arbitrage. Le C.I.R.D.I a sans doute été informé qu'à la suite du délibéré du Tribunal arbitral de janvier 2004, il avait été décidé de poursuivre les recherches et la réflexion sur des points particulièrement délicats, tels que la fameuse « Décision 24 » qui liait les pays andins. J'ai réalisé ces recherches supplémentaires en 2004, tout comme l'ont fait mes deux autres Collègues du Tribunal, de sorte que ma tâche a été achevée en 2004, bien avant ma nomination ministérielle et qu'il ne nous restait plus qu'à attendre le nouveau projet de sentence rédigé par le Président.

4) J'ai au surplus cherché, dans les faits, à éviter que mes différentes fonctions ne soient, ni pour l'une, ni pour l'autre des deux Parties, un sujet de préoccupation. Je me limiterai volontairement à ne citer ci-après que deux exemples :

a) En janvier 2004, s'était tenu à Santiago-du-Chili l'important Congrès de l'Association internationale des spécialistes de droit constitutionnel, auquel avaient assisté un nombre impressionnant de juristes, professeurs et Présidents de Cours ou de Conseils constitutionnels dans le monde. J'ai été dûment invité en ma qualité de Président du Conseil constitutionnel de l'Algérie. J'ai cru de mon devoir de m'abstenir d'aller au Chili pour éviter l'ombre du moindre soupçon quant à mon indépendance d'arbitre. Je tiens à la disposition du C.I.R.D.I l'échange de lettres que j'ai eu sur ce point.

b) Au cours de la troisième semaine de mai 2005, le Président de la République algérienne a effectué une visite d'Etat en République du Chili, à la tête d'une importante délégation. J'ai dû prier Monsieur le Président de la République algérienne de m'exclure de la liste officielle de sa délégation et j'ai en conséquence évité une fois de plus de me rendre au Chili cette fois-là en ma qualité de Ministre des affaires étrangères. L'Ambassadeur du Chili à Alger, M. Ariel Ulloa Azocar, était au courant et il a sans doute informé son Gouvernement.

c) D'une manière générale, les relations entre l'Algérie et le Chili sont excellentes et la visite d'Etat du Président de la République algérienne le prouve abondamment et ma qualité de Ministre n'a ni de près, ni de loin, affecté négativement ces relations. Il en va de même des relations entre l'Algérie et l'Espagne.

5) L'argument tiré du manque de temps d'un Ministre des affaires étrangères. Les avocats de la Partie défenderesse ont invoqué le calendrier toujours chargé d'un Ministre des affaires étrangères pour en déduire que je ne pourrai plus consacrer de temps à la présente affaire.

Le point de vue selon lequel un Ministre des affaires étrangères ne dispose pas de beaucoup de temps à consacrer à un arbitrage ne

manque pas de valeur en soi. Mais, en cette circonstance particulière, il prête à sourire. En effet, nommé le 1er mai Ministre d'Etat, Ministre des affaires étrangères, j'ai exprimé une réelle impatience, dont la Secrétaire de notre Tribunal pourrait témoigner, à voir cette affaire réglée au plus tôt.

Et c'est ainsi que j'ai proposé une *plage de temps de plus de 50 jours* (s'étalant de la fin juillet au 19 septembre 2005), à l'intérieur de laquelle j'ai laissé le soin à mes deux autres Collègues de choisir *n'importe quelle date* pour notre ultime réunion. Le Président du Tribunal a marqué immédiatement sa disponibilité pour n'importe quelle date entre juillet et septembre. En revanche les consultations de notre Secrétaire avec l'Ambassadeur Franco furent laborieuses et n'ont permis de dégager aucune date qui pouvait lui convenir entre juillet et septembre.

Son manque de disponibilité était d'autant plus préoccupant que nous avions déclaré, le Président ~~de~~ et moi-même, notre engagement à le rejoindre *où il voulait*. L'Ambassadeur Franco pourrait peut-être éclairer davantage le C.I.R.D.I sur ce point très important.

III – En ce qui concerne la démission de notre Collègue arbitre, M. l'Ambassadeur Galo Leoro Franco

1 – *Rappel de ma lettre du 31 août 2005 adressée à mes deux autres Collègues du Tribunal* :

Je voudrais répéter à l'intention du C.I.R.D.I ce que j'ai dit dans ma lettre du 31 août qui n'était adressée qu'aux deux autres membres du Tribunal arbitral et qui, certainement de ce fait, n'a pas pu faire l'objet d'une circulation au C.I.R.D.I. J'y disais que je regrettais profondément la décision prise par notre Collègue l'Ambassadeur Galo Leoro Franco de proposer sa démission au motif qu'il aurait perdu la confiance de la Partie qui l'avait désigné à cet arbitrage.

Il y avait au moins quatre raisons à le regretter et je les avais articulées comme suit :

a) L'Ambassadeur Franco sait qu'un arbitre n'est pas nommé par une Partie mais simplement proposé par elle. Il est indépendant de cette Partie. Il tient sa nomination du C.I.R.D.I

b) Les conditions dans lesquelles notre Collègue a pu être convaincu que le Chili a perdu sa confiance, sont pour moi inexpliquées et me laissent perplexe. Quant, comment et par quelle voie cette perte de confiance lui aurait-elle été signifiée ? Cette perte de confiance a-t-elle été justifiée par la même raison invoquée par la République du Chili relative à la durée excessive de l'arbitrage ? Si c'est le cas notre Collègue était bien placé pour juger de la non-pertinence de cette raison, puisqu'il savait que la session programmée du Tribunal avait pour objet de rendre la sentence mettant fin aux longues difficultés de cet arbitrage.

c) Je n'ai pas reçu communication de la lettre (si elle existe) par laquelle l'Ambassadeur Leoro Franco a dû saisir le C.I.R.D.I, ou le Président du Tribunal ou encore le Secrétariat de sa démission. Si cette lettre n'existe pas et que la communication a été simplement verbale, celle-ci n'aurait pas de pertinence, à mon avis.

d) J'aurais été, quant à moi plus satisfait si, au lieu de décider immédiatement sa démission, il avait plutôt partagé avec ses deux autres Collègues du Tribunal ses préoccupations.

2 – *Réponse aux préoccupations de l'Ambassadeur Franco*

A ma lettre du 31 août (qui réagissait à chaud à l'annonce de la demande de récusation du Tribunal arbitral), M. Franco avait répondu le 3 septembre.

Je dois préciser que quand j'ai écrit le 31 août, je ne disposais pas encore de la *lettre de démission* de l'Ambassadeur Franco que le Secrétariat ne m'avait pas encore envoyée.

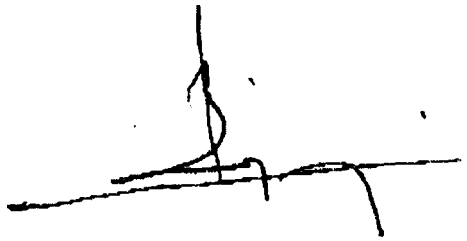
L'Ambassadeur Franco, dans sa lettre du 3 septembre, s'était demandé quand et comment j'ai appris la demande de récusation des membres du Tribunal. Je l'ai apprise par une communication de Madame Gabriela Alvarez Avila, la très efficace et très distinguée Secrétaire de notre Tribunal.

Cela dit, je suis heureux d'observer que c'est exactement la même question que m'a posée l'Ambassadeur Franco que j'aurais souhaité lui poser à mon tour. La lettre des avocats de la Partie défenderesse, datée du 23 août, a été, semble-t-il, remise au C.I.R.D.I le 24 août et la lettre de démission de l'Ambassadeur Franco, que j'ai reçue par la suite est datée du surlendemain 26 août.

Je m'étais en tout cas interrogé sur son empressement à donner sa démission, alors même que bien des raisons, et notamment le caractère collectif de la récusation, recommandaient à tout le moins une consultation entre les membres du Tribunal visés par la même mesure.

* *
*

Pour toutes les raisons évoquées tout au long de cette note, et sans doute pour d'autres raisons que vous jugerez pertinentes, je vous prie d'autoriser le Tribunal arbitral, qui est si près du but, à achever ses travaux et de recevoir, Monsieur le Secrétaire général, les assurances de ma considération la meilleure.



Mohammed Bedjaoui

ANNEXE

1 - Arbitrage avec comme ***Arbitre un Consul général***

Arbitrage « The May Case » entre les Etats Unis et le Guatemala, Arbitre M. G.F. Birt Jenner, Consul général, Ministre-résidant britannique, 16 novembre 1900, *Nations Unies : Recueil des sentences arbitrales* (ci-après : « N.U. : R.S.A »), vol. XV, p. 47 et « *Papers relating to the Foreign Relation of the United States* », 1900, p. 656.

2 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Général d'armée***

Arbitrage « The Claims of O.R.R. and Laubenheimer and the Post-Glover Electric Company (Nicaragua v. USA) », sentence du 16 juin 1900, *in* « *N.U. : R.S.A.* » vol. XV, p. 37-46 et « *Papers relating to the Foreign Relations of the United States* », 1900, p. 626

3 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Ministre d'Espagne à Lima***

Affaire des « Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou », sentence du 30 septembre 1901 rendue par Don Ramiro Gil de Uribarri, « NU. : R.S.A. », vol. XV, p. 389-453.

4 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Lord***

Il s'agit de l'homme d'Etat Lord Alverstone, père du célèbre Ambassadeur américain Henry Cabot Lodge, qui a rendu une sentence arbitrale le 20 octobre 1903, en l'affaire « Alaska Boundary Case », « N.U. : R.S.A. », vol. XV, p. 483-540.

5 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Duc***

Sentence du 15 janvier 1898 signée « The Duke of Arcos », dans des réclamations du Guatemala contre le Mexique, « *N.U. : R.S.A.* », vol. XV, p. 7-21 et « *Boletin Oficial de la Secretaria de Relaciones Exteriores* », Mexico, 1897, tome V, p. 293.

6 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Chargé d'affaires***

Sentence arbitrale du 18 avril 1899 signée par Arthur Beaupré, Chargé d'affaires des Etats Unis au Guatemala dans l'affaire du « Lottie May », « *N.U. : R.S.A.* », vol. XV, p. 31.

7 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Ministre d'Etat, Ministre des affaires étrangères***

Sentence arbitrale rendue en principe par le *Roi d'Espagne*, Alphonse XIII, mais qui a été signée, outre par lui-même, par son Ministre d'Etat Juan Perez Caballero (sentence du 23 décembre 1906 en une affaire opposant le Honduras et le Nicaragua, « *N.U. : R.S.A.* », vol XI, p. 101-117)

8 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Ministre d'Etat, Ministre des affaires étrangères***

Sentence arbitrale rendue le 7 décembre 1916 dans l'affaire « *La Masica* » (U.K. c. Honduras), en principe par Alphonse XIII, Roi d'Espagne, mais signée aussi par « *The Minister of State Gimeno* », « *N.U. : R.S.A.* », vol XI, p. 549-561.

9 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un « Chief Justice »***

Sentence du 12 septembre 1914, rendue par E. Douglass White, Chief Justice of the United States, dans un litige Costa Frica v. Panama, « N.U. : R.S.A. », vol. XI, p. 519-547

10 – Arbitrage avec comme ***Arbitre deux Administrations***

Sentence du 17 mars 1956 rendue par les Administrations postales du Danemark et des Pays-Bas dans un litige entre les Administrations postales du Portugal et de la Yougoslavie, « *N.U. : R.S.A.* », vol. XII, p. 339-348.

11 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Conseiller d'Etat***

Sentence du 10 juin 1955 « The Diverted Cargoes Case », rendue par René Cassin, Vice-Président du Conseil d'Etat français, (Grèce c. Royaume-Uni), « *N.U. : R.S.A.*), vol. XII, p. 53-81.

12 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Tribunal arbitral relayé par Sa Sainteté le Pape***

Sentence du 22 avril 1977 (donnant satisfaction au Chili contre l'Argentine), relayée par une médiation du Saint-Siège, « *N.U. : R.S.A.* », vol. XXI, Traité de paix et d'amitié, Cité du Vatican, et *Revue générale de droit international public*, 1985, p. 854.

13 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Président du Tribunal fédéral suisse***

Dans une affaire de vente de *guano* chilien (Affaire « Dreyfus et autres c. Chili »), la sentence a été rendue par le Président du Tribunal fédéral suisse, M. Hafner, « N.U. : R.S.A. », vol XV, p. 77-387.

14 – Arbitrage avec comme ***Arbitre un Chef d'Etat***

a) Sentence arbitrale du 9 décembre 1966 rendue par la Reine d'Angleterre dans un différend Argentine c. Chili, « *N.U. : R.S.A.* », vol. XVI, p. 109-182 ;

b) Sentence arbitrale rendue par *Edouard VII, Roi du Royaume-Uni*, le 20 novembre 1902, en une affaire *Argentine c. Chili*, « *N.U. : R.S.A.* », vol. IX, p. 29-49.

c) Sentence arbitrale rendue le 6 juin 1904 par *Victor-Emmanuel III, Roi d'Italie*, dans un différend entre le Brésil et le Royaume-Uni (« The Guiana Boundary Case »), « *N.U. : R.S.A* », vol. XI, p. 11-23

d) Sentence arbitrale rendue le 30 mai 1905 par Victor Emmanuel III, Roi d'Italie, « N.U. : R.S.A. ». vol. XI, p.59-69 (The Barotseland Boundary Case ».

e) Sentence rendue par le *Président de la République d'Argentine*, J. Figueroa Alcorta, le 9 juillet 1909, dans un différend entre la Bolivie et le Pérou, « *N.U. : R.S.A.* », vol XI, p. 133-146.

f) Sentence rendue par le *Roi George V du Royaume-Uni* dans « Alsop Claim, Chile v. U.S.A. », le 5 juillet 1911, « N.U. : R.S.A. », vol. XI, p.349-375.

* *
*

Doc. num. 19

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, EE.UU.
Teléfono: (202) 458-1534 FAX (202) 522-2615/ (202 522-2027
http://www.worldbank.org/icsid

8 de septiembre de 2005

Sr. Víctor Pey Casado
y Fundación "Presidente Allende"
Atn. Sr. Juan E. Garcés y Ramón
C/. Alfonso XII núm 18-4° izq.
Madrid - 28014
España

República de Chile
Sr. Andrés Culagovski
Fiscal. Comité de Inversiones Extranjeras
Vicepresidencia Ejecutiva
c/o Sr. Claudio Castillo Castillo
Jefe División Jurídica
Ministerio de Economía
c/o M. Ronald E. M. Goodman
M. Paolo Di Rosa
Winston & Strawn

Ref: Víctor Pey Casado y otro c. República de Chile
(Caso CIADI No. ARB/98/2)

Estimados Señores,

En relación con la propuesta de recusación de la Republica de Chile de fecha 23 de agosto de 2005 y a las comunicaciones de la parte demandante de fecha 26 de agosto, 1 y 5 de septiembre de 2005, les confirmo que de conformidad con el regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje, el procedimiento se encuentra suspendido desde el 24 de agosto de 2005, fecha en que se recibió la propuesta de recusación de la parte demandada.

De conformidad con las Reglas de Arbitraje, el Secretario General ha decido establecer el siguiente procedimiento para la presentación de escritos por las partes y los miembros del Tribunal relativos a la propuesta de recusación:

1. Entendemos que la República de Chile presentará un memorando fundamentando su propuesta de recusación próximamente.

2. Una vez recibido dicho memorando, se otorgará un plazo a la parte demandante para presentar sus observaciones.

3. Recibidas las observaciones de la parte demandante, se solicitará a los miembros del Tribunal de Arbitraje presenten sus observaciones sobre la propuesta de recusación.

4. Finalmente, se otorgará a las partes la oportunidad de presentar observaciones finales respecto de las observaciones presentadas por los miembros del Tribunal.

5. De conformidad con la regla 9(5) del Reglamento de Arbitraje, la decisión sobre la recusación se tomará por el Presidente del Consejo

Administrativo dentro de los 30 días contados a partir de que se hayan recibido todas las observaciones anteriormente descritas.

Por lo que respecta a la renuncia del Señor Galo Leoro Franco, la misma se recibió el 26 de agosto de 2005, una vez que se encontraba suspendido el procedimiento, por lo que se considerara la misma una vez que se haya decido la propuesta de recusación.

Finalmente, por medio de la presente deseo dejar constancia que los Señores Jorge Rodriguez Grossi, Ministro de Economía, Andrés Bianchi, Embajador de la República de Chile ante los Estados Unidos de América, Claudio Castillo Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Economía y Jorge Carey, en representación de la República de Chile, se reunieron con el Señor Roberto Dañino, Secretario General del CIADI, el viernes 2 de septiembre de 2005 en Washington, D.C. También asistieron a esa reunión por parte del Secretariado Gabriela Álvarez Ávila y Gonzalo Flores, consejeros jurídicos principales del CIADI. La reunión tuvo lugar a solicitud del Ministro de Economía.

En dicha reunión, la representación de la República de Chile comunicó al Secretariado del CIADI lo siguiente:

1. Su consternación sobre el tiempo que ha transcurrido en el procedimiento sin que el Tribunal haya emitido una decisión;

2. Su intención de fundamentar su propuesta de recusación sobre la base de la falta de los requisitos establecidos en el artículo 14 del Convenio del CIADI por parte de los miembros del Tribunal de Arbitraje; y

3. Su intención de presentar el memorando fundamentando la propuesta de recusación próximamente.

El Secretario General del CIADI les confirmó que la recusación sería decidida de conformidad con los artículos 57 y 14 del Convenio. De igual manera, les señaló que se había informado al representante de la parte demandante de esta reunión y, que en el caso de que el representante de la parte demandante solicitara una reunión con el Secretario General se informaría de la misma a la República de Chile.

Sin otro particular, saluda atentamente a ustedes,

Gabriela Alvarez Avila
Secretaria del Tribunal

Con copia a:
Profesor Pierre Lalive
Juez Mohammed Bedjaoui
Embajador Galo Leoro Franco

Doc. num. 20

Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, U.S.A.
Téléphone : (202) 458-1534 Télécopieurs : (202) 522-2615 / 522-2027

Le 2 décembre 2005

M. Victor Pey Casado
et Fondation Presidente Allende
c/o M. Juan F. Garcés y Ramón
C/. Zorrilla No. 11, 1° derecha
Madrid - 28014
Espagne

République du Chili
M. Andrés Culagovski
Fiscal, Comité de Inversiones Extranjeras
Vicepresidencia Ejecutiva
c/o M. Claudio Castillo Castillo
Jefe División Jurídica
Ministerio de Economía
c/o M. Ronald E. M. Goodman
M. Paolo Di Rosa
Winston & Strawn LLP

Réf : Víctor Pey Casado et Fondation Presidente Allende c. République du Chili (Affaire CIRDI ARB/98/2)

Messieurs,

Je vous écris au sujet de la demande faite par le Ministre Mohammed Bedjaoui le 7 novembre 2005, relative à « la teneur des entretiens qui se sont déroulés avec l'autre Partie », pendant la réunion du 2 septembre 2005.

Tel qu'indiqué dans notre communication du 8 septembre 2005, les sujets suivants ont été mentionnés lors de cette réunion:

1. La consternation de la République du Chili sur le temps qui s'était écoulé dans l'instance sans que le Tribunal ait pris une décision ;

2. L'intention de la République du Chili de motiver sa demande en récusation sur la base du défaut des qualités requises par l'article 14 de la Convention pour les membres du Tribunal arbitral ; et

3. Son intention de présenter le memorandum motivant sa demande en récusation incessamment.

Il a été fait état, dans les arguments écrits formulés par la République du Chile à ce jour, de tous les sujets mentionnés pendant cette réunion, sauf en ce qui concerne une information dont le Chili nous a fait part relative au fait que l'Ambassadeur Galo Leoro Franco aurait partagé avec la République du Chili sa profonde préoccupation pour ce qu'il a qualifié d'irrégularités dans le processus de délibérations du Tribunal Arbitral.

A cet égard, l'Ambassadeur Leoro Franco aurait fait savoir à la République du Chili que le contenu du projet de sentence élaboré par le président du Tribunal Arbitral pour la réunion du Tribunal de janvier 2004 et le projet de décision distribué aux co-arbitres en juillet 2005 étaient diamétralement distincts, bien que rien ne se soit passé pendant plusieurs mois. Par conséquent, l'Ambassadeur Galo Leoro Franco a fait part à la République du Chile du contenu des deux projets, indiquant qu'il trouvait inexplicable le brusque changement de position du Professeur Lalive. En conséquence, la République du Chili avait conclu que sur la base des informations reçues, il aurait existé de sérieuses irrégularités dans le processus des délibérations, et que, en plus des considérations déjà exposées, cette situation requérait qu'un nouveau Tribunal soit constitué pour décider du différend.

Les parties et membres du Tribunal arbitral peuvent faire des observations à ce sujet, et en ce qui concerne les communications du Ministre Bedjaoui et du Professeur Lalive respectivement en date des 28 et 17 novembre 2005, dans un délai de 15 jours, c'est à dire, au plus tard le 16 décembre 2005.

Une fois le dossier complet, je procéderai à sa communication au Président du Conseil Administratif pour qu'il prenne une décision sur la demande de récusation conformément à l'article 9(5) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

Veuillez agréer, Messieurs, l'expression de ma considération distinguée.

Roberto Dañino
Secrétaire Général

Copie:
Professeur Pierre Lalive
Ministre Mohammed Bedjaoui
Ambassadeur Galo Leoro Franco

Doc. num. 21

Generated by Foxit PDF Creator © Foxit Software
http://www.foxitsoftware.com For evaluation only.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, EE.UU.
Teléfono: (202) 458-1534 FAX (202) 522-2615/ (202 522-2027
http://www.worldbank.org/icsid

Por fax

21 de febrero de 2006

Sr. Víctor Pey Casado
y Fundación "Presidente Allende"
Atn. Sr. Juan E. Garcés y Ramón
C/. Alfonso XII núm.18-4° izq.
Madrid - 28014
España

República de Chile
Atn. Sr. Andrés Culagovski
Fiscal. Comité de Inversiones Extranjeras
Teatinos 120 piso 10
Santiago Centro
Chile
Vicepresidencia Ejecutiva
Atn. Sr. Claudio Castillo Castillo
Jefe División Jurídica
Ministerio de Economía
Teatinos 120 piso 10
Santiago Centro
Chile
Atn. Sr. Ronald E. M. Goodman y
Sr. Paolo Di Rosa
Winston & Strawn
1400 L Street, N.W.
Washington, D.C. 20005

Ref: Víctor Pey Casado y otro c. República de Chile
(Caso CIADI No. ARB/98/2)

Estimados señores,

Les escribo para informarles que el Presidente del Consejo Administrativo ha decidido que la propuesta de descalificación del Profesor Pierre Lalive es rechazada y que la propuesta de descalificación del Ministro Mohammed Bedjaoui es aceptada.

Sírvanse encontrar adjunto la recomendación que el Presidente ha recibido del Secretario-General de la Corte Permanente de Arbitraje al respecto.

De conformidad con la Regla 10(2) de las Reglas de Arbitraje, el procedimiento se mantiene suspendido hasta que se llene la vacante. La vacante en el Tribunal se llenará mediante un nuevo nombramiento de conformidad con la Regla 11 de las Reglas de Arbitraje. Por la presente invitamos a la Parte Demandante a nombrar un árbitro.

Generated by Foxit PDF Creator © Foxit Software
http://www.foxitsoftware.com For evaluation only.

Sin otro particular, saluda atentamente a ustedes,

Scott B. White
Secretario General Interino

Se adjunta: lo indicado

c.c. (con lo adjunto) :
Profesor Pierre Lalive
Ministro Mohammed Bedjaoui
Embajador Galo Leoro Franco

Doc. num. 22

LALIVE
Avocats

PIERRE LALIVE
MICHAEL E. SCHNEIDER
TERESA GIOVANNINI
KAMEN TROLLER
MARCUS C. BOEGLIN
DOMINIQUE BROWN-BERSET
GÉRALD PAGE
JEAN-PAUL VULLIÉTY
PATRICE LE HOUELLEUR
MATTHIAS SCHERER
ALEXANDER TROLLER
MARC HENZELIN
CAROLYN OLSBURGH
BERND EHLE
JACOB C. KIRGENSEN
DOMITILLE BAIZEAU
MATHIAS FÉLIX
FRANCESCA AZZI
DOMINIQUE RITTER
MALINI TOSETTI
DIRK LANDER
EVA MÜLLER
Stagiaires
GUÉNAËL MPITRAUX
NICOLAS JOLIAN
LUCIA PENALOSA
LORINE MEYLAN

Conseils
JEAN-FLAVIEN LALIVE
PETER MALANCZUK
LUIGI CAPUCCI
VELIO HEIKKANEN
ROBERT KOLB

CIRDI
Monsieur le Secrétaire général
1818 H. Street, NW
20433 Washington USA

A l'attention de Madame Gabriela Alvarez-Avila
Conseiller juridique principal

Genève, le 25 avril 2006

Concerne: **Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili (CIRDI ARB 98/2)**

Monsieur le Secrétaire général,

J'ai l'honneur de vous informer que, en exécution de la mission qui leur a été conférée par le Centre aux termes de l'Article 8 (2) du Règlement d'arbitrage CIRDI, Me Mohammed Chemloul, Arbitre désigné par les Parties demanderesses en remplacement de M. le Ministre M. Bedjaoui, et le soussigné Président du Tribunal arbitral, avons examiné attentivement le dossier relatif à la démission de l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, Arbitre désigné par la Partie défenderesse.

Après en avoir délibéré, nous avons été unanimes d'abord à constater que cette démission était définitive et irrévocable, ensuite qu'aucune des raisons successivement invoquées pour tenter de justifier cette démission n'était admissible ou même soutenable en droit de l'arbitrage international, notamment dans le système de la Convention CIRDI.

RUE DE LA MAIRIE 35 CASE POSTALE 5560 CH 1211 GENEVE 4
TÉLÉPHONE +41 22 315 87 00 TÉLÉCOPIEUR +41 22 319 87 60 E-MAIL info@lalive.ch TVA 124 670
http://www.lalive.ch

LALIVE
Avocats

Estimant superflu de revenir ici sur les circonstances extrêmement regrettables de la démission de l'Arbitre en question, nous sommes unanimes à conclure que cette démission ne peut pas être acceptée au sens de l'Article 8 (2) du Règlement d'arbitrage.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Secrétaire général, l'assurance de ma considération distinguée.

Professeur Pierre Lalive
Président

Copie: M. l'Arbitre M. Chemloul, Alger

Doc. num. 23

ARNOLD & PORTER LLP

Paolo Di Rosa
Paolo.DiRosa@aporter.com

202.942.5060
202.942.5999

555 Twelfth Street, NW
Washington, DC 20004-1206

18 December 2013

VIA ELECTRONIC MAIL (PDF)

Ms. Meg. Kinnear
Secretary-General
International Centre for Settlement of Investment Disputes
MSN J2–200
1818 H Street, N.W.
Washington, DC 20433

Re: *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/98/2) — **Request for Disqualification of Professor Philippe Sands as Arbitrator in the Resubmission Proceeding**

Dear Ms. Kinnear:

1. In accordance with Article 57 of the ICSID Convention,[1] Rule 9 of the ICSID Arbitration Rules,[2] and the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ("IBA Guidelines"),[3] the Republic of Chile ("Chile") respectfully requests the disqualification of Professor Philippe Sands as arbitrator in the above-captioned proceeding. Specifically, this request is based on the past professional activities, and longstanding and publicly-

[1] Article 57 provides: "A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14." Article 14 paragraph (1) in turn states: "Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment."

[2] In relevant part, Rule 9 reads as follows: "A party proposing the disqualification of an arbitrator pursuant to Article 57 of the Convention shall promptly, and in any event before the proceeding is declared closed, file its proposal with the Secretary-General, stating its reasons therefor."

[3] RA-11, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, General Standard 2 (2004) ("IBA Guidelines") (stating that an arbitrator shall "refuse to continue to act as an arbitrator if . . . facts or circumstances exist [that] from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, unless the parties have [waived the conflict]"). The legal authorities submitted in support of this Request for Disqualification are designated by the letters "RA" (for Respondent's Authority). Exhibit numbers are preceded by the designation "Ex. R." For the sake of convenience, Chile has restarted the exhibit and authority numbering from the beginning, even though some of the documents referenced herein were assigned different numbers during other phases of the case. Where possible, Chile has cited to and quoted from the English or Spanish version of the exhibits cited herein. Chile will supplement such cites and quotes with their French counterparts — to the extent they exist in the record — upon request.

manifested personal views, of Professor Sands concerning former Chilean President and Senator Augusto Pinochet, and the actions of the dictatorial regime led by Pinochet that ruled Chile from 1973 to 1989. Such activities and views render Professor Sands uniquely unsuited to sit in judgment on a case that was prompted precisely by actions of the Pinochet regime, and that involves a reparations program later established by the Chilean Government to compensate the victims of the Pinochet regime, as well as claims and requests for relief in this arbitration (including the resubmission proceeding) that relate directly to the Pinochet regime's measures. Secondarily, Chile reserves the right to present as further grounds for Professor Sands' disqualification his possible prior representation of the Republic of Bolivia in a dispute against Chile that is presently before the International Court of Justice.

2. The following prior procedural correspondence in the resubmission proceeding is relevant to the present request for disqualification: (1) Chile's letter dated 22 July 2013, in which it had sought clarifications from Professor Sands concerning widespread press reports of his representation of Bolivia in the above-referenced dispute with Chile; (2) Professor Sands' 5 August 2013 response (a) indicating that he is not representing Bolivia in such dispute (but failing to clarify whether he represented Bolivia in connection with such dispute at a prior time), and (b) disclosing his prior representation of human rights organizations in proceedings adverse to Pinochet; (3) Chile's request, in a letter dated 22 August 2013, that Professor Sands reconsider his acceptance of the arbitrator appointment, in light of the conflict of interest and/or appearance thereof presented by the matters he disclosed; and (d) Professor Sands' letter dated 11 September 2013, reaffirming his decision to serve as arbitrator in the present case.[4]

3. Chile and its counsel wish to stress from the outset that they have nothing but the highest regard and respect for Professor Sands, who, as a general matter, certainly can be said to fulfill the requirements set forth in Article 14 of the Convention — the standard by which disqualification requests are determined.[5] Consistent with the foregoing, and with its view of Professor Sands generally as a "person[] of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment,"[6] Chile's counsel even recently appointed Professor Sands to serve as its client's party-appointed arbitrator in another ICSID arbitration.[7] The fact that counsel did so, even as it was evaluating a possible challenge to Professor Sands in the present case, confirms that the objection relates exclusively to the circumstances of this particular case, and to Professor Sands' past professional activities and pronouncements on issues of specific relevance to this case, rather than to Professor Sands' qualifications, experience and/or integrity generally.

---

[4] This correspondence is summarized below in Section IV.

[5] ICSID Convention Art. 57 ("A party may propose [disqualification] on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14").

[6] ICSID Convention Art. 14(1).

[7] *See* Ex. R-69, Case Details of *Consolidated Exploration Holdings Ltd. and others v. Kyrgyz Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/13/1).

4. The concrete source of Chile's concern is Professor Sands' direct involvement in the Pinochet extradition proceedings in the UK in the late 1990s, and his numerous public statements regarding Pinochet, which suggest that Professor Sands could not "be relied upon to exercise independent judgment" in a case that revolves on actions taken by — or in response to — the Pinochet regime. As described in more detail below, Professor Sands' pronouncements regarding Pinochet span more than a decade, and he is viewed as one of the world's foremost authorities on the Pinochet extradition proceedings in the UK, and on the so-called "Pinochet principle" — an international law concept advanced and branded by Professor Sands. Professor Sands has, *inter alia*, referred to the 1998 Pinochet arrest in London as "a JFK or a John Lennon moment"[8] in international law (*i.e.*, a moment in which everyone remembers where they were when they heard the news); to the Pinochet extradition as "a clarion call for the right of victims and of individuals under the new international legal order"[9]; and to his own participation in the *Ex Parte Pinochet* proceeding and other cases as "a great privilege."[10] He also has remarked that "Pinochet had fair procedures, and he had his day in court, unlike his victims."[11]

5. Chile does not doubt, as Professor Sands stated in his letter to the Centre dated 5 August 2013, that he "take[s] the obligation of independence and impartiality extremely seriously."[12] But in a case in which Claimants ask the Tribunal — in their 18 June 2013 Request for Resubmission — to award moral damages on the basis of psychological harm suffered as a result of actions of the Pinochet regime,[13] and the primary claim for compensation requires comparison of the reparations received by different human rights victims,[14] it would be impossible for Professor Sands to maintain the requisite impartiality and objectivity.

6. At a minimum, Professor Sands' well-known positions regarding Pinochet would create a *perception* of bias sufficient to disqualify him under Article 57 and the IBA Guidelines, as any reasonable external observer would rightly have doubts about his impartiality in sitting in judgment on actions by the Pinochet regime and the efforts Chile later made to compensate Pinochet's victims. As discussed further below, Article 57 and the IBA Guidelines require only an "appearance" of bias.[15] Professor Sands himself admitted, in a

---

[8] Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD 23 (2006).

[9] Ex. R-57, P. Sands, *A Memory of Justice: The Unexpected Place of Lviv in International Law — A Personal History*, 43 CASE W. RES. J. INT'L L. 739, 742–744 (2011).

[10] *Id.*

[11] Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD 44 (2006).

[12] Letter from P. Sands to ICSID, 5 August 2013.

[13] Claimants' Request for Resubmission, 18 June 2013, ¶ 130 (describing a similar request from the original arbitration and then asserting that "[c]e dommage moral devra être pris en compte dans l'indemnisation des faits incriminés, même s'il peut difficilement être soulagé par une indemnisation").

[14] *Id.*, ¶¶ 67–78 (describing the purported discrimination claim that was the sole basis for the original Tribunal's award of monetary damages).

[15] *See* RA-2, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20 (Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 November 2013), ¶ 59

Footnote continued on next page

book he published in 2006, that audiences expect him to "embrace the [Pinochet extradition] case as a great moment for international law and the cause of human rights,"[16] and that he recalled "[s]urprise or criticism"[17] being directed at him personally by one audience when he described the case in simple factual terms rather than "provide a lecture on the triumph of international law," as that particular audience had anticipated.[18]

7. Moreover, and as further explained below, it would be inconsistent with ICSID's own prior practice in this very case if Professor Sands were allowed to remain on the Tribunal. As further detailed below, ICSID itself disqualified one arbitrator, and declined to appoint another, who had made comparable statements regarding Pinochet and his regime.

8. To be clear, the Republic of Chile is not defending or condoning the actions of the Pinochet government; indeed, it has condemned the abuses of the military government and established extensive reparation programs (of which one of the beneficiaries was the main Claimant in the case *sub judice*, Mr. Víctor Pey Casado ("Mr. Pey"), in an individual capacity). Further, and insofar as relevant to this particular case, Chile accepted that the expropriation of the *El Clarín* newspaper enterprise (which was the main claim in the original arbitration) was wrongful, and for that reason compensated those whom Chile found — following a reparations program in which Mr. Pey declined to participate — to be the rightful owners of that enterprise.

9. Nor is Chile contending that the Pinochet regime human rights violations are necessarily relevant to this arbitration. As Chile will demonstrate at the appropriate time, the matters still at issue in this resubmission proceeding can and should be determined purely as a matter of international investment law, without any need to evaluate the human rights violations of the Pinochet regime. The problem, however, is that the parties disagree as to the relevance of human rights issues. Chile has argued that because the case involves an *investment* dispute, it must be viewed through that prism alone. However, in significant part because the principal Claimant in the original proceeding, Mr. Pey, was himself a human rights victim of the Pinochet regime, Claimants consistently have cast human rights matters as integral to the disposition of the case. Claimants appear poised to continue this approach in the resubmission proceeding, as illustrated for example by the fact that they are

---

Footnote continued from previous page
(ICSID Administrative Council Chairman Kim) ("*Blue Bank (Challenge)*"); RA-3, *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 December 2013), ¶ 66 (ICSID Administrative Council Chairman Kim) ("*Burlington Resources (Challenge)*"); RA-11 IBA Guidelines, General Standard 2(b). This standard is developed further below in Section II.A.

[16] Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD 225 (2006).

[17] *Id.*

[18] *Id.*, p. 224.

asking that the Tribunal award moral damages on the basis of psychological harm inflicted upon Mr. Pey, in his personal capacity, by the Pinochet regime.[19]

10. Given that the relevance of human rights violations remains very much a live issue, it stands to reason that it would be essential for the integrity of the proceeding and a proper constitution of the Tribunal in the *Pey Casado* case, for the arbitrators who conform the Tribunal to be individuals who are sufficiently dispassionate about, and not personally invested in, the Pinochet regime's admittedly despicable human rights violations, so that their personal views about the larger context do not end up coloring their perception of the specific legal issues before them in the investment arbitration.[20]

11. Because evaluation of this type of "issue conflict" requires some understanding of the history of this 15-year-long dispute, in **Section I**, Chile sets forth the necessary context for this challenge. Understanding that this is neither the time nor forum for debate on jurisdictional or substantive issues, Chile has endeavored to limit this discussion only to the factual and procedural events that may assist in the evaluation of this challenge.[21] These events are well documented, as demonstrated by the exhibits appended to this Request.

12. With this substantive and procedural context in place, Chile then proceeds to demonstrate that Professor Sands must be disqualified as arbitrator due to a manifest lack of impartiality. **Section II** describes the applicable standard, which is then applied to the facts in **Section III**. **Section IV** summarizes the correspondence previously exchanged, and then addresses the explanations that Professor Sands had provided in his letters to the Centre. In accordance with Arbitration Rule 9(3), Professor Sands will have an opportunity to furnish additional explanations regarding the concerns set forth in this Request, and Chile hereby

---

[19] Claimants' Request for Resubmission, 18 June 2013, ¶ 130 ("Non seulement les autorités chiliennes ont, par leurs actions, privé M. Pey des outils nécessaires à l'exercice de sa profession et de sa liberté d'expression mais elles l'ont également contraint à fuir son lieu de résidence et s'exiler afin de protéger sa liberté, sa sécurité et sa vie. Ce dommage moral devra être pris en compte dans l'indemnisation des faits incriminés, même s'il peut difficilement être soulagé par une indemnisation").

[20] The possibility of bias prompted by personal beliefs is an obvious and elemental basis for doubting the suitability of a judge or arbitrator to hear a particular case. In fact, it should be recalled that, in a somewhat analogous context, the U.K.'s highest court concluded that a judge with close ties to a human rights organization that was involved in the Pinochet extradition proceedings in the UK could not have been impartial vis-à-vis Pinochet in such proceedings. On that basis, the U.K. Law Lords overturned a ruling adverse to Pinochet, reasoning that the "links between Lord Hoffmann — who sat on the original panel that ruled to allow General Pinochet's extradition in November [1998] — and the human rights group Amnesty International were too close to allow the verdict to stand." Ex. R-33, *Pinochet Judge Under Pressure*, BBC NEWS, 15 January 1999. They added that "[Lord Hoffman's] relationship with Amnesty International was such that he was, in effect, acting as a judge in his own cause." *Id.* As explained below, Professor Sands participated directly — in his role as counsel to the human rights organization Human Rights Watch — in proceedings before the UK courts in connection with Pinochet's extradition, advocating against Pinochet (as well as the Republic of Chile, which intervened in the proceeding due to the sovereignty and immunity considerations involved). Particularly given his multiple contemporaneous and subsequent public manifestations of personal beliefs concerning the Pinochet regime, such beliefs would inevitably influence Professor Sands' perceptions and decisions in the present case.

[21] Chile reserves its right to assert other objections to the claims asserted in this resubmission proceeding, as appropriate.

reserves the right to make additional submissions in connection with any such explanations. Finally, in **Section V**, Chile sets forth its request for relief.

I. Relevant Background

13. Whether for the number of unenviable records the case holds at ICSID (longest-running,[22] most arbitrators in a single phase,[23] first arbitrator disqualification,[24] most individual phases[25]), or for the factual events underlying Claimants' claims, the *Pey Casado* case has become recognized as one of the most complicated and controversial in ICSID history.[26] Through a combination of the events giving rise to Claimants' claims, Claimants' characterization of the case, and their efforts to broadcast their arguments to audiences beyond the Tribunal, the case also is widely recognized as a "Pinochet case."[27] Throughout the various stages of the 15-year case, Claimants have consistently presented the dispute, from a rhetorical standpoint, as a "human rights case." The foregoing is also, presumably, the reason why ICSID has precluded from service as arbitrator in the case individuals with documented positions regarding Pinochet.[28]

14. As discussed below in Section II, Article 57 of the ICSID Convention requires examination of whether, "from a reasonable and informed third person's point of view,"[29] there is an

---

[22] The original arbitration spanned a period of 15 years from the time of submission of the request for arbitration in November 1997 through partial annulment of the Tribunal's 8 May 2008 Award in December 2012. By way of comparison, it took approximately 13.5 years for the tribunals and *ad hoc* committees in *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3 to go through two full arbitrations, with their corresponding annulment phases.

[23] For the original arbitration proceeding alone, the Tribunal was constituted four different times, with seven different arbitrators rotating in and out of its membership.

[24] The disqualification of Claimants' original party-appointed arbitrator, Mr. Mohammed Bedjaoui, was the first — and until November 2013, the only — arbitrator disqualification ever under the ICSID Convention.

[25] The *Pey Casado* case, which has undergone arbitration, revision, annulment, supplementation, and resubmission phases, shares this distinction with the *Vivendi v. Argentina* and *Amco v. Indonesia* cases.

[26] The Tribunal itself acknowledged in the Award that the arbitration proceeding was "exceptionally long and complex." *See* Ex. R-27, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2 (Award, 8 May 2008), ¶ 4 (Lalive, Chemloul, Gaillard) ("Award"). The case has received global attention, prompting not only congressional hearings in Chile, but also emotionally-charged discussion in newspapers worldwide. As *IAReporter* noted in 2009, when ICSID registered Chile's request for annulment, "[t]he underlying dispute is a politically sensitive one in Chile, arising as it does out of the 1973 coup that brought General Augusto Pinochet to power." Ex. R-54, L. Peterson, *Chile Moves to Annul Award in Dispute over Pinochet-Era Expropriation of Newspaper; Separate Revision Process Also Running*, INVESTMENT ARBITRATION REPORTER, 17 July 2009.

[27] Ex. R-54, L. Peterson, *Chile Moves to Annul Award in Dispute over Pinochet-Era Expropriation of Newspaper; Separate Revision Process Also Running*, INVESTMENT ARBITRATION REPORTER, 17 July 2009.

[28] *See* Section I.C, below.

[29] RA-8, *Urbaser S.A. and others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26 (Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, 12 August 2010), ¶ 43 (Bucher, Martinez-Fraga) ("*Urbaser (Challenge)*").

"appearance of bias."[30] To assist in the process of becoming so "informed," without needing to parse the entirety of the voluminous record in this case, set forth below are: (A) a brief summary of the factual events giving rise to the original arbitration, including the historical context in which such events took place — to provide context for the references in this Request to the parties' arguments; (B) a representative sampling of the parties' arguments during the arbitration, demonstrating the divide between the parties regarding the relevance of Pinochet's human rights violations for purposes of the ICSID case; (C) ICSID's conclusion on at least one occasion, and possibly two, that, given this historical and procedural background, an individual who had made statements in writing regarding Pinochet could not serve as an arbitrator in this arbitration; and (D) a summary of the status of the case following the May 2008 Award, the *ad hoc* Committee's partial annulment thereof in December 2012, and Claimants' Request for Resubmission.

A. Factual Background and Historical Context

15. Mr. Víctor Pey Casado was the principal Claimant in the original arbitration, and is the father of one of the two co-Claimants in the resubmission proceeding, Ms. Coral Pey Grebe ("Ms. Pey"). Mr. Pey was born in Spain in 1915. Although he has been a Spanish national from birth and throughout his life, Mr. Pey moved to Chile in 1939, at the age of 24, and resided in Chile for 34 years, until 1973. During that time, he married a Chilean and had children in Chile, including Ms. Pey.[31] In 1958, Mr. Pey applied to obtain Chilean nationality by nationalization, which was conferred upon him in December 1958. In 1970, Mr. Salvador Allende, who was a friend of Mr. Pey, became President of Chile.

16. Throughout his decades of residence in Chile, Mr. Pey had had several different jobs, but in the early 1970s, he became associated with a Chilean newspaper called *El Clarín*. This newspaper, which had been created and was owned for many years by a well-known figure in the Chilean media named Darío Sainte-Marie, was controlled by a company called Consorcio Periodístico y Publicitario, S.A. ("CPP"), through a wholly-owned subsidiary of CPP called Empresa Periodística Clarín, Ltda. ("EPC"). *El Clarín* had a left-leaning political orientation and was one of the principal media supporters of President Allende, who was a socialist. Mr. Pey became a key figure in the management of *El Clarín* during the 1972–73 time frame, which was one of very intense political and ideological turmoil in Chile.

17. On 11 September 1973, President Allende was overthrown in a coup d'état led by then-General Augusto Pinochet. Claimants' counsel, Mr. Garcés was an adviser to President Allende, and reportedly was with President Allende on the day of the coup.[32] That same day, military troops occupied the physical premises of *El Clarín*, seizing papers located in Mr. Pey's office there. The property thereafter remained under complete control by the

---

[30] *Id.*; *see also* RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.

[31] *See* Ex. ND-2, Spanish Passport of Ms. Coral Pey Grebe (appended to Claimants' Request for Resubmission and listing Santiago, Chile as her place of birth).

[32] Ex. R-66, DEMOCRACY NOW, Interview with Juan Garcés.

military (and subsequently was confiscated formally, in 1975, by means of a decree known as "Decree No. 165").

18. Soon after the 1973 coup d'état, Mr. Pey moved to Venezuela and thereafter to Spain, where he resided until at least 1989 — the year of the return of democracy in Chile following 16 years of military government. Upon his return to Chile, Mr. Pey applied for — and obtained — benefits that the Chilean Government had offered to returning Chilean political exiles.

19. In 1995, Mr. Pey began to seek restitution of property belonging to *El Clarín* that had been confiscated by the Pinochet regime, claiming to have acquired full ownership in the newspaper as a result of a transfer from the above-referenced Darío Sainte-Marie. In October 1995, Mr. Pey filed a request in the First Civil Court in Santiago for compensation or restitution of a Goss printing machine that was on the *El Clarín* premises when the property was seized by the military. In September 1995, Mr. Pey sent a letter to Chile's President, requesting restitution of other *El Clarín* property that had been confiscated during the Pinochet coup.

20. Chile's Minister of National Assets responded to Mr. Pey's letter in November 1995, informing Mr. Pey of imminent legislation pursuant to which he would be able to claim for any confiscation by the Pinochet regime. However, rather than wait for the law to enter into force, Mr. Pey decided to resort to international arbitration under the bilateral investment treaty between Spain and Chile that had entered into force in 1994, filing his Request for Arbitration at ICSID on 7 November 1997. Understanding that his dual Chilean-Spanish nationality would be a bar to jurisdiction under the ICSID Convention, shortly before filing his Request for Arbitration at ICSID, Mr. Pey submitted a signed document to the Spanish Consulate in Mendoza, Argentina, purporting to renounce his Chilean citizenship.

21. On 23 July 1998, Chile promulgated Law No. 19.568, which was designed to compensate those persons who had suffered confiscations of property at the hands of Pinochet's military government. The compensation was to be effected pursuant to an administrative process to be conducted by the Ministry of National Assets of Chile. By letter dated 24 June 1999, Mr. Pey expressly declined to participate in that compensation program, asserting that instead he was pursuing international arbitration.[33] Explaining that the BIT provides that "[u]na vez que un inversionista haya sometido la controversia al (. . .) arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva,"[34] and that Mr. Pey had chosen to "someterla al arbitraje internacional,"[35] Claimants' counsel affirmed that "***en atención a lo expuesto, pongo de manifiesto que esta parte no se acogerá a la Ley N° 19.568.***"[36]

---

[33] Ex. R-1, Letter from Mr. Garcés to Chilean Minister of National Assets, 24 June 1999, p.4.

[34] *Id.*, pp. 3–4.

[35] *Id.*, p. 2.

[36] *Id.*, p. 4 (emphasis added).

22. Subsequently, the successors of several individuals who were the registered shareholders of *El Clarín* at the time of the 1973 coup d'état — Darío Sainte-Marie, Ramón Carrasco Peña, Emilio González and Jorge Venegas — presented claims under the new law for the confiscation by Pinochet of *El Clarín* assets. After review and investigation of the claims filed by the above-named individuals, on 28 April 2000, the Chilean Ministry of National Assets issued an administrative ruling known as "Decision 43," in which it authorized compensation to the four above-named individuals (or, as applicable, their heirs), as such individuals had proven to the satisfaction of the Ministry to be the genuine owners of *El Clarín*. Decision 43 also partially denied the applications of two other applicants. Since Mr. Pey had affirmatively elected *not* to file any application, Decision 43 did not address any claim by him or otherwise mention him.

B. The ICSID Arbitration

23. Throughout the course of the original arbitration, Claimants sought to put the Pinochet regime on trial. The links between the case and the Pinochet era were obvious: not only was the principal Claimant in the original arbitration (Mr. Pey Casado) clearly a victim — on a personal level — of the Pinochet regime, but the principal claim he asserted was for an expropriation of assets that took place during the 1973 coup d'état that brought Pinochet to power. Additional alleged claims (including the two at issue in the resubmission proceeding) arose out of efforts to obtain compensation for Pinochet-era expropriations — one relating to the domestic court proceeding initiated by Mr. Pey in 1995 for recovery of a printing press that was taken from the premises of *El Clarín* during the coup, and the other arising out of the reparations program established by Chile following the return to democracy in 1990 (pursuant to which payments were made by Chile to persons who, unlike Mr. Pey, had actually participated in that program by filing an application for compensation). As Claimants themselves emphasized at the 2003 merits hearing (which was the only merits hearing to take place in the entire case), all of their claims stemmed, in one way or another, from the confiscation of *El Clarín* assets during the coup d'état led by then-General Pinochet in September 1973, subsequently formalized with an expropriatory decree issued by the Pinochet regime in February 1975.[37]

24. Chile has never disputed that Mr. Pey was one of the thousands of Chileans who were forced into exile by the repressive military regime led by Pinochet. As Claimants readily admitted,[38] Mr. Pey obtained restitution of personal property that had been confiscated by

[37] *See* Ex. R-25, 5 May 2003 Hearing (Spanish), at Tr. 111:9–13 (Mr. Garcés) ("Hablamos exclusivamente de confiscación y además hemos añadido la solicitud complementaria del 4 de noviembre de 2002, que en la página de coberturas indica que se refiere a la indemnización de los perjuicios que se desprenden del embargo por parte de las autoridades chilenas sobre la base del Decreto N° 165 de 1975").

[38] *See, e.g.*, Ex. R-22, Chile's Counter-Memorial on Jurisdiction and Merits (Spanish), 3 February 2003, pp. 32–34 (describing certain benefits, made available to Chilean exiles, of which Mr. Pey availed himself); Ex. R-23, Claimants' Reply on Jurisdiction and Merits (Spanish), 23 February 2003, § VIII.10 (acknowledging these facts but arguing that they did not demonstrate that Mr. Pey should be considered a Chilean national under the Dual Nationality Convention between Chile and Spain); *see also* Ex. R-17, Claimants' Memorial on the Merits (Spanish), 17 March 1999, pp. 35, 38 (mentioning a "demanda interpuesta por el inversor español contra el Fisco por confiscación de propiedades personales (distintas de las que son objeto de la presente solicitud)," and noting that "por medio de la sentencia del Juzgado No. 21 de lo Civil de Santiago, de fecha 13 de enero de 1997, ha declarado

Footnote continued on next page

the Pinochet regime and availed himself of the special legal benefits that were provided by the Government of Chile to Chileans who had suffered exile during the military period. Nor did Chile dispute that the *El Clarín* newspaper was in fact confiscated by the Chilean government, and that this had been done by the Pinochet regime for political and ideological reasons.

25. Rather, what Chile *did* question was whether Claimants' grievance could properly be addressed by a tribunal constituted pursuant to the ICSID Convention to hear a dispute under the 1994 bilateral investment treaty between Chile and Spain (the "BIT"). In Chile's view, both the actions and the ramifications of the Pinochet regime were plainly outside the jurisdiction of an investment tribunal — not only because the BIT could not be applied retroactively to an expropriation that took place, at the latest, in 1975 (which the Tribunal accepted), but also due to Mr. Pey's dual Chilean-Spanish nationality and Claimants' inability to prove ownership of a "foreign" investment made "in accordance with Chilean law," as required by the BIT (points on which the Tribunal sided with Claimants). Chile also challenged Mr. Pey's ownership of *El Clarín* (on this point the Tribunal also sided with Claimants). These issues could be decided purely as a matter of law, and, in Chile's view, were divorced entirely from the political and ideological circumstances surrounding the 1973 confiscation.

26. Had Claimants agreed, there might have been no need for the present Request for Disqualification. Yet, throughout the arbitral proceedings, Claimants sought to have the Tribunal view the matter through a human rights prism,[39] as a case in which the Tribunal should sit in judgment on the actions of the former military government of Chile. Thus, expropriation was portrayed by Claimants not only as a violation of rights afforded pursuant to Article 5 of the BIT but mainly as "una infracción de los derechos fundamentales de la persona del inversor,"[40] and moreover one that was specifically ordered by Pinochet: "Todos los Decretos confiscatorios de los bienes del Sr. Pey llevan la

---

Footnote continued from previous page
que los Decretos Ministeriales que confiscaron los bienes personales de Don Víctor PEY CASADO en 1974 y 1975 'adolecen de nulidad de derecho público,' ordenando '(…) la restitución al actor de los bienes que le fueron incautados.'" (emphasis in original)).

[39] *See, e.g.*, Ex. R-20, Hearing Transcript (Spanish), 29 October 2001, pp. 63–64 (Mr. Garcés) (stating that "la aplicación de la legislación, la lucha por la ejecución del derecho tiene lugar en un contexto histórico determinado, en un contexto factual que condiciona la aplicación de la norma," before proceeding to describe the "acontecimiento terrorista" that led to "una sistemática violación del derecho a la vida, en el que más de tres mil personas han sido arrestadas de forma extra-judicial y asesinadas mediante tortura"); Ex. R-23, Claimants' Reply on Jurisdiction and Merits (Spanish), 23 February 2003, § II.III, p. 239 ("Esta violación continua y compuesta incluye la negación de los derechos fundamentales del Sr. Pey, en particular su derecho a la propiedad en un contexto en que ha sido víctima de un crimen contra la Humanidad . . . ."); Ex. R-18, Claimants' Counter-Memorial on Jurisdiction (Spanish), 18 September 1999, ¶ 1.1 ("La confiscación tuvo lugar en un contexto de violación sistemática por el Estado de Chile de principios básicos del orden público internacional: del derecho a la vida, a la libertad, a no ser torturado y a la propiedad privada").

[40] Ex. R-23, Claimants' Reply on Jurisdiction and Merits (Spanish), 23 February 2003, § III; *see also* Ex. R-21, Claimants' Supplemental Memorial on Jurisdiction (Spanish), 11 September 2002, § II.1 ("El inversor Sr. Pey es víctima de una violación de sus derechos humanos").

firma de Augusto Pinochet."[41] According to Claimants, "[l]a negación del derecho de propiedad del inversor español forma parte de la política de violación grave, sistemática y planificada de los derechos fundamentales por parte del Estado de Chile."[42] Claimants argued that "[l]os derechos invocados por los inversores españoles basados en el API y el Convenio de Washington ***no pueden ser contemplados sin tener en cuenta la evolución reciente de los derechos humanos***, y en particular la calificación de genocidio de la política practicada por el Estado de Chile contra los empresarios y otros líderes por ser partidarios de una forma representativa de gobierno y de valores democráticos, incluidos los periodistas. ***En efecto, el presente es un caso que guarda directa relación con ello."***[43]

27. Claimants also argued that "Chile ha infringido la obligación de respetar reglas de fondo que prohíben comportamientos considerados como intolerables en virtud de la amenaza que representan para valores fundamentales. ***Así, la prohibición de genocidio, su carácter imperativo, está apoyada en diversas decisiones judiciales nacionales e internacionales. Y es del delito de genocidio que Pinochet está procesado.***"[44] Thus, "[e]n el presente caso los derechos lesionados son los que dimanan de una inversión, ***y también de los derechos humanos del inversor en tanto que ser humano***."[45]

28. Even the issue of Mr. Pey's dual Chilean-Spanish nationality (which formed the basis of a jurisdictional objection by Chile) was cast by the Claimants as a human rights matter, arguing that the Pinochet regime had stripped him of his Chilean nationality, in violation of human rights treaties: "[E]s el Estado de Chile quien desde 1973 ha privado al Sr. Pey, de modo unilateral, brutal, sin considerar sus derechos básicos de ser humano, de los beneficios del Convenio bilateral [de Doble Nacionalidad entre Chile y España] de 1958."[46]

29. Similarly, and to the extent actually addressed by the parties, the issue of damages was not only a matter of determining the proper measure of quantum for the expropriation of *El*

---

[41] Ex. R-23, Claimants' Reply on Jurisdiction and Merits (Spanish), 23 February 2003, p. 93; *see also* Ex. R-24, Claimants' Incidental Claim (Spanish), 23 February 2003, p. 17; Ex. R-21, Claimants' Supplemental Memorial on Jurisdiction (Spanish), 11 September 2002, p. 14.

[42] Ex. R-23, Claimants' Reply on Jurisdiction and Merits (Spanish), 23 February 2003, p. 21.

[43] *Id.*, p. 70 (emphasis added).

[44] *Id.*, p. 22 (emphasis added).

[45] *Id.*, p. 70 (emphasis added); *see also* Ex. R-21, Claimants' Supplemental Memorial on Jurisdiction (Spanish), 11 September 2002, p. 14 ("El carácter sistemático y generalizado, la motivación política, la voluntad de destruir al grupo nacional chileno, en particular al liderazgo favorable a la forma representativa de Gobierno con el cual era identificado el Sr. Pey, el hecho de desear el Régimen de facto privarle de su derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad de sus bienes por ser visto como perteneciente a aquel grupo nacional, hacen del presente un caso, también, de violación de los derechos humanos de un inversor de capitales internacionales." (emphasis in original)).

[46] Ex. R-18, Claimants' Counter-Memorial on Jurisdiction (Spanish), 18 September 1999, ¶ 2.2.3 ; *see also* Ex. R-17, Claimants' Memorial on the Merits (Spanish), 17 March 1999, ¶ 4.3.16.2 ("¡[C]ómo sostener que la privación, unilateralmente impuesta por el Estado de Chile a D. Victor Pey Casado, no solo de todas las prerrogativas inherentes al Convenio bilateral de 24 de mayo de 1958, sino aún más, de los derechos humanos más elementales, podría acompañarse del mantenimiento — también unilateralmente impuesto — de un componente particular de aquel Convenio, cuando hemos visto que ha sido violado, pisoteado y anulado en lo que a la persona del inversor español se refiere").

Clarín, but also, for Claimants, an opportunity to request moral damages on the basis of human rights violations.[47] An entire section of Claimants' Memorial on the Merits in the original arbitral proceeding was devoted to claiming that "la indemnización debe incluir el daño moral,"[48] because "[e]l inversor español ha sufrido muy graves perjuicios humanos como consecuencia de la ilegal confiscación de los bienes, derechos, y créditos dimanantes de su inversión . . . ."[49]

30. Claimants also devoted a significant amount of time at the hearings to discussing human rights issues. At the October 2001 jurisdictional hearing, for example, Claimants' counsel began by stating that "la aplicación de la legislación, la lucha por la ejecución del derecho tiene lugar en un contexto histórico determinado, en un contexto factual que condiciona la aplicación de la norma."[50] Counsel also referred to "un acontecimiento terrorista"[51] that led to "una sistemática violación del derecho a la vida, en el que más de tres mil personas han sido arrestadas de forma extra-judicial y asesinadas mediante tortura."[52] In an earlier hearing, repeating points that had been stressed in their pleadings, Claimants' counsel had emphasized that the confiscation of *El Clarín* assets had been done "***con la firma de Augusto Pinochet***,"[53] and that "la privación del estatus de doble nacional es una decisión unilateral, brutal del gobierno de Chile en un contexto en que le priva de todos los derechos que tiene que ser humano."[54]

31. Thereafter, during the revision and annulment proceedings, Claimants similarly sought to substantiate their pleadings with references to the Pinochet regime and its human rights violations. In their Reply on Revision, for example, Claimants adverted to "la requisa *de facto* de los bienes de [CPP y EPC], realizada en 1973 por ***la violencia de las tropas amotinadas del general Pinochet*** . . . ."[55] And in their Counter-Memorial on Annulment, Claimants contended that "[e]n efecto, para condenar al Estado de Chile el Tribunal ha constatado, primero, que Chile desde 1990 había reconocido, por una parte, que ***las confiscaciones que tuvieron lugar bajo el régimen militar del general Pinochet*** no eran válidas y, por otra parte, que tenía el deber de indemnizar a las víctimas del régimen."[56]

32. Importantly, in their Request for Resubmission, Claimants ask that the new Tribunal consider "du dommage moral résultant de la manière dont le Chili a traité M. Pey Casado,

---

[47] *See, e.g.*, Ex. R-17, Claimants' Memorial on the Merits (Spanish), 17 March 1999, p. 57.

[48] *Id.*, § 4.6.6.

[49] *Id.*, p. 57.

[50] Ex. R-20, Hearing Transcript (Spanish), 29 October 2001, p. 63 (Mr. Garcés).

[51] *Id.*, p. 64 (Mr. Garcés).

[52] *Id.* (Mr. Garcés).

[53] Ex. R-19, Hearing Transcript (Spanish), 4 May 2000, p. 5 (Mr. Garcés) (emphasis added).

[54] *Id.*, p. 26 (Mr. Garcés).

[55] Ex. R-28, Claimants' Reply on Revision (Spanish), 3 November 2008, pp. 29–30 (emphasis added).

[56] Ex. R-29, Claimants' Counter-Memorial on Annulment (Spanish), 15 October 2010, ¶ 610 (emphasis added).

en particulier compte tenu de la violence psychologique exercée à son encontre. Non seulement les autorités chiliennes ont, par leurs actions, privé M. Pey des outils nécessaires à l'exercice de sa profession et de sa liberté d'expression mais elles l'ont également contraint à fuir son lieu de résidence et s'exiler afin de protéger sa liberté, sa sécurité et sa vie."[57] Claimants contend that "[c]e dommage moral devra être pris en compte dans l'indemnisation des faits incriminés, même s'il peut difficilement être soulagé par une indemnisation."[58]

33. With both party[59] and counsel[60] pledged to preserve the memory of Salvador Allende — the socialist Chilean President whose administration Pinochet had overthrown — Claimants also sought to ensure that their efforts to cast the arbitration as an emblematic human rights case would play out on a world stage.

34. Accordingly, and as part of a carefully planned public relations campaign, throughout the original arbitration and subsequent phases of the case, Claimants published their pleadings and correspondence on the *El Clarín* website, http://elclarin.cl/fpa/index.html. Next to links for the "Caso Pinochet," and a collection of newspaper articles covering the *El Clarín* case, is a link to a page on the "Procedimiento de Arbitraje." That page houses practically the totality of Claimants' correspondence and pleadings, as well as the relevant panel's procedural decisions, in the arbitration, revision, annulment, and supplementation proceedings of the ICSID case.

35. In light of the foregoing, and of the likelihood that Claimants' one-sided publication of documents in the ongoing proceeding would further fuel public debate and exacerbate the dispute, Chile on multiple occasions objected to Claimants' further publication of documentation from the proceeding.[61] However, the Tribunal refused each time. In Procedural Order No. 13, for example, the Tribunal stated that "[d]ado, en particular que . . . ninguna Regula de Arbitraje CIADI ni ningún principio general de derecho del arbitraje prohíbe la publicación por una de las partes de los documentos del proceso . . . la

[57] Claimants' Request for Resubmission, 18 June 2013, ¶ 130.

[58] *Id.*

[59] *See* Ex. R-68, Fundación Salvador Allende: Mission Statement; *see also* Ex. R-27, Award, ¶ 509 (stating that the "Fundación pone de presente asimismo las múltiples actividades, judiciales, políticas y culturales que lleva a cabo desde su creación" and citing the following "[i]ntervención ante el Parlamento Europeo en relación con las confiscaciones bajo el régimen militar con ocasión del acuerdo marco suscrito entre la CEE y Chile; asignación de becas a los estudiantes chilenos residentes en España; defensa de las víctimas de cualquier nacionalidad del régimen instaurado a raíz del golpe de Estado; acciones judiciales en Europa en el "*caso Pinochet*"; actuaciones ante el Parlamento español con vistas a la restitución de los bienes confiscados; etc").

[60] *See* Ex. R-43, Democracy Now, Interview with Juan Garcés (introducing Mr. Garcés as follows: "A personal adviser to Allende, Garcés was with him on the day of the coup. Allende walked him to the palace exist before it was bombed and *told him to tell the world what he had seen*. Mr. Garcés went on to lead the efforts for Pinochet to be arrested and tried." (emphasis added). Later in the interview, Mr. Garcés confirms that "*one of the things that he told me is what you said a few moments ago*, that given my very close, unique cooperation with him, I was in the measure of explaining what was the government doing during the three years in government, why we were doing what we have done, and which goal, object." (emphasis added)).

[61] *See, e.g.*, Ex. R-6, Letter from Chile to G. Álvarez Ávila, 27 September 2006, pp. 6–7.

Demandada fundamenta erróneamente su argumento al invocar la conducta de las Demandantes en materia de confidencialidad . . . ."[62]

36. Claimants continued with this practice throughout the revision and annulment proceedings.[63] They expressly admit that the intention behind publication is to play to a public audience,[64] contending that "ne justifie d'imposer une quelconque opacité sur la présente procédure sauf à vouloir dissimuler une fraude processuelle."[65] To this day, Claimants continue to publish their correspondence and pleadings, as illustrated by their publication of their letter of 23 August 2013 concerning Chile's request to Professor Sands to reconsider the acceptance of his appointment as an arbitrator for this case. As explained in further detail below, and in a concrete manifestation of the subtle biases that would operate to Chile's detriment in this arbitration should Professor Sands not be disqualified, Professor Sands simply assumed (in his letter of 11 September 2013) that Chile was responsible for the relevant disclosure to the press, when in fact the responsible party had incontrovertibly been Claimants.

C. Other Individuals with Pinochet-Related Preconceptions Have Been Precluded From Serving as Arbitrator in this Case

37. As demonstrated by the foregoing, for Claimants, the human rights violations of the Pinochet regime were the lens through which the investment dispute should be viewed; the arbitration itself was a mechanism by which Claimants sought to keep alive the memory of the Pinochet regime's coup and excesses. Given the foregoing, strongly-held views concerning Pinochet and his regime seem inherently incompatible with impartial arbitrator service in this matter, and on two separate occasions, ICSID affirmatively precluded the service as arbitrator in the case of individuals who had made written statements regarding Pinochet.

38. First, in 2006, in consultation with the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration, the Chairman of the Administrative Council of the World Bank disqualified the arbitrator who had been appointed by Claimants — Mr. Mohammed Bedjaoui — after he made the following assertion in a letter to the parties in 2005, in the context of an arbitrator challenge mounted by Chile: "***El Tribunal de Arbitraje no estaría menos orgulloso, por su parte, de sancionar con todo el peso de la ley la corrupción y la dictadura de Pinochet***

[62] Ex. R-26, Procedural Order No. 13, 24 October 2006, p. 3.

[63] *See* Ex. R-7, Letter from Chile to E. Obadia, 31 March 2009, p. 3 (objecting to Claimants' publication of an "amended" version of the transcript from the revision proceeding hearing — which was later republished by the arbitration media — that contained embellished versions of the oral argument Claimants had presented); Ex. R-8, Letter from Chile to E. Obadia, 30 March 2011, pp. 6–7 (objecting, during the annulment proceeding, to Claimants' publication of case documents containing sensitive information).

[64] Ex. R-9, Letter from Claimants to E. Obadia, 8 April 2011, p. 10 ("Finalement, les Demanderesses souhaitent rappeler que donner un accès vierge de commentaires aux documents de la procédure est nécessaire compte tenu des formidables moyens, médiatiques et autres, organisés par la Défenderesse pour discréditer le présent arbitrage et les arbitres et pour continuer à diffamer M. Victor Pey").

[65] Ex. R-9, Letter from Claimants to E. Obadia, 8 April 2011, p. 9.

en Chile, intentando llevarle a justicia a uno de los tantos que sufrieron bajo ese régimen."[66] Following inclusion of this statement (among other issues) as an additional basis for Chile's challenge to Mr. Bedjaoui, ICSID ultimately disqualified Mr. Bedjaoui.[67] Until very recently (November 2013), this was the only arbitrator disqualification ever under the ICSID Convention.

39. The issue of manifested personal views on Pinochet and his regime also became relevant in a subsequent instance in the arbitration. In May 2006, following the resignation of arbitrator Galo Leoro Franco and the rejection of his resignation by the other two arbitrators, the responsibility of naming a replacement arbitrator fell upon ICSID. In a letter to the parties, the Centre had informed them of its intention to appoint Professor Brigitte Stern, and requested the parties' comments in that regard. Chile objected to the appointment of Professor Stern on the basis of articles that she had written concerning Pinochet.[68] Over an objection from Mr. Garcés that Professor Stern's articles were irrelevant to the proceeding and that Chile's objection was unfounded, ICSID declined to appoint Professor Stern, and proceeded instead to propose a different candidate, explaining that "***[e]n virtud de las observaciones de la parte demandada*** y de conformidad con la práctica del CIADI, procederemos a identificar a la mayor brevedad posible un nuevo candidato para llenar la vacante en el seno del Tribunal."[69]

40. Thus, on at least one occasion and likely on two, ICSID itself concluded — after being presented with evidence of written statements regarding Pinochet by the relevant arbitrator or arbitrator candidate — that it would be inappropriate for such person to serve on the *Pey Casado* Tribunal. As demonstrated further below, Professor Sands' statements concerning the Pinochet regime are not materially dissimilar from those that prompted ICSID's conclusion in those prior instances.

D. State of Affairs Following Partial Annulment of the May 2008 Award and Claimants' Request for Resubmission

41. In May 2008, the Tribunal (then composed of Pierre Lalive, Mohammed Chemloul, and Emmanuel Gaillard) rendered an Award dismissing the majority of the claims against Chile. While the Tribunal agreed with Claimants' contention that Mr. Pey was the owner of *El Clarín*,[70] and that Mr. Pey's Chilean citizenship did not provide a basis for declining jurisdiction,[71] the Tribunal agreed with Chile that the BIT's substantive provisions did not

[66] Ex. R-3, Letter from M. Bedjaoui to ICSID (Spanish), 7 October 2005, p. 5 (emphasis added).

[67] *See* Ex. R-2, Letter from S. White to the Parties, 21 February 2006. It seems likely that this reference to the Pinochet regime was the basis for the disqualification of Mr. Bedjaoui; however, at that time it was not ICSID's practice to explain its disqualification decisions, so the basis for the disqualification was not articulated.

[68] *See* Ex. R-4, Letter from Chile to ICSID, 24 May 2006.

[69] Ex. R-5, Letter from G. Alvarez Avila to the Parties (Spanish), 26 May 2006 (emphasis added). The Centre subsequently named Professor Emmanuel Gaillard as the replacement arbitrator.

[70] Ex. R-27, Award, ¶ 179.

[71] *Id.*, ¶ 322.

apply retroactively to acts or disputes that pre-dated the BIT's entry into force.[72] Rejecting the "continuing acts" argument proffered by Claimants with respect to their claims under Articles 3 and 5 of the BIT (discrimination and expropriation, respectively),[73] the Tribunal declined jurisdiction over such claims.[74]

42. However, the Tribunal exercised jurisdiction over — and found liability for — two post-entry-into-force violations of the fair and equitable treatment clause of Article 4 of the BIT. The first was based on what the Tribunal deemed to be the undue delay in the Goss printer proceeding before the First Civil Court of Santiago.[75] The Tribunal concluded in that regard that "la ausencia de una decisión de primera instancia en cuanto al fondo de las demandas de las partes demandantes durante siete años . . . debe calificarse como una denegación de justicia por parte de los tribunales chilenos."[76] The second violation related to Decision 43, and specifically the alleged discrimination effected upon Mr. Pey by Chile's compensation of those who had participated in the reparations program and had been found, through that process, to be the owners of *El Clarín*. The Tribunal held that Chile had violated its Article 4 obligations by compensating those persons, but not compensating Mr. Pey[77] (who, as noted above, had specifically waived his right to participate in the program, so that he could pursue ICSID arbitration instead).[78] The Tribunal imposed damages on the basis of the second violation only,[79] in an amount of USD 10.132 million plus interest.[80] This amount, in turn, was based on the expropriation value of *El Clarín* as determined by the Chilean Government in the context of the reparations program.[81]

43. In the subsequent annulment proceeding, however, the *ad hoc* Committee concluded that Chile had never had an opportunity to be heard on the issue of damages resulting from the two violations for which Chile had been found liable. The Committee noted that the only damages arguments that Claimants had presented had been "strictly limited to their expropriation claims,"[82] and that the Tribunal had held that "[t]he expropriation-based

---

[72] *Id.*, ¶ 428.

[73] *Id.*, ¶ 652.

[74] *Id.*, ¶ 652.

[75] *Id.*, ¶ 659.

[76] Ex. R-27, Award, ¶ 659.

[77] *Id.*, ¶ 674.

[78] Ex. R-1, Letter from Mr. Garcés to Chilean Minister of National Assets, 24 June 1999, p. 4.

[79] Ex. R-27, Award, ¶ 703 (explaining that "[l]a denegación de justicia reconocida por el Tribunal de arbitraje en la cuestión de la rotativa Goss no da lugar a ninguna indemnización adicional").

[80] *Id.*, § X.4.

[81] *Id.*, ¶ 692; *see also* Ex. R-30, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2 (Decision on Annulment, 18 December 2012), ¶ 285 (Fortier, Bernardini, El-Kosheri) ("Annulment Decision").

[82] Ex. R-30, Annulment Decision, ¶ 261.

calculation of damages was not relevant to the BIT violations [found]."[83] The Committee also held that the Tribunal provided contradictory reasons, when, despite having dismissed the expropriation claim because it was beyond the temporal reach of the BIT, it nevertheless went on to adopt an expropriation-based damages calculation for the discrimination claim.[84]

44. Ms. Pey and the President Allende Foundation submitted these damages-related issues for decision by a new tribunal by means of their Request for Resubmission. Claimants insist that human rights matters are relevant even to these issues, urging the new Tribunal to consider "du dommage moral résultant de la manière dont le Chili a traité M. Pey Casado, en particulier compte tenu de la violence psychologique exercée à son encontre"[85] and claiming that "[c]e dommage moral devra être pris en compte dans l'indemnisation des faits incriminés, même s'il peut difficilement être soulagé par une indemnisation."[86] Moreover, to be able to make a determination on the damages issues in the resubmission proceeding, the Tribunal will necessarily need to undertake an analysis of — and reach certain conclusions about — the alleged discrimination against Mr. Pey, and what such discrimination consisted of. It would be difficult in this context for an arbitrator with ingrained personal views on the Pinochet regime, and on the treatment and deservedness of its victims, to maintain the requisite objectivity and impartiality to assess those issues fairly and without any bias.

II. Standard for Disqualification Under Article 57 of the ICSID Convention

45. As stated above, Article 57 permits disqualification of an arbitrator "on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14."[87] This is a two-part standard. First, an arbitrator must lack the qualities required by Article 14(1), and, second, such lack must be "manifest." Each of these elements is described in turn below.

A. Lack of the Qualities Required by Article 14(1)

46. Article 14(1) of the Convention mandates that arbitrators "be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, ***who may be relied upon to exercise independent judgment***."[88] As Professor Schreuer has

[83] *Id.*

[84] *Id.*, ¶ 285.

[85] Claimants' Request for Resubmission, 18 June 2013, ¶ 130.

[86] *Id.*

[87] ICSID Convention, Art. 57.

[88] ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).

noted, of the three qualities listed in Article 14(1), "only the requirement of reliability to exercise independent judgment has played a role in practice."[89]

47. Although the English version of the Convention states that an arbitrator must be a person "who may be relied upon to exercise *independent* judgment,"[90] ICSID tribunals — as well as the Centre itself — repeatedly have recognized that an arbitrator must also be relied upon to be *impartial*.[91] The requirement of independence *and* impartiality not only is an approach that "accords with that found in many arbitration rules,"[92] but is also one that is mandated by the terms of the ICSID Convention. As many tribunals have acknowledged, the Spanish version of Article 14(1) refers to an arbitrator's "impartiality"[93] rather than independence. "Since the [ICSID Convention] by its terms makes both language versions equally authentic, [both] the standards of independence and impartiality [apply] in making our decisions."[94] The President of the World Bank, in his capacity as Chairman of the Administrative Council, recently confirmed this understanding in the context of the disqualification of claimant-appointed arbitrators in two separate ICSID arbitrations: *Blue Bank v. Venezuela* and *Burlington Resources v. Ecuador*.[95]

48. While "the precise nature of the distinction [between independence and impartiality] is not always easy to grasp[,] [g]enerally speaking independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties."[96]

49. As the Chairman of the Administrative Council recently emphasized in his decisions to disqualify arbitrators in the *Blue Bank v. Venezuela* and *Burlington Resources v. Ecuador*

---

[89] RA-10, CHRISTOPH SCHREUER ET AL., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Art. 57 ¶ 18 (2d. ed. 2009) ("Schreuer, *Commentary*, Art. 57").

[90] ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).

[91] RA-7, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007), ¶ 28 (Salacuse, Nikken) ("*Suez (Challenge)*"); *see also* RA-4, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30 (Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, 27 February 2012), ¶ 54 (Keith, Abi-Saab) ("*ConocoPhillips (Challenge)*"); RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 36.

[92] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28.

[93] ICSID Convention, Art. 14(1) (Spanish) (stating that arbitrators "deberán . . . inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio").

[94] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28; *see also* RA-4, *ConocoPhillips (Challenge)*, ¶ 54; RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 36.

[95] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 58 ("Given that both versions [of the Convention] are equally authentic, it is accepted that arbitrators must be both impartial and independent"); RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 65 (same). The *Blue Bank* decision involved disqualification of the claimant's arbitrator due to his position as partner in a law firm that shared a name and some connections with a law firm opposing the respondent State in another ICSID case. The *Burlington Resources* decision involved disqualification of the claimant's arbitrator based on comments he made regarding the respondent's counsel, in response to their request for his disqualification.

[96] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 29.

arbitrations, to prove that an arbitrator lacks independence or impartiality, the party requesting disqualification need not demonstrate *actual* bias. In both cases, the Chairman of the Administrative Council made the following (identical) statement: "Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather, ***it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias***."[97] The *Urbaser v. Argentina* tribunal, which the Chairman of the Administrative Council cited in support of his rulings in *Blue Bank* and *Burlington Resources*,[98] explained: "The requirements of independence and impartiality serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case. In order to be effective this protection does not require that actual bias demonstrate a lack of independence or impartiality."[99] Instead, "[a]n *appearance* of such bias from a reasonable and informed third person's point of view is sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."[100] As Professor Sands himself noted in the context of challenges based on arbitrators who serve simultaneously as counsel, "the test is not what we think, but what a reasonable observer would think."[101]

50. Although many claims of partiality have been based on relationships between arbitrators and the parties (or arbitrators and counsel), other circumstances may be "sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."[102] As the *ConocoPhillips* tribunal recently held, justifiable doubts can arise out of any circumstances leading a reasonable person to conclude that an arbitrator might be "influenced by factors other than those related to the merits of the case."[103] Parties have requested disqualification of arbitrators in a variety of circumstances, ranging from simultaneous service as counsel and arbitrator in cases involving the same subject matter, to public statements demonstrating a view of one of the parties or key issues in dispute.[104]

---

[97] RA-2 *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59 (emphasis added); RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66 (ICSID Administrative Council Chairman Kim).

[98] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66 (citing RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 43).

[99] RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 43.

[100] *Id.*

[101] Ex. R-55, U. Balkiss Sulaiman, *London barrister opposes arbitrators acting as counsel*, GLOBAL ARBITRATION REVIEW, 7 October 2009.

[102] RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 43.

[103] RA-4, *ConocoPhillips (Challenge)*, ¶ 55. As Professor Schreuer has noted, one example of issue conflict "arises in investment arbitrations when an arbitrator is also involved as counsel in another pending case. Challenging parties in those types of situations argue that if an arbitrator also acts as counsel in another investment case, involving similar legal issues, an unbiased approach cannot be maintained." RA-10, Schreuer, *Commentary*, Art. 57, ¶ 34.

[104] *See* RA-11, IBA Guidelines, § 3.5.2 "The arbitrator has publicly advocated a specific position regarding the case that is being arbitrated, whether in a published paper or speech or otherwise"); § 4.1.1 "The arbitrator has previously published a general opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue which also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case that is being arbitrated)"). As Professor Schreuer has noted, one example of issue conflict "arises in investment arbitrations when an arbitrator is also

Footnote continued on next page

51. The latter situation led to a recommendation by the Permanent Court of Arbitration for the disqualification of Judge Charles Brower as arbitrator in the *Perenco v. Ecuador* case, which in turn led to Judge Brower's resignation from the tribunal. In *Perenco*, nearly a year into the arbitration, Judge Brower gave an interview in which he responded to a variety of questions on the subject of international arbitration. In response to a question about "the most pressing issues in international arbitration,"[105] Judge Brower gave the following answer:

> There is an issue of acceptance and the willingness to continue participating in it, as exemplified by what Bolivia has done and what Ecuador is doing. Ecuador currently is expressly declining to comply with the orders of two ICSID tribunals with very stiff interim provisional measures, but they just say they have to enforce their national law and the orders don't make any difference. But when recalcitrant host countries find out that claimants are going to act like those who were expropriated in Libya, start bringing hot oil litigation and chasing cargos, doing detective work looking for people who will invoke cross-default clauses in loan agreements, etc., the politics may change. After a certain point, no one will invest without having something to rely on.[106]

52. The Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration ("PCA"), which decided the challenge to Judge Brower pursuant to a pre-existing agreement between the parties, concluded that "the combination of the words chosen by Judge Brower and the context in which he used them have the overall effect of painting an unfavourable view of Ecuador in such a way as to give a reasonable and informed third party justifiable doubts as to Judge Brower's impartiality."[107] The PCA recommended Judge Brower's disqualification even though the foregoing was "of course not the *only* interpretation of Judge Brower's comments [or] *in fact* what Judge Brower subjectively intended by his comments, as he explained in his Statement."[108]

53. Even though the *Perenco v. Ecuador* case proceeded under the ICSID Convention, a pre-existing agreement between the parties mandated that the challenge to Judge Brower be

---

Footnote continued from previous page
involved as counsel in another pending case. Challenging parties in those types of situations argue that if an arbitrator also acts as counsel in another investment case, involving similar legal issues, an unbiased approach cannot be maintained." RA-10, Schreuer, *Commentary*, Art. 57, ¶ 34.

[105] RA-6, *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6 (Decision on Challenge to Arbitrator, 8 December 2009), ¶ 27 (Kröner) ("*Perenco (Challenge)*").

[106] *Id.*, ¶ 27.

[107] *Id.*, ¶ 48.

[108] *Id.*, ¶ 53.

decided pursuant to the General Standards set forth in the IBA Guidelines.[109] However, as the recent decisions by the Chairman of the Administrative Council in the *Blue Bank* and *Burlington Resources* cases confirm, there is little practical difference between the standard derived from the IBA Guidelines applied in *Perenco* and the one set forth in Article 57 of the ICSID Convention. As the PCA stated in *Perenco*, under the IBA Guidelines, "Judge Brower would be disqualified if 'circumstances . . . have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts' as to Judge Brower's impartiality or independence."[110] Under the General Standard of the IBA Guidelines, justifiable doubts exist "if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision."[111] This is an "appearance test."[112] Accordingly, a finding that the arbitrator "is *actually biased* . . . or has actually prejudged the merits of the dispute is not necessary in order for the challenge to be sustained . . . ."[113]

54. The standard for impartiality is evaluated the same way in the Article 57 context. As the Chairman of the Administrative Council held in the recent *Blue Bank* and *Burlington Resources* decisions: "Independence and impartiality both 'protect parties against arbitrators being influenced y factors other than those related to the merits of the case.'"[114] For disqualification due to the lack of one of these qualities, "[t]he applicable legal standard is an 'objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party.'"[115] Proof of actual dependence or bias is not required; "rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias."[116] Applying that standard, the Chairman of the Administrative Council disqualified the challenged arbitrators in *Blue Bank* and *Burlington Resources.*[117]

55. The "appearance" standard is employed in numerous jurisdictions. As the Working Group that drafted the IBA Guidelines explained, in preparing the Guidelines, "[t]he members of

---

[109] *Id.* Notably, the decision does not make reference to any of the examples provided in the "Practical Application" section of the IBA Guidelines — *i.e.*, the Red, Orange, and Green lists. As the drafting history of the IBA Guidelines indicates, notwithstanding the practical assistance the Lists may provide, "[i]n all circumstances, the General Standards should prevail." RA-12, IBA Working Group on Conflicts of Interest in International Arbitration, *Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 5 BUSINESS LAW INTERNATIONAL 433, 435 (2004) ("*Background Information on the IBA Guidelines*").

[110] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (quoting RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(b)).

[111] RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(c). This interpretation also has been accepted in the Article 57 context.

[112] RA-11, IBA Guidelines, Explanation to General Standard 2(b); *see also* RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶¶ 42–44.

[113] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (emphasis in original).

[114] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.

[115] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 60; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 67 (quoting RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶¶ 39–40).

[116] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.

[117] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 69; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 80.

the Working Group submitted 13 National Reports from the following jurisdictions: Australia, Belgium, Canada, England, France, Germany, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Singapore, Sweden, Switzerland, and the United States."[118] These reports covered a wide range of issues, including whether "an 'appearance' test or something similar is applied . . . ."[119] Out of the 13 surveyed, "[a]ll of the jurisdictions agree that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the *appearance* of bias and not actual bias."[120]

B. "Manifest"

56. To justify disqualification pursuant to Article 57 of the ICSID Convention, an arbitrator's lack of impartiality must be "manifest."[121] Consistent with the meaning of that term in other provisions of the Convention,[122] a lack of impartiality "becomes 'manifest' when it can be 'easily understood or recognized by the mind."[123] In other words, "the term 'manifest' means 'obvious' or evident."[124] The Chairman of the Administrative Council recently endorsed this understanding of the term "manifest," stating first that "a number of decisions have concluded that [the term] means 'evident' or 'obvious,' and that it relates to the ease with which the alleged lack of the qualities can be perceived."[125] In applying this standard in his assessment of the facts, the Chairman concluded in both cases that a third party would find, after undertaking a reasonable evaluation of the circumstances, a manifest lack of impartiality on the part of the disqualified arbitrator.[126]

III. Professor Sands Must be Disqualified As Arbitrator in the Present Case

57. Applying the standard articulated by the Centre in *Blue Bank* and *Burlington Resources*, Professor Sands' appearance of bias is manifest. As Chile explained in its letter to the Centre dated 22 August 2013, Professor Sands has a history of public statements regarding

---

[118] RA-12, *Background Information on the IBA Guidelines*, pp. 436–437.

[119] *Id.* p. 437.

[120] *Id.*, p. 441.

[121] ICSID Convention, Art. 57.

[122] *See, e.g.,* ICSID Convention Arts. 36(3), 52(1)(b).

[123] RA-5, *EDF International S.A., SAUR International S.A., and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23 (Challenge Decision, 25 June 2008), ¶ 65 (Park, Remón) (citing this as the respondent's argument, and stating two paragraphs later that "no reason exists that Respondent's proposed test should not apply to disqualification." *See id.*, ¶ 67).

[124] RA-1, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16 (Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, 19 March 2010), ¶ 37 (Robinson, Alexandrov).

[125] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 61; and RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 68.

[126] *See* RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 69 ("[T]he Chairman concludes that it has been demonstrated that a third party would find an evident or obvious appearance of lack of impartiality on a reasonable evaluation of the facts in this case"); RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 80 ("In the Chairman's view, a third party undertaking a reasonable evaluation of the July 31, 2013 explanations would conclude that the paragraph quoted above manifestly evidences an appearance of lack of impartiality with respect to the Republic of Ecuador and its counsel").

Pinochet and his regime, and of professional activities relating to Pinochet. This history, detailed below, gives rise to justifiable doubts as to his ability to "inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio"[127] in the present dispute. The circumstances surrounding Professor Sands' views on Pinochet's regime are analogous to those that led the PCA to disqualify Judge Brower in *Perenco*, inasmuch as Professor Sands' publicly expressed opinions on the Pinochet regime reflect a negative opinion of the very government whose actions he would be judging in the arbitration.

A. Professor Sands' Statements Regarding, and Experience With, Pinochet

58. In his communication of 5 August 2013 accepting his appointment as arbitrator in the present case, Professor Sands set forth the following disclosure:

> [B]etween 1998 and 2000 I acted as counsel in proceedings before the English courts involving (i) the claim by Senator Pinochet to immunity in proceedings before the English courts (*R v Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet*, House of Lords, judgments of 25 November 1998 and 23 March 1999 (Counsel for Human Rights Watch, Interveners)); and (ii) proceedings concerning access to Senator Pinochet's medical record (*R v Home Secretary, ex parte Kingdom of Belgium*, Divisional Court, judgment of 15 February 2000 (Counsel for Belgium)).[128]

59. Perhaps Mr. Sands' service as counsel in the proceedings he identified in his disclosure would not — without more — provide a sufficient basis to justify disqualification in the present matter — given that one's role as counsel and one's pronouncements in that capacity do not necessarily reflect personal views. However, Professor Sands' academic writings, and other public pronouncements regarding Pinochet, reveal deeply held personal beliefs that go well beyond any arguments he may have made as an advocate for his client Human Rights Watch in the course of the *Ex Parte Pinochet* proceeding.

60. It must be recalled in this context that the extradition of Pinochet in the *Ex Parte Pinochet* proceedings was sought by the Government of Spain for the prosecution of human rights violations, and that such prosecution was being coordinated by — and indeed had been commenced at the behest of — Spanish lawyer Mr. Juan Garcés, who, not coincidentally, is counsel for Claimants in this resubmission proceeding. As a matter of State, and in part on the basis that Pinochet was at that time a Senator of the Republic, Chile formally opposed the extradition of Pinochet from the U.K. to Spain to face proceedings in the Spanish courts for acts that had been committed in Chile.[129] Such opposition was a decision by the

---

[127] ICSID Convention, Art. 14(1).

[128] R-13, Arbitration Rule 6 Declaration of P. Sands, 5 August 2013.

[129] *See* Ex. R-34, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet*, House of Lords (Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause), 24 March 1999, p. 5 (noting that "the Republic of Chile applied to intervene as a party. Up to this point Chile had been urging that

Footnote continued on next page

administration of democratically-elected President Eduardo Frei (1994–2000) and was led by his Minister of Foreign Relations, José Miguel Insulza (presently the Secretary General of the Organization of American States in Washington) — himself an active member of the Socialist Party who had been exiled by the Pinochet regime. Accordingly, Professor Sands was adverse in *Ex Parte Pinochet* not only to the legal interests of Pinochet himself, but also those of the Republic of Chile.

61. In any event, and as already noted, the nature of Chile's concern transcends the fact itself of Professor Sands' involvement as counsel on behalf of human rights groups in proceedings adverse to the interests of Pinochet and of the Republic. Of equal or greater concern is the fact that Professor Sands has publicly manifested personal views and a significant body of academic work on Pinochet and his military regime,[130] and indeed a significant part of his reputation in the field of public international law derived precisely from his role in the Pinochet extradition proceeding, and his writings on the subject.

62. Accounts of the circumstances that led Professor Sands to take on the Human Rights Watch representation in the Pinochet proceedings are revealing. For example, based on an interview with Professor Sands, an article in *The New Yorker* magazine published in 2009 recounts that, in 1998, he had "received a call asking him to represent Augusto Pinochet,

---

Footnote continued from previous page
immunity should be afforded to Senator Pinochet, but it now wished to be joined as a party. Any immunity precluding criminal charges against Senator Pinochet is the immunity not of Senator Pinochet but of the Republic of Chile. Leave to intervene was therefore given to the Republic of Chile"). As Professor Sands himself acknowledges in the book *Justice for Crimes Against Humanity* (of which he was co-editor), "[e]xtradition proceedings were initiated and pursued against Senator Pinochet despite serious reservations of political leaders in Chile, Spain and the UK." Ex. R-36, M. Lattimer and P. Sands, JUSTICE FOR CRIMES AGAINST HUMANITY 10 (2003).

[130] Professor Sands has discussed Pinochet, the *Pinochet* case, or the "Pinochet principle," in the following books, articles, interviews, presentations, and speeches (among others), over the last fifteen years: Ex. R-35, J. Alvarez and V. Lowe, *Pinochet Revisited*, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 95 (2001) (referencing Professor Sands' service on a panel to discuss the *Pinochet* case); Ex. R-36, M. Lattimer and P. Sands, JUSTICE FOR CRIMES AGAINST HUMANITY (2003); Ex. R-38, *Interview of the Month: War Lies and Broken Laws*, May 2005; Ex. R-39, P. Sands, *Policymakers on Torture Take Note — Remember Pinochet*, SAN FRANCISCO CHRONICLE, 14 November 2005; Ex. R-37, P. Sands, *Mishcon Lecture 2005: Lawless World: International Law After 9/11 and Iraq*; Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD (2006); Ex. R-41, P. Sands, AFTER PINOCHET: THE ROLE OF THE NATIONAL COURTS, FROM NUREMBERG TO THE HAGUE (2006); Ex. R-45, P. Sands, *Realm of the Possible*, THE GUARDIAN, 8 January 2007; Ex. R-43, Interview with Philippe Sands, DEMOCRACY NOW, 7 March 2006; Ex. R-44, P. Sands, *Globalizing Justice* (Amnesty International, Spring 2006); Ex. R-46, P. Sands, TORTURE TEAM (2008); Ex. R-47, P. Sands, *The Green Light*, VANITY FAIR, May 2008; Ex. R-48, *Interview with Philippe Sands*, NATIONAL PUBLIC RADIO, 19 June 2008; Ex. R-49, P. Sands, *10 years of the Pinochet principle*, THE GUARDIAN, 16 October 2008; Ex. R-50, P. Sands, *Addison C. Harris Lecture: Poodles and Bulldogs: The United States, Britain, and the International Rule of Law*, 84 IND. L.J. 1357, 1359–67 (2009); Ex. R-51, *Philippe Sands Considers A Legacy of 'Torture,'* NATIONAL PUBLIC RADIO, 7 January 2009; Ex. R-53, *New Yorker Correspondent Jane Mayer and British Attorney Philippe Sands on Bush Administration Torture and How Obama Should Address It*, DEMOCRACY NOW, 20 May 2009; Ex. R-56, P. Sands, *Tony Blair finally faces Chilcot —but will former PM be let off hook?*, THE GUARDIAN, 24 January 2010; Ex. R-57, P. Sands, *A Memory of Justice: The Unexpected Place of Lviv in International Law — A Personal History*, 43 CASE W. RES. J. INT'L L. 739 (2011); Ex. R-58, P. Sands, *International Justice is Needed — Even if it Takes 100 More Years to Perfect It*, COLOMBO TELEGRAPH, 17 May 2012.

the former Chilean dictator. He told his wife, Natalia Schiffrin, about the offer. 'Philippe, if you do,' Sands recalls her saying, 'I will divorce you.'"[131] The article then goes on to observe: "Sands declined the case. Instead, he signed on to represent the other side, and helped pursue Pinochet for violations of international law."[132]

63. Although Professor Sands disputes the accuracy of newspaper articles in which he has been quoted,[133] the author of this particular article, Jane Mayer, is the first individual listed by name in the "acknowledgements" section of the very book that inspired the article in which the quotation was given: Professor Sands' *Torture Team*. Professor Sands writes that he is "especially grateful to Jane Mayer, whose brilliant and brave articles in the *New Yorker* are a source of great inspiration, and whose assistance and collegiality was constant. I hope one day to be able to do the same in return."[134]

64. In a wide variety of public fora and contexts (including books, articles, television and radio appearances, and speaking engagements), Professor Sands has repeatedly invoked his human rights work against the Pinochet regime as a professional and personal cornerstone, and has articulated personal views on the Pinochet regime. Set forth below are but a few examples, all of which come from books or articles published by Professor Sands himself, or from statements he has made in interviews for which either a recording or full transcript is available:

- In his book *Lawless World*, and after summarizing the Pinochet extradition proceedings, Professor Sands made the following remark, which could be of particular relevance to the present case: "Pinochet had fair procedures, and he had his day in court, unlike his victims."[135]

- In the same book, *Lawless World*, Professor Sands stated: "'Where were you when Pinochet was arrested? In the select world of international law the sixteenth of October 1998 is the closest you will get to a JFK or a John Lennon moment."[136] In a later passage of the book, Professor Sands states that "judgments like that of the House of Lords in the Pinochet case provide hope to a great number of people around the world."[137]

- In a law review article, Professor Sands referred to his participation in the *Ex Parte Pinochet* proceeding and other cases as "a great privilege" and called the decision to

[131] Ex. R-52, J. Mayer, *The Bush Six*, THE NEW YORKER, 13 April 2009.

[132] *Id.* The same *New Yorker* article described the Pinochet cases as Professor Sands' "first chance to demonstrate his convictions professionally."

[133] *See* Ex. R-16, Letter from P. Sands to ICSID, 11 September 2013, p. 2.

[134] Ex. R-46, P. Sands, TORTURE TEAM, viii (2008).

[135] Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD 44 (2006).

[136] *Id.*, p. 23.

[137] *Id.*, p. 225.

extradite Pinochet a "landmark judgment against the claim to immunity, a clarion call for the right of victims and of individuals under the new international legal order."[138]

- In *Justice for Crimes Against Humanity*, a compilation of articles edited by Professor Sands and Mark Lattimer, Messrs. Sands and Lattimer noted in an introductory section that "[t]he cry for 'justice,' as voiced insistently by the relatives of those forcibly disappeared in the Pinochet case, provides the first and foremost argument for the application of international criminal law, given that the relevant state is itself frequently unwilling or unable to act."[139]

- In a passage of his book *Lawless World* in which he recounts the discussion that took place in his household once news emerged of Pinochet's arrest in London, Sands recalls that his wife "Natalia was lined up with Peter Mandelson, the British Cabinet Minister who took to the airwaves to welcome the arrest of a 'brutal dictator.' They were both right."[140]

- Also from *Lawless World*: "where the matters were as serious as those alleged in Pinochet's case, there was bound to be a temptation to bend the law to the facts, and to rule that if the defendant was responsible he should pay for the terrible crimes that had been committed."[141]

- *Lawless World*: "Pinochet's bubble of personal invincibility was burst. For the victims of international crimes these [human rights] treaties may be seen as having more enforceability than was previously thought to be the case."[142]

65. The foregoing statements, and their respective contexts, belie Professor Sands' assertion, in his letter of 11 September 2013, that the only views he has expressed on Pinochet relate to the limited issue of immunity: "Mr. di Rosa's [sic] letter attributes to me — by way of assertion rather than inquiry — a raft of personal views that I am said told [sic], and a professional reputation that is said to have been developed on the basis of those views and above-mentioned proceedings. ***Such views as I have expressed invariably relate to the limited issue of immunity*** from the jurisdiction of national (and international) courts of a former head of state, in criminal and extradition proceedings."[143] Professor Sands thus

---

[138] Ex. R-57, P. Sands, *A Memory of Justice: The Unexpected Place of Lviv in International Law — A Personal History*, 43 CASE W. RES. J. INT'L L. 739, 742–744 (2011).

[139] Ex. R-36, M. Lattimer and P. Sands, JUSTICE FOR CRIMES AGAINST HUMANITY 19 (2003). Among the articles included in this book was one by Professor Brigitte Stern, to whose appointment to the tribunal in the original arbitration the Republic successfully objected on the basis of articles she had written on the subject of Pinochet (as discussed above).

[140] Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD 26 (2006).

[141] *Id.*, p. 29 (2006).

[142] *Id.*, p. 43 (2006).

[143] Ex. R-16, Letter from P. Sands to ICSID, 11 September 2013, p. 2 (emphasis added). For some reason, Professor Sands' rather sharp response is directed individually at one of Chile's undersigned counsel, rather than at 'Chile' or 'Chile's counsel,' as might have been expected.

suggests that his pronouncements on Pinochet have simply been dispassionate academic statements. But a *prima facie* review of the assertions quoted above lead any reasonable reader to the conclusion that Professor Sands' remarks reflect profound personal beliefs of a moral, political and/or ideological nature, and not merely academic or intellectual ruminations.

66. Moreover, and despite his protestations to the contrary, Professor Sands has in fact built much of his reputation in the field of human rights on his work in connection with Pinochet, and on the development on a global basis of what he has termed "the Pinochet principle," pursuant to which heads of State should be held personally responsible, through national and international prosecution, for actions taken while in office.[144] Professor Sands has used this principle as the premise for a book and a number of academic and press articles,[145] and has discussed Pinochet in a number of interviews.[146] Professor Sands' human rights work against the Pinochet regime also appears to have influenced and shaped his view of international law as a general matter: "[I]n this century, said Human Rights Watch legal adviser Philippe Sands, the world has moved steadily away 'from a 19th century tradition that says international law is about the protection of interests of states and (toward) the notion that says it's about the protection of interests of people.'"[147]

67. All of the foregoing demonstrates that the views that may have been expressed by Professor Sands transcend the realm of his role of counsel in the U.K. Pinochet proceedings, as well as the limited issue of immunity, and rather reflect deeply-rooted personal convictions and beliefs; indeed, it could reasonably be concluded — based on Professor Sands' own statements — that his participation in the U.K. proceedings was

---

[144] *See, e.g.*, Ex. R-49, P. Sands, *10 years of the Pinochet principle*, THE GUARDIAN, 16 October 2008 ("The legacy of the arrest warrant signed in Hampstead 10 years [ago] today is the Pinochet principle, that no one is above the law"); Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD 43 (2006); Ex. R-36, M. Lattimer and P. Sands, JUSTICE FOR CRIMES AGAINST HUMANITY 3, 9 (2003) (stating that "[c]ommentators and human rights campaigners recognised the *Pinochet* judgments as amongst the most important human rights cases since Nuremberg, and spoke of a 'Pinochet effect,' whereby prosecuting authorities and courts around the world would find support for moves against other suspected of torture, crimes against humanity or war crimes that came to their country"); Ex. R-41, P. Sands, AFTER PINOCHET: THE ROLE OF THE NATIONAL COURTS, FROM NUREMBURG TO THE HAGUE (2006).

[145] *See, e.g.*, Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD (2006) (using the principle developed in *Ex Parte Pinochet* as a springboard for launching examinations into the actions of U.S. and U.K. leaders); Ex. R-49, P. Sands, *10 years of the Pinochet principle*, THE GUARDIAN, 16 October 2008. Professor Sands also has referred to this concept as a "Pinochet moment." *See, e.g.*, Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD (Preface, p. xx) (2006); Ex. R-56, P. Sands, *Tony Blair finally faces Chilcot —but will former PM be let off hook?*, THE GUARDIAN, 24 January 2010 (including in a list of possible questions to ask former British Prime Minister Tony Blair regarding the Iraq war: "How often do you wonder whether you might one day face a 'Pinochet moment'?"). Discussing the concept more generally, *see, e.g.*, Ex. R-39, P. Sands, *Policymakers on Torture Take Note — Remember Pinochet*, SAN FRANCISCO CHRONICLE, 14 November 2005.

[146] *See, e.g.*, Ex. R-43, Interview with Philippe Sands, DEMOCRACY NOW, 7 March 2006; Ex. R-48, Interview with Philippe Sands, NATIONAL PUBLIC RADIO, 19 June 2008.

[147] Ex. R-31, F. Vrazo, *British Ruling on Pinochet Could Signal A Sea Change*, THE PHILADELPHIA INQUIRER, 29 November 1998; *see also* Ex. R-32, *See Dictators' days of reckoning*, EDMONTON JOURNAL, 5 December 1998 (attributing the same quotation to Professor Sands).

prompted precisely by his personal and ideological beliefs concerning Pinochet and his dictatorial regime.

B. Professor Sands' Statements and Experience with Pinochet Manifestly Give Rise to Justifiable Doubts as to His Impartiality

68. Given the factual, historical, and procedural history of this dispute, Professor Sands' numerous public statements regarding Pinochet — coupled with his work in the *Ex Parte Pinochet* case —give rise to justifiable doubts as to Professor Sands' impartiality. Although not dispositive for purposes of the present request for disqualification, the fact itself that Professor Sands felt compelled to disclose his role in the *Ex Parte Pinochet* proceeding is suggestive. This disclosure was made by Professor Sands pursuant to ICSID Arbitration Rule 6, which requires that a prospective arbitrator sign a declaration stating, in relevant part, "Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties; and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party."[148] Since he disclosed his role in the *Ex Parte Pinochet* proceeding only after stating that he was "not aware of any past or present professional, business or other relationship with the Claimant or Respondent in this case,"[149] it is clear that such disclosure was made not pursuant to point (a) above, but rather to point (b); *i.e.*, to his belief that his involvement in the Pinochet extradition proceeding was a circumstance "that might cause [his] reliability for independent judgment to be questioned by a party."

69. Accordingly, the very fact that, after "inform[ing] [him]self as to the relevant facts and issues, including the identity of the parties and the likely legal issues,"[150] Professor Sands considered the subject of his disclosure relevant and therefore worthy of disclosure, indicates that the issue is not simply whether the *Ex Parte Pinochet* proceeding and the present case "involved different parties, different facts, and different applicable laws,"[151] as Professor Sands now suggests.[152]

70. Despite Chile's best efforts — and as a result of Claimants' own persistent endeavors — Pinochet's human rights' violations have been a recurring theme in this case and the larger context in which the case has played out. Professor Sands' service as counsel against

---

[148] ICSID Arbitration Rule 6.

[149] Ex. R-13, P. Sands Arbitration Rule 6 Declaration, 5 August 2013.

[150] Ex. R-16, Letter from P. Sands to ICSID, 11 September 2013, p. 1.

[151] *Id.*

[152] Even applying solely the criteria that Professor Sands invoked, there is in fact a conflict. For example, in reference to the legal proceedings relating to Pinochet disclosed in his communication of 5 August 2013, Professor Sands asserted, in his 11 September 2013 letter, that such proceedings "involved different parties [from those in the ICSID arbitration]." However, Professor Sands himself had recognized, in his book *Lawless World*, that "the government of Chile [had] formally intervened on the side of Pinochet" in the UK extradition proceedings. Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD 37 (2006). Accordingly, contrary to Professor Sands' assertion, the Respondent in the ICSID case *sub judice*, Chile, was in fact one of the parties in the *ex parte Pinochet* proceedings in which Professor Sands participated as counsel.

Pinochet in two proceedings (in which his goal was aligned with that of counsel for Claimants, Mr. Garcés); the fact that Professor Sands deemed such experience sufficiently relevant to the present dispute to warrant disclosure; his distinguished career in the field of human rights (erected in significant part on the basis of the Pinochet cases); and his past expressions of unequivocal antipathy to the Pinochet regime, all would undoubtedly give rise to reasonable doubt by an objective third person with respect to Professor Sands' ability in this case to exercise the necessary impartial and independent judgment. Indeed, an objective third party would likely be surprised that someone with such overtly and widely professed views on the Pinochet regime could even be considered as an arbitrator in a case that is ultimately about an expropriation committed by the Pinochet regime, and in which the principal Claimant was by all accounts a victim of the Pinochet regime on a personal level.

71. Moreover, such justifiable doubts would exist regardless of Professor Sands' stated commitment to judge this case impartially and independently.[153] As stated above, "[a]n *appearance* of such bias from a reasonable and informed third person's point of view is sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."[154] In this vein, in *Perenco v. Ecuador*, Judge Brower was disqualified as arbitrator notwithstanding a finding that the statement he had made to the press was not "*in fact* what Judge Brower subjectively intended by his comments, as he explained in his Statement."[155] Instead, the relevant issue was the *mere appearance* created by Judge Brower's comments, as interpreted by a reasonable observer.[156]

72. Professor Sands himself previously has acknowledged this point, in the context of challenges based on arbitrators who are serving simultaneously as counsel. In that regard, Professor Sands has stated that "the test is not what we think, but what a reasonable observer would think."[157] He also effectively admitted, in a book published in 2006, that audiences expect him to have a particular bias against Pinochet. In his book *Lawless World*, for example, Professor Sands admits that, in an instance in which he spoke in an academic setting in Iran, his audience was "surprised"[158] when he simply recited the relevant facts of the *Pinochet* case, instead of providing "a lecture on the triumph of international law."[159] Professor Sands noted further that "[s]urprise or criticism was directed not at the House of Lords but at me: why the reticence about the decision, why was I not more positive, why did I not embrace the case as a great moment for international

[153] *See* Ex. R-16, Letter from P. Sands to ICSID, 11 September 2013, p. 3.

[154] RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 43 (emphasis added).

[155] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 53.

[156] *Id.*, ¶ 48.

[157] Ex. R-55, U. Balkiss Sulaiman, *London barrister opposes arbitrators acting as counsel*, GLOBAL ARBITRATION REVIEW, 7 October 2009.

[158] Ex. R-42, P. Sands, LAWLESS WORLD 225 (2006).

[159] *Id.*, p. 224 (2006).

law and the cause of human rights? In private discussions after the event many of the students were even more open."[160]

73. Following Professor Sands' publication of one of the articles referenced above,[161] Professor Roger Alford — an editor for *Kluwer Arbitration Blog* and current Notre Dame Law School international law professor and Associate Dean for International and Graduate Programs — had the following reaction, in a piece published in 2005:

> ***Philippe Sands is at it again***. In an article in the San Francisco Chronicle last week, available here, ***Sands appears to be publicly pushing his idea*** that David Addington, John Yoo, and others he describes as "higher in the administration's hierarchy" (read: someone higher than the V.P.'s chief of staff!) should think twice about travelling abroad ***or they might suffer the same fate as Augusto Pinochet***. It is precisely the same argument that Sands made in his debate with John Yoo a couple of weeks ago.
>
> I would be curious if others have thoughts on whether this is a serious possibility. ***I have not heard anyone but Philippe Sands outspokenly and seriously pushing this idea***. . . . In short, is Sands dead serious about the Pinochet precedent?[162]

74. Given the discussion above, in particular concerning Professor Sands' own writings and statements to the press, Chile does not believe that the attribution to Professor Sands of such views as "personal" ones was unfounded. Nor does it seem unreasonable to Chile to assert that part of Professor Sands' professional reputation is based on his activities, writings, and pronouncements on Pinochet, given not only the frequency with which he himself has written and spoken on the subject, but also the frequency with which third parties have written about Professor Sands as a Pinochet expert, or referred to him as such.

75. Thus, apart from how objective and impartial Professor Sands would in fact *intend* to be as an arbitrator in this case, the appearance that he might be "influenced by factors other than those related to the merits of the case"[163] would nevertheless inevitably hang like a dark cloud over the remainder of the proceeding, and over the Tribunal's ultimate award. As a practical matter, it seems impossible that he would be able to disregard, or disassociate himself from, his strongly-held personal feelings and professional dealings concerning the Pinochet regime. At the very least, on a subliminal or subconscious level, Professor Sands

---

[160] *Id.*, p. 225 (2006).

[161] Ex. R-40, R. Alford, *Is Philippe Sands Serious about the Pinochet Precedent*?, OPINIO JURIS, 17 November 2005 (discussing and linking to the following article by Professor Sands, which had been published several days earlier in the *San Francisco Chronicle*: Ex. R-39, P. Sands, *Policymakers on Torture Take Note — Remember Pinochet*, SAN FRANCISCO CHRONICLE, 14 November 2005).

[162] Ex. R-40, R. Alford, *Is Philippe Sands Serious about the Pinochet Precedent*?, OPINIO JURIS, 17 November 2005 (emphasis added).

[163] RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 43.

would be coming into the arbitration with preconceived notions concerning the Claimants and the Respondent, and their perceived status as victim and perpetrator, respectively, of human rights violations. As Claimant's own party-appointed arbitrator, Mr. Mohammed Bedjaoui, noted, "An arbitrator is not a disembodied, floating being, without origins, or ethnic, cultural, religious, social and other attachments. 'There are . . . some indistinct forms which pose a very difficult problem for those who will be demanding about indisputable impartiality. These forms are called Ideology (or that which we name ideology), Religion (or that which we name religion) and History (of more recent inspiration).'"[164] Professor Sands' history, as demonstrated above, poses precisely this problem.

IV. Earlier Exchanges Regarding the Issues Set Forth in this Request, and Responses Thereto

76. As indicated above, Chile has previously voiced the concerns underlying the present Request, through letters to the Centre dated 22 July 2013 and 22 August 2013, to which Professor Sands responded with his letters dated 5 August 2013 and 11 September 2013, respectively. Chile briefly summarizes the history of this correspondence before proceeding to address Professor Sands' remarks.

77. Claimants appointed Professor Sands in the 18 June 2013 cover letter that accompanied their Request for Resubmission.[165] Chile was of course aware at that time of Professor Sands' prior involvement in *ex parte Pinochet* and his public writings and statements on Pinochet. However, Chile did not think it plausible that Professor Sands would have accepted the appointment given his background, and in fact thought it possible that Professor Sands might not even be aware of the appointment. Based on its experience over the past 15 years, Chile instead initially believed that the appointment might be a ploy by Claimants to "Pinochetize" the new proceeding from the outset, by eliciting from Chile a Pinochet-based reaction to the appointment of Professor Sands.

78. However, following research on Professor Sands, Chile became aware of public reports indicating that Professor Sands was counseling Bolivia in a dispute against Chile, relating to the two nations' borders (a dispute which, as indicated, is now before the International Court of Justice). Since this, too, provided justifiable doubts as to Professor Sands' independence and impartiality, Chile decided initially to object solely on that basis, and by this expedient avoid the inelegant posture of criticizing someone for having undertaken activities and expressed views antagonistic to Pinochet. Chile accordingly expressed, in a letter to the Centre dated 22 July 2013, its concerns relating to Professor Sands' reported representation of Bolivia against Chile.[166] By response dated 5 August 2013, Professor Sands revealed not only that he was aware of the appointment but prepared to accept it, and in response to Chile's query, indicated that he was not representing Bolivia (although, as

[164] RA-9, Mohammed Bedjaoui, *The Arbitrator: One Man-Three Roles: Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator*, 5 J. INT'L ARB. (Issue 1) 7, 9 (1988).

[165] Ex. R-10, Letter from Claimants to ICSID, 18 June 2013, p. 2.

[166] Ex. R-11, Letter from Chile to ICSID, 22 July 2013.

discussed below, he did not make it clear whether he had done so in the past). In addition, in a separate statement (also transmitted to the Centre on 5 August 2013) Professor Sands made a disclosure concerning his participation in the *Ex Parte Pinochet* proceeding.[167]

79. Particularly in light of such disclosure (and the ambiguity of his explanation with respect to any *past* involvement on behalf of Bolivia in its dispute with Chile), Chile asked Professor Sands to reconsider his appointment, via letter to the Centre of 22 August 2013, in which Chile alluded to many of the statements described in the present request.[168] Claimants responded to this letter on 23 August 2013,[169] promptly publishing their response at http://www.elclarin.cl/images/pdf/2013-08-23DemandedespartiesDemanderesses.pdf.[170]

80. For his part, Professor Sands responded to Chile's 22 August 2013 letter on 11 September 2013, in which (a) he expressed displeasure at the disclosure of Chile's request for his reconsideration — which by that point had been detailed in an 11 September 2013 *International Arbitration Reporter* article linking Claimants' earlier correspondence; and (b) he reaffirmed his decision to serve as arbitrator in the present case.[171] Following receipt of this response, Chile had no choice but to challenge Professor Sands formally, through the present request.

A. Response to Professor Sands' Letter of 11 September 2013

81. While, as noted, Chile reserves its right to respond to any additional comments Professor Sands may make in response to the present Request, two brief comments are in order regarding Professor Sands' 11 September 2013 letter to the Centre.

82. First, the suggestion in Professor Sands' letter regarding the accuracy of the articles on which the present Request is based is entirely without merit. In his letter, Professor Sands noted that Chile's own letter "makes reference to various press articles. It ought to be clear already that such articles cannot necessarily be treated as accurate or complete, in the present case such articles (or the inferences drawn from such articles) are neither accurate nor complete."[172] However, as they relate to statements by Mr. Sands, the majority of the articles cited in Chile's letter — which have been incorporated into the discussion in Section III above — were written by Professor Sands himself. The only exceptions are: (1) an article by *New Yorker* columnist Jane Mayer, with whom Professor Sands appears, based on his own statements (for whom, as indicated above, Professor Sands expressed

[167] Ex. R-12, Letter from P. Sands to ICSID, 5 August 2013; Ex. R-13, P. Sands Arbitration Rule 6 Declaration, 5 August 2013.

[168] Ex. R-14, Letter from Chile to ICSID, 22 August 2013.

[169] Ex. R-15, Letter from Claimants to ICSID, 23 August 2013.

[170] *See* Ex. R-65, Screenshots of www.elclarin.cl/fpa (showing publication of Claimants' 23 August 2013 correspondence). Claimants' letter was later picked up by the arbitration pleading and decision database housed at www.italaw.com.

[171] Ex. R-16, Letter from P. Sands to ICSID, 11 September 2013, p. 3.

[172] *Id.*, p. 2.

profound respect and admiration in the acknowledgments of his book *Torture Team*); and (2) an article published in a Philadelphia newspaper which quoted Professor Sands on the outcome of the *Ex Parte Pinochet* proceeding. With respect to the latter article, a Canadian newspaper printed an identical quote from Professor Sands,[173] which tends to corroborate the accuracy of the quote attributed to him by the Philadelphia newspaper.

83. Second, contrary to what Professor Sands suggests in his letter,[174] Chile did not disclose to the press its 22 August 2013 letter to *Investment Arbitration Reporter* ("*IAReporter*") (or, for that matter, to any other publication). Rather, by explicit admission of the publication itself, it was Claimants who leaked to them their own letter dated 23 August 2013; the *IAReporter* article notes that "the claimants have published their own correspondence" from the arbitration, and provides a link to Claimants' website.[175] The fact that Claimants themselves were the ones who disclosed their 23 August 2013 letter can be confirmed by visiting their own website, *see* http://www.elclarin.cl/images/pdf/2013-08-23DemandedespartiesDemanderesses.pdf.[176]

84. In that 23 August 2013 letter, Claimants had quoted excerpts from Chile's 22 August 2013 letter, and that is how the quotes from Chile's letter found their way into the *IAReporter* article. Thus, it was not Chile that leaked the relevant information, as Professor Sands erroneously assumed in his letter of 12 September 2013. Indeed, it could be speculated that precisely the type of subconscious biases that Chile is concerned would influence Professor Sands in this case, were at play in Professor Sands' assumption that Chile was the leaking party. This type of subtle and subconscious bias would inevitably color Professor Sands' perception of the parties and issues at every juncture of the arbitral proceeding, and constitutes precisely the reason that his judgment could not be relied upon to be impartial in this particular case.

---

[173] Ex. R-32, *See Dictators' days of reckoning*, EDMONTON JOURNAL, 5 December 1998.

[174] Ex. R-16, Letter from P. Sands to ICSID, 11 September 2013, p. 3 ("[S]hortly after Mr di Rosa's [sic] letter was sent, an email was sent to me by Mr Luke Petersen [sic] of Investment Arbitration Reporter, putting to me certain propositions as to my appointment in these proceedings. It appears from the information disclosed by Mr Petersen's communication (to which I have not replied), that he has been informed of the matters raised in Mr di Rosa's letter. It appears that he has been in contact with one or other of the parties in these proceedings. I hope that [sic] the parties might recognise that such communications put an arbitrator in an invidious and unfortunate position, since he or she is not in a position to respond to factual allegations. . . . ***It appears that Mr. Petersen is better informed than I am as to the intentions (or actions) of the Respondent . . . .***" (emphasis added)). This last assertion reveals rather clearly that Professor Sands assumed that the leaking party was Chile (and belies his more carefully worded earlier assertion — in the same paragraph — that the journalist had apparently been in contact with "one or other" of the parties).

[175] *See* Ex. R-67, *Chile objects to claimants' nomination of Philippe Sands as arbitrator*, INVESTMENT ARBITRATION REPORTER.

[176] *See* Ex. R-65, Screenshots of www.elclarin.cl/fpa (showing publication of Claimants' 23 August 2013 correspondence).

B. Response to Professor Sands' Letter of 5 August 2013

85. By letter dated 22 July 2013, Chile had initially expressed concern about Professor Sands' suitability as an arbitrator for this case in light of widespread media reports that Professor Sands was advising Bolivia in an ongoing border dispute against Chile (which is now before the International Court of Justice).[177] Chile had found a number of press articles, from six different newspapers (all of which are attached as exhibits hereto), indicating that Bolivia was taking advice from Professor Sands in connection with its dispute with Chile and a possible claim against Chile before the International Court of Justice.[178] Chile accordingly requested that Professor Sands "provide information to the parties herein regarding his role in the above-referenced Bolivia matter."[179] As Chile explained in its letter, a person's service as arbitrator in an international arbitration is incompatible with his or her service as counsel in another dispute in which the person is adverse to one of the parties in the international arbitration. The IBA Guidelines state that "justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence [may] arise"[180] if "[t]he arbitrator has ***within the past three years*** served as counsel against one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter."[181]

86. In Professor Sands' response dated 5 August 2013, he stated the following: "I wish to state clearly that (1) ***I am not acting*** as counsel for the Republic of Bolivia in the proceedings against the Republic of Chile at the ICJ, and (2) ***I am not involved*** in any proceedings for or against the Republic of Chile."[182] Professor Sands' explanation is worded in the present tense, and thus indicates only that he was not counsel to Bolivia or adverse to Chile *at the time of writing*. Given that the IBA Guidelines expressly state that an arbitrator's service as adverse counsel may "give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence"[183] if it has taken place "within the past three years,"[184] Chile respectfully requests that Professor Sands further clarify his role in the Bolivia matter — in particular, whether he advised Bolivia at any time in the past with regard to its dispute with, or potential claim against, Chile. Chile reserves the right to expand the grounds for its challenge following receipt of such clarification.

---

[177] Ex. R-11, Letter from Chile to ICSID, 22 July 2013.

[178] *Id.* (citing Ex. R-59, *Bolivia contacta a consejero jurídico de la reina de Inglaterra para estudiar demanda contra Chile*, AMÉRICA ECONOMÍA, 10 December 2012; Ex. R-60, *Abogado inglés analiza posible litigio con Chile*, LOS TIEMPOS, 11 December 2012; Ex. R-61, *Gobierno monitorea pasos de Bolivia ante una eventual demanda marítima*, CNN CHILE, 16 December 2012, Ex. R-62, *Bolivia guarda sus cartas ante Chile*, 24 March 2013, LA PRENSA; Ex. R-63, *Bolivia contacta al abogado que defendió a Perú para su demanda marítima hacia Chile en La Haya*, CAMBIO 21, 22 April 2013; Ex. R-64, *Bolivia demandará a Chile ante el tribunal de La Haya para recuperar su salida al mar*, EL MUNDO, 22 April 2013).

[179] RA-11, Letter from Chile to ICSID, 22 July 2013, p. 2.

[180] RA-11, IBA Guidelines, Part II, ¶ 3 (defining the "Orange List").

[181] *Id.*, § 3.1.2 (emphasis added).

[182] Ex. R-12, Letter from P. Sands to ICSID, 5 August 2013 (emphasis added).

[183] RA-11, IBA Guidelines, Part II, ¶ 3 (defining the "Orange List").

[184] *Id.*, § 3.1.2.

V. Conclusion and Request for Relief

87. Professor Sands is without question, and justifiably, a well-respected and admired figure in the field of public international law. However, his particular professional background and personal beliefs concerning former Chilean dictator Augusto Pinochet and the human rights violations committed by Pinochet's military regime, would lead any reasonable neutral observer to conclude that Professor Sands would be ill-suited to serve as an arbitrator in a case in which the claims derive directly from actions committed by the Pinochet regime, and in which Claimants are seeking moral damages precisely for actions by the Pinochet regime. Professor Sands' perception would necessarily suffer an *actual* bias, in Chile's view. But at a minimum, his involvement in this particular case, given his particular background and history, would create a *perception* of bias. How could an arbitrator who has so frequently, vigorously, and publicly expressed his opprobrium of the Pinochet regime, fairly sit in judgment of actions committed precisely by such regime?

88. Chile has always believed that, irrespective of the fact that it was actions by the Pinochet regime that spawned Claimants' claims, it had compelling jurisdictional objections and merits defenses to the case *qua* investment dispute. Therefore, and much as Chile itself deplores and condemns the abuses of the Pinochet regime, Chile did not consider the human rights aspects to be an essential part of the case, and for that reason always has resisted Claimants' efforts to characterize it as a human rights case. At the same time, Chile is entitled to a tribunal composed of arbitrators who can approach the case as a legal matter involving an investment dispute, rather than view it through the prism of its historical and ideological background, or the characteristics and excesses of the particular regime that committed the acts that gave rise to the relevant bilateral investment treatment claims. Chile doubts — reasonably, in its opinion — that any person with deeply felt personal convictions about General Pinochet and his dictatorship would be able to focus solely on the relevant legal issues, and to disregard the overall context and background of the dispute, or the fact that the principal claimant is a natural person who was himself persecuted on an individual level by the Pinochet regime.

89. Chile laments having to mount a formal challenge against Professor Sands. However, for the reasons articulated above, it feels that it has no choice but to do so. This long-running case has had a very high public and political profile from the beginning, and is maintaining such a profile to this day. It is therefore particularly important, for the sake of the integrity of the proceeding and of the public perception of the legitimacy of the resulting judgment, that each of the three arbitrators in the case be devoid of any attribute or characteristic that would lead a reasonable observer to question the arbitrator's impartiality and motivations.

90. This particular case is also attracting significant attention precisely due to its longevity and the controversy that has always surrounded it. It would thus be especially unhelpful to the public perception of the case — and of ICSID and investment arbitration generally — if a person with a background such as that of Professor Sands were to be a member of the resubmission Tribunal in the *Pey Casado* case. This is precisely the type of arbitrator-related situation that is increasingly being perceived as anomalous by many objective observers and critics of the investment arbitration system.

91. In this particular case, the appointment of Professor Sands would inevitably lead to doubts and concerns regarding his impartiality, and the integrity of the eventual award, at a time when the investment arbitration system is already beset by widespread doubts concerning arbitrator conflicts. In a case as controversial and publicized as this one, it behooves all involved for the composition of the resubmission Tribunal to be impeccable — beyond any question or doubt. Given the foregoing, for an emblematic Pinochet-related case, is it too much to ask for three arbitrators with no personal history concerning Pinochet?

92. For the reasons articulated above, the Republic of Chile requests that Professor Sands be disqualified as an arbitrator in the resubmission proceeding of the *Pey Casado* ICSID arbitration.

Respectfully submitted,

Paolo Di Rosa
Gaela K. Gehring Flores

Doc. num. 24

Professor Philippe Sands QC

Aurelia Antonetti and Paul-Jean LeCannu
Legal Counsel
International Centre for Settlement of Investment Disputes
1818 H Street, N.W.,
Washington, D.C. 20433 U.S.A.
By email

10 January 2013

Dear Aurélia and Paul-Jean

Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c.
République du Chili (Affaire CIRDI No. ARB/98/2)

Many thanks for your email of 6 January 2013, together with attachments, including the formal challenge to my sitting as arbitrator in these proceedings.

I have reviewed the attached letter (of 18 December 2013) with care and attention, and do not consider that it sets forth the basis for a successful challenge to my continued role as arbitrator. In so concluding I have had regard to the ICSID Convention and the substantive issues likely to be raised in the limited phase of these proceedings (they do not appear to be concerned in any way with the issue of the immunity of a former head of state in criminal proceedings before a national court, the matter to which my past professional activities and views cited have been directed).

Nevertheless, I consider the proper approach is to allow these proceedings to continue without the distraction posed by my involvement. The interests of the parties and the ICSID system should always be to the fore, all the more so in a case such as this, with its unique history.

These proceedings involve only a very limited phase (quantum, following the findings on jurisdiction and liability). They can and should be addressed expeditiously and without undue distraction, as I expected to be the case when I accepted appointment. It hardly seems appropriate to expend undue effort in taking the matter raised by the Claimant to decision. This is all the more so where the Respondent has raised issues that would require correction and/or response by reference to information that is subject to professional confidentiality (and could not be provided without permission obtained from third parties, which in certain respects would certainly not be granted).

In preparing my letter of 11th September 2013 I took great care to avoid any suggestion as to which party (if either) had leaked material to the press, by adopting a neutral form of words. The fact that the Respondent has interpreted my words in a different way merely serves to underscore the likelihood of further difficulties along the way.

For these reasons, and in the face of a formal challenge, stepping aside is the proper course. I regret that the Claimant will be required to appoint a new arbitrator, but am happy to avoid adding to the burdens of my two esteemed co-arbitrators.

I take the opportunity to express the hope that the parties might in due course reach a satisfactory outcome in these lengthy proceedings, and thank Aurélia and Jean-Paul for their excellent assistance.

Yours sincerely,

Philippe Sands

UCL FACULTY OF LAWS University College London Bentham House Endsleigh Gardens London WC1H 0EG
T +44 (0)20 7679 4758 F +44 (0)20 7679 3933 E p.sands@ucl.ac.uk www.ucl.ac.uk/laws/sands

MATRIX Griffin Building Gray's Inn London WC1R 5LN DX 400 Chancery Lane London
T +44 (0)20 7404 3447 F +44 (0)20 7404 3448 E philippesands@matrixlaw.co.uk

Doc. num. 25

Coromin Ltd v AXA Re & Ors, Court of Appeal - Commercial Court, November 30, 2007, [2007] EWHC 2818 (Comm)

Resolution Date: November 30, 2007

Issuing Organization: Commercial Court

Actores: Coromin Ltd v AXA Re & Ors

Id. vLex: VLEX-52637262

Link: http://vlex.com/vid/folio-887-of-2006-52637262

Text

Neutral Citation Number: [2007] EWHC 2818 (Comm)

Case No: FOLIO 887 OF 2006

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

QUEEN'S BENCH DIVISION

COMMERCIAL COURT

Royal Courts of Justice

Strand, London, WC2A 2LL

Date: 30/11/2007

Before :

THE HONOURABLE MR JUSTICE COOKE

- -

Between :

- -

- -

Mr Simon Bryan QC and Mr Stephen Houseman (instructed by Ince & Co) for the Claimant

Mr Richard Millett QC and Ms Philippa Hopkins (instructed by Clyde & Co) for the Defendant

Hearing dates: 19-22, 26 November 2007

- -

Judgment

Mr Justice Cooke :

Introduction

1. The Claimant ("Coromin") is the Bermuda-based captive insurer for the worldwide operations of the FTSE 10 mining company Anglo American Plc ("Anglo"). In these proceedings, Coromin seeks a declaration that it is entitled to be indemnified by certain reinsurers (the "Reinsurers") who together form about half of the subscribing stamp of various layers of the annual Anglo Global All Risks reinsurances excess of US $50 million up to US $1 billion reinsuring (through Coromin) Anglo assets worldwide for the period 30 June 2004 to 30 June 2005 (together "the Reinsurances"). In the case of Chilean assets with which this action is concerned, Coromin itself reinsured a local fronting company but nothing turns on this, as materially the same policy terms and conditions governed all the relevant insurance, reinsurance and retrocession covers.

2. Coromin claims an indemnity arising out of an incident which occurred on 31 March 2005 at a copper mining and processing facility ("the Concentrator Plant") in Northern Chile which forms part of the fourth largest copper mine in the world, and which is owned and operated by the original insured, Compania Minera Dona Inés de Collahuasi ("Collahuasi"). Collahuasi was and remains owned as to 44% by Anglo.

3. Collahuasi mines and mills copper sulphide ores to concentrate, and mines and leaches copper oxide ores to produce cathodes. Collahuasi's facilities include a permanent accommodation complex, the Concentrator Plant, a solvent extraction-electrowinning ("SX-EW") plant and a 200 km pipeline to transport concentrate from the mine to the port of Punta Patache. The mineral from the mine is processed in a rotating crusher and then sent by conveyor belts to coarse mineral storage where it is treated in three separate grinding lines. Two of the lines comprised semi-autogenous ("SAG") mills measuring 32 x 15 feet and a ball mill measuring 22 x 35 feet. The third grinding line, which was added as part of an expansion project described below (known as "Line 3"), comprised a SAG 1011 mill (40 x 20 feet) ("the Mill") and 2 other ball mills, which accepted the product from the SAG Mill before passing the mineral into the flotation process.

4. The Mill, which has a treating capacity of 60,000 tons a day, includes a 21,000 kW (21MW) gearless Mill Drive System consisting of a SAG Mill Motor and associated parts (``the Motor''), which lies at the centre of the dispute.

5. Line 3, which included the Mill, formed part of an expansion programme undertaken by Collahuasi during 2001-2004 known as the Ujina-Rosario Transition Project ("the Project"). The Project involved the entering into of a number of associated contracts between Collahuasi and its respective suppliers/contractors. These included:

i) A contract for the purchase of the Motor, two ball mills and associated components signed on 16 September 2001 by Kvaerner Metals E&C acting as agent for Collahuasi, and by ABB Industrie A.G. ("ABB"), which was entitled "Purchase Order 141R-RE0001-01 Gearless Drives", and which incorporated specified documents as part of that contract (together "the ABB Purchase Order").

ii) A contract between Collahuasi and Bechtel Chile Limitada signed on 8 May 2002 and entitled, "Engineering, Procurement and Construction (EPC) Contract Concentrating Expansion and Associated Works - On Shore - for Services in Chile" and a contract between Collahuasi and Bechtel International, Inc. also signed on 8 May 2002 and entitled "Engineering, Procurement and Construction (EPC) Contract Concentrating Expansion and Associated Works - Off Shore - for Services outside Chile" (together "the EPC Contract"). By the terms of these two contracts, they were to be treated together as one contract.

6. On 31 March 2005 the Mill stopped, due to a failure in the Motor manifesting itself in (amongst other matters) damage to the stator which was part of the Motor ("the Incident"). The stator was temporarily repaired on site, and temporary operation was restored on 29 April 2005, although this provisional repair suffered two main failures, one in March 2006 and another in November of the same year. The damage to the stator required its replacement by a new stator, which took place between January and March 2007. By reason of the Incident, Collahuasi suffered Physical Damage ("PD") and Business Interruption ("BI") losses which it claimed against the fronting company for Coromin in Chile. Both the fronting company and Coromin have accepted liability and Coromin now claims against the Reinsurers for substantial losses amounting to about US $57 million, excess of Coromin's own deductible of US $50 million. A number of reinsurers on the same stamp as the Reinsurers in this action have accepted liability.

7. It is common ground between the parties to this action that the Incident was caused by a failure within the Motor which drives the Mill and that this was the result of a design defect. It is also common ground that the PD element of this could only be the subject of cover under the Electrical or Mechanical Breakdown Extension to the policy (the "EMB Extension").

The Reinsurances

8. The Reinsurance was in the form of a global policy covering Anglo's worldwide operations and was not drafted with a view to any particular asset or contract. It was an ``All risks'' property cover with an exclusion for damage or business interruption caused by a defective condition due to design defect but with an additional Extension (the EMB Extension) which reintroduced that element of cover (along with other extensions), with a form of wording on which the dispute centres. The Commercial Combined Insurance Policy (CCIP) wording includes the following:-

"1.1 INSURED

ANGLO AMERICAN PLC (elsewhere in this Policy referred to as the "Named Insured") and their owned and controlled and associated and affiliated and subsidiary companies or corporations and joint venture partners as they are now constituted or lender or mortgagee or minority shareholder, as their respective rights and interests may appear.

...

1.3 LOCATION OF PROPERTY AND OPERATIONS INSURED/TERRITORIAL LIMITS

This Policy insures Property, operations and activities located anywhere in the world.

1.4 PERIOD OF INSURANCE

30th June 2004 to 30th June 2005, both days inclusive at 12.01 am local standard time at the location of the Property, operations or activities insured.

1.5 INTERESTS INSURED

SECTION A - PROPERTY DAMAGE INSURANCE

Section A insures real and personal property against direct physical loss, destruction, damage and electrical or mechanical breakdown, all as more fully defined in the Policy Wording.

SECTION B - BUSINESS INTERRUPTION INSURANCE

Section B insures against loss resulting from the interruption of or interference with the Business and against Extra Expense, Outstanding Debit Balances and Contingent Business Interruption, all as more fully defined in the Policy Wording.

1.6 LIMITS OF THE INSURERS' LIABILITY

SECTION A - PROPERTY DAMAGE INSURANCE

As stated in the attached Schedule of Limits and Sublimits.

SECTION B BUSINESS INTERRUPTION INSURANCE

As agreed by the Insurers, but subject to indemnity period 24 months....

...

2. DEFINITIONS APPLICABLE TO ALL SECTIONS

The following words or expressions shall have the meaning attached to them wherever they may appear in the Policy, unless the Insurers agree to the contrary.

2.1 BUSINESS

"Business" shall include all operations and activities of the Insured...

...

2.2 DAMAGE

"Damage" shall mean any direct physical loss, destruction or direct physical damage not specifically excluded by this Policy.

2.3 BUSINESS INTERRUPTION

"Business Interruption" shall mean loss as determined under Section B due to interruption of or interference with the Business in consequence of Damage.

...

2.5 PROPERTY

"Property" shall mean real and personal property of every kind and description, except where specifically excluded or qualified in this Policy, including but not limited to property owned by the Insured; .....property whilst in the course of construction, renovation, installation, erection, assembly, testing or commissioning;

...

3. EXCLUSIONS APPLICABLE TO ALL SECTIONS

This Policy does not cover Damage, or Business Interruption....

3.4 caused by or resulting from a defective condition due to a defect in design, plan or specification, materials or workmanship, but this exclusion shall not apply to the remainder of the Property which is free of such defective condition;

4.1 ACQUISITIONS AND DISPOSALS/PREMIUM ADJUSTMENT

In the event of the Insured acquiring any company or asset after the inception date, coverage under this Policy shall automatically apply to such company or asset, subject to:

A. (i) advice of such acquisition, or of any disposal of any company or asset, being given to the Insurers within 30 days where the asset values of such acquisition or of any disposal exceed US $100,000,000 in respect of any one transaction; except

...

And

B. premium adjustment and any specific Policy Conditions for any such acquisition or disposal per (i) and (ii) above being agreed between the Insured and Insurers.

...

5. SECTION A - PROPERTY DAMAGE INSURANCE

5.1 INDEMNITY TO THE INSURED UNDER THIS SECTION

Subject to the terms, conditions, limitations and exclusions of the Policy or applicable to this Section, the insurance provided by this Section covers all risks of Physical Damage occurring during the period of insurance to the Property defined in Clause 2.5 of the Policy.

...

5.4 EXTENSIONS

This Section includes the following extensions to coverage, which shall be included within the limit of the Insurers' liability specified in the Policy Schedule, unless specifically agreed by the Insurers to the contrary:

...

I. ELECTRICAL OR MECHANICAL BREAKDOWN [The EMB Extension]

1 Indemnity to the Insured

Subject otherwise to the terms, conditions and limitations applicable to this Section A, the Insurers agree that the insurance provided by this Section A extends to indemnify the Insured in respect of unforeseen and sudden Damage to any machinery, plant, pressure vessel or electronic data processing equipment and media in consequence of an Occurrence at the Premises resulting from

a. defective materials, design, construction, erection, installation;

...

g. fatigue;

...

s. errors, lack of skill, negligence of employees or third parties;

...

Necessitating the repair, replacement or rebuilding of such machinery, plant, pressure vessel or

electronic data processing equipment and media.

For the purposes of the coverage provided by this Clause 5.4.1, the term "Damage" shall be deemed to be extended to include unforeseen and sudden electrical or mechanical breakdown, whether or not the machinery, plant, pressure vessel or electronic data processing equipment and media sustains physical loss, destruction or damage.

The Insurers may at their option repair, reinstate or replace property lost, destroyed or damaged or pay the amount of the loss, destruction or damage.

This Section insures any such machinery, plant, pressure vessel or electronic data processing equipment and media:

i. while at work or at rest, and

ii. while being dismantled; moved or re-erected for the purpose of cleaning, inspection, repair or installation at another location within the Premises or at another Premises of the insured, provided such machinery has successfully completed it's performance acceptance test.

The phrase "unforeseen and sudden", as used in this Clause 5.4.1., shall mean unforeseen and sudden from the standpoint of the Insured.

The inclusion of newly constructed or installed plant and equipment for coverage under this Policy is subject to satisfactory completion of the following procedures:

1. Mechanical testing

2. Testing and commissioning

3. Performance testing confirming to 100% Contract Design criteria

4. Official acceptance by the Insured following formal hand over certificate procedure. (It being understood that no equipment faults or punch list items affecting operation integrity of the plant are outstanding).

However it is understood and agreed that this provision shall not apply to existing plant and equipment which is being reinstalled following removal or dismantling for the purpose of overhaul or repair or maintenance or relocation.

...

ii. Exclusions

The insurance under this Clause 5.4.1. does not cover

A. Damage:

...

ii. for which a supplier, contractor, agent or repairer is legally responsible either by law or under contract; provided that this exclusion shall not apply to coverage under Section B - Business Interruption Insurance provided that such Damage is of a type which but for the existence of the said legal or contractual responsibility would be covered under this Policy; further provided that in the event the said legal or contractual responsibility is denied and the Damage is otherwise insured under this policy, the Insurers will be liable for all insured losses arising out of the said Damage and in accordance with policy conditions will be entitled to any indemnity or reimbursement subsequently obtained from the supplier, contractor, agent or repairer.

...

6. SECTION B - BUSINESS INTERRUPTION INSURANCE

6.1 INDEMNITY TO THE INSURED UNDER THIS SECTION

If any Insured Property (or property used by the Insured) suffers Damage covered under Section A and the Business is or would have been in consequence thereof interrupted or interfered with, the Insurers will pay to the Insured the amount of the loss resulting from such interruption or interference in accordance with the provisions contained in this Section.

The insurance under this Section is limited to loss due to:

A. reduction in Turnover, and

B. Extra Expense

...

6.2 ADDITIONAL DEFINITIONS APPLICABLE TO THIS SECTION

A. INDEMNITY PERIOD:

The "Indemnity Period" shall be a period of up to 24 months, being the period during which the Business is or would have been interrupted or interfered with, for such length of time as would be required to rebuild, repair or replace the Property which has been lost, destroyed or damaged and to resolve the resulting interruption or interference, commencing with the date of Damage or interference and not limited by the date of expiration of this Policy."

9. It will be seen that the effect of the EMB Extension, when read together with clause 1.5 of the Policy and the definition of "property" in clause 2.5, is to grant cover in respect not only of unforeseen and sudden damage to any machinery or plant resulting from the defective design of any item but also to include breakdown and to give cover for the damage to that item itself, together with any loss resulting from interference with any operations and activities of the Insured in consequence of "damage", as defined both in clause 2.2 and in the EMB Extension itself. This, where a design defect is concerned, is a form of "buy-back" of cover excluded by clause 3.4. The

Reinsurers accept that, by reason of the extended definition of "property", property in the course of construction was insured under this "operating policy" so that, in accordance with clause 3.4, damage caused by a design defect, to items other than the item defectively designed would be recoverable without reference to the EMB Extension and the effect of the Extension was to bring within the cover the defective item itself.

10. The EMB Extension, in part, appears to duplicate cover already given elsewhere in the policy for causes other than design defect, which is the only one of such other causes which is otherwise expressly excluded. It extends cover however in respect of such causes to ``breakdown", as well as covering the defectively designed item itself, which is the most likely cause of breakdown.

11. In order to gain the benefit of the EMB Extension however, if the plant or equipment is newly constructed or installed, four particular requirements must be satisfied as set out in clause 5.4.1, namely "mechanical testing", "testing and commissioning", "performance testing confirming to 100% Contract Design criteria" and "official acceptance by the insured following formal handover certificate procedure". The Reinsurers say that on a proper construction of the Extension and its application to the facts here, there was no compliance with the fourth condition of "official acceptance" so that the EMB Extension does not bite. Furthermore, Reinsurers also say that, in any event, losses claimed in relation to interference in the business cannot include losses relating to a Molybdenum plant which did not exist at the time of the incident or during the policy period and was not insured for PD under the Reinsurance. The latter claim is made by Coromin on the basis that Collahuasi repaired the Motor between January and March 2007 which meant that the Molybdenum plant, constructed after the Incident, could not be operated to the capacity it otherwise would have been.

Principles of Construction

12. Both parties agreed on the principles of construction to be applied, as set out by the Court of Appeal in Absalom v TCRU [2006] 2 LLR 129 at paragraph 7, per Longmore LJ.

"(i) The aim of the exercise is to ascertain the meaning of the contractual language in the context of the document and against the background to the document. The object of the enquiry is not necessarily to probe the "real" intention of the parties, but to ascertain what the language they used in the document would signify to a properly informed observer.

(ii) The interpretive exercise must not be done in a vacuum, but in the milieu of the admissible background material. That comprises anything that a reasonable man would have regarded as relevant in order to comprehend how the document should be understood, provided that the material was reasonably available to both parties at the time (ie up to the time of the creation of the document).

(iii) However, evidence of negotiations and subjective intent are not admissible for the purpose of this exercise.

(iv) A commercial document must be interpreted so as to make business common sense in its context. But if a "detailed semantic and syntactical analysis of a word in a commercial contract is

going to lead to a conclusion that flouts business common sense, it must be made to yield to business common sense": see Antaios Compania Naviera v Salen Rederierna AB [1985] AC 191, 201 per Lord Diplock..."

13. Following that approach, the Court must do three things in this case.

i) It must examine and interpret the words of Condition 4 in their contractual context, i.e. as part of the EMB Extension and within the CCIP as a whole.

ii) It must take into account surrounding background matters.

iii) It must reject a conclusion that flouts business common sense if detailed and syntactical analysis yields such a conclusion.

The History of the Reinsurances

14. Some of the Reinsurers wrote this account on terms which included the EMB Extension from at least 2002 onwards, although at least one Reinsurer first wrote the risk in the 2004-2005 year. In an endorsement dated 1 November 2002, it was noted and agreed by reinsuring underwriters for the June 2002-June 2003 policy that there was a major expansion project at Collahuasi. The endorsement referred to a separate Construction All Risk (CAR) policy in force which would cover the existing property for a limit of $10 million each and every loss subject to US $20 million in the aggregate, with the 2002-2003 global operating policy picking up any losses to existing/surrounding property in excess of that limit. The Reinsurers also noted and agreed that, effective 1 October 2002, new works which had already been finished as part of the project were included for a value of US $41,791,415 with additional premium to be calculated pro rata, payable at expiry of the policy. The Underwriters agreed to waive advice and automatically cover future finished works and property in connection with the project.

15. In a schedule to the 2003-2004 reinsurance the following appeared:-

"Major projects:

In progress

Base Metals - Collahuasi Chile - there is a separate construction all risks policy in force which will cover existing property for a limit of US $10 million each and every loss subject to US $20 million in the aggregate; with this policy picking up any losses to existing/surrounding property in excess of this limit."

16. The 2004-2005 renewal slip was preceded by the usual structured pattern of placement. In or about November a team from Marsh, the brokers, would meet with representatives of Anglo and Coromin to discuss placement of the global programme with effect from 1 July the following year. A questionnaire would be completed by each Anglo company (and returned by the end of January) which included up to date statistics on each company to be included under the global operating programme and the Property Damage and Business Interruption values as at 31 December. It is these values, as at 31 December 2003, which were used by the Reinsurers for

rating the Reinsurances. The figures both for Property Damage and Business Interruption were therefore historic "actuals".

17. Meetings were held with prospective markets in March and April, attended by Marsh, the incumbent market and any reinsurers who had expressed an interest in participating on the global programme and any new markets which Marsh wished to introduce to Coromin. A presentation would be given by a representative of Anglo/Coromin at the meetings and a copy of the presentation and of the Insurance Underwriting Information Report was given to each attendee. There would then be follow up meetings to deal with any questions raised by potential Reinsurers and Marsh would prepare and circulate to interested Reinsurers a draft slip and supplementary information such as asset schedules and "As If" loss information. As part of the reinsurance underwriting information for 2004-2005, which was extensive, appendix 1 included figures at 31 December 2003 for Collahuasi of $718.042 million for property values and $462.261 million for Business Interruption. These values were scaled for the participation of Coromin. The combined PD and BI values in appendix 1 therefore totalled $1,180.304 million as compared with $660.293 million as at 31 December 2002. The Business Interruption figures represented turnover less variable costs in the twelve months period ending on 31 December 2003. (In appendix 2 the anticipated turnover for 2004 for Collahuasi was set out at $925.104 million.) In the underwriting information supplied to the 2004/2005 Reinsurers, Collahuasi appeared as Anglo's sixth most valuable asset. The report referred to the Rosario Project at Collahuasi as being on budget and scheduled to complete in 2004. The figure of $288 million was attributed to Anglo's share in the project.

18. This global operating policy covered assets in excess of 300 different locations and the total premium payable to all Reinsurers on the slip was of the order of $23 million. Nonetheless Reinsurers were on notice as to the scale of the Collahuasi asset and of the Project which was due to complete sometime in 2004. It is undisputed that the assets would automatically attach for the purposes of the EMB Extension under the 2003-4 or 2004-5 policy at the time when the EMB conditions were met, if they ever were. At the end of the year it appears that there would be premium adjustment in relation to any increased property values but there was no evidence as to how, if at all, this might work for BI figures.

19. In August 2004 the Reinsurers scratched an endorsement which stated it was "for information purposes only". That endorsement referred to the Collahausi-Ujina Rosario Transition Project as "nearing completion and is in the progress of being handed over on a staggered basis with the bulk of the value attaching by the end of September 2004". Increased values were given for the PD and BI sections of the policy for Collahausi, as compared with the total value declared in the policy underwriting information. PD value was given as $823.5m and BI as $432m with a total of $1,255.5m which was expressly stated to be $75.196m greater than the previously declared total values, as at 31 December 2003 (although the BI figure had diminished). The endorsement included a valuation in respect of the Mill within the figure for the Concentrator and stated that the increase in values would be reflected in the year end adjustment.

20. The endorsement referred to an updated underwriting report prepared by Marsh, Chile dated April 2004 which described the future operating conditions of the plant once the project was completed, as available upon request. Two Reinsurers (Scor and Arch) requested and obtained a copy of this document. Two Reinsurers (Scor and Partner Re) also included "subjects" on the

Endorsement, one of which asked for the exact dates corresponding to the various handover stages of values into the programme. It is accepted that the subjects added nothing to the requirements of the EMB Extension conditions or made no difference on the facts here, whether or not the Reinsurers were entitled to impose subjects. The response to the question on dates was given by Marsh on 10 September 2004, referring to the concentrator handover date as 12 August 2004, a date which does not readily fit with any of the documentary evidence.

21. The Marsh underwriting report to which reference was made in the Endorsement descended into considerable detail about the Ujina Rosario Transition Project, saying that the Project values would be incorporated into the insurance (and thus the reinsurances) as the facilities started commercial operations. The report referred to the SAG Mill as part of the third grinding circuit, together with two parallel ball mills. It informed the reader that Metso was the manufacturer of the mills and that ABB was the manufacturer of the ``wrap around'' gearless drives for those mills. It referred to the grinding line as designed to treat 2800 tonnes per hour and stated that it was expected to reach design capacity in August 2004. It referred to a major failure of the SAG Mill affecting its gearless drive as a potential loss event with a repair time not exceeding 16 weeks, but curtailing 50% of the total concentrate production for that period, with a total estimated loss of $116 million.

22. It was not until long after the end of the 2004/2005 policy year that an endorsement was issued amending the 2005/2006 policy to include a new Molybdenum Plant which was to begin operation on 18 November 2005. By later endorsements the attachment date was changed to 15 December 2005, with some Reinsurers making it clear that no coverage was being given by that endorsement for that policy year in respect of any loss event occurring prior to the attachment date or any cause of loss occurring prior to that date. By this time, Reinsurers had seen a report from the Loss Adjusters, Crawfords, which stated that the PD to the Motor would give rise to BI losses in respect of the Molybdenum plant and these particular Reinsurers were seeking to protect their position in respect of that loss, so far as they could, in relation to any claim on the 2005-6 policy year.

23. The Endorsement reads as follows:

"It is noted and agreed that effective 31 October 2005...this reinsurance is amended insofar as follows:

Collahuasi are completing the construction of a new Molybdenum plant...

The plant will begin operation on 31 October 2005 and underwriters hereon agree the addition of the plant to the programme.

Additional premium to be included in premium adjustment at expiry."

From the exchanges of correspondence between Marsh and one of the Reinsurers (CCR) it appears that 31 October was the date of provisional acceptance, by which it was stated that the testing and commissioning on the policy would have been met. Official acceptance of the plant was to occur on 18 November. Between those two dates outstanding snagging list issues would be completed which were said not to affect the operational integrity of the plant. The values

referred to in the endorsement were US $14 million for Property Damage and US $48.5 million annual gross profit for Business Interruption, as scaled for Coromin's participation. By way of information, Reinsurers on that year were told that there was a separate Contractors All Risks (CAR) policy with no advanced loss of profits cover in force until the beginning of the operation and that no claims had been reported to that policy.

24. That endorsement was rebroked, following information given by Marsh to CCR, changing 31 October to 18 November, the date of "official acceptance" as referred to in Marsh's email. In due course a further endorsement was broked changing the date once again to 15 December 2005 in the following form:-

"It is hereby noted and agreed by Underwriters that in respect of the Molybdenum plant, testing and commissioning had been completed successfully and accordingly this plant attaches to the main policy hereunder with effect from 15 December 2005....

Underwriters further note that values (Property Damage US $27.904 million and Business Interruption $96,969,790) in respect of this plant are included in the overall total insured values declared under this policy."

25. Reinsurers rely upon these exchanges and alterations in the broking of the endorsement in relation to construction of the EMB Extension. Not only is this an inadmissible aid to construction of the earlier policy but it also provides no help in any event. At the time when this endorsement was being broked, the issues which are the subject of this action had already arisen and Reinsurers were acting with a view to protecting or furthering their own interests, whether in relation to the PD claim on the SAG mill in general or the BI claim in relation to the Molybdenum plant in particular.

The Mill and the Motor

26. There are a number of different descriptions of the Motor and the Mill in the documents presented to the court. I was shown diagrams from the loss adjusters' reports and had the benefit of evidence from Mr O'Rourke, the project manager for Bechtel of the Collahuasi Ujina Rosario Project under the EPC Contract. Evidence was also adduced in the form of a statement of Mr Fraser, Collahuasi's Project Manager during the engineering and construction phase of the Project, with specific responsibility for the Concentrator Plant, which included the Mill. I also heard from the expert instructed by Coromin, Ekkehard Hettler, who was both a qualified engineer and had over 30 years experience in the insurance of large projects, both as Constructors All Risks insurance (CAR), Civil Engineering Completed risks, Erection All Risks and Mechanical Breakdown and Business Interruption and loss of profits insurances.

27. Mr O'Rourke described the Mill as made up of a number of separate items of equipment, including the gearless drive and associated parts. The two essential parts of the gearless drive are the Stator and the Rotor. The Stator fits around the Rotor with an air gap between the two when the Mill is in operation. The Rotor consists of a series of magnetic poles so that the Rotor is driven electromagnetically by the Stator coil which is attached to the Stator casing using key bar supports and key bars. The poles of the Rotor are bolted to the mill drum so that, as the Rotor is driven by the Stator, the Mill itself rotates in order to effect the grinding process to reduce large

rocks into smaller product for further grinding and the concentration process. It was ABB who provided the Stator and Rotor, described as a "SAG Mill Motor" in the purchase order/contract referred to in paragraph 5(i) of this judgment (the Motor). Other items were provided by ABB in connection with the Motor, as appears from the Turnover Package, whilst the Vendor End of Service notification from Metso Minerals shows its responsibility for the Mill drum and other items in the Mill supplied under a separate contract with Collahuasi. Various other contractors supplied screens, conveyors, under hung cranes and top running cranes all under contract with Collahuasi. Mr O'Rourke's evidence was clear as to the allocation of responsibility amongst these contractors for these identifiable items, whilst Bechtel remained responsible for the overall engineering procurement and construction of the project, acting as agent for Collahuasi in the purchase of manufactured items. Thus ABB gave a separate guarantee, in respect of the Motor and other equipment supplied by it, from guarantees given by other suppliers or obligations undertaken by Bechtel.

28. In the loss adjusters' fourth report the position was described thus:-

"3.0 DESCRIPTION OF THE AFFECTED PROCESS

3.1 Production Increase Project.

As part of the expansion program of the Compania Minera Collahuasi, a study was performed in 2001 for a project involving the construction of a new Sulphide Crushing Production Line for the gradual closing of the Ujina mine and the opening of the Rosario Mine.

For these purposes, the Production Line No 3 was started up and tested by the end of March 2004, thus doubling the productive process. It was in this production line where the now damaged SAG Mill 1011 was installed.

The basic engineering design project for this expansion process was designed by Bechtel Engineering and installed by Ingenieria y Construction Sigdo Koppers S.A.

The SAG Mill 1011 was manufactured by ABB, with the participation of Alstom in the fabrication of the driving system and Metso Corporation in the frame, among other contractors and subcontractors.

...

4.0 DESCRIPTION OF THE EQUIPMENT

4.1 Structuring

The grinding equipment is mechanized by a three phase salient pole synchronous annular motor of projecting poles. Its rotor has 76 poles attached to the mantle of the mill. The Rotor winding is fed by a static excitation system, the current intensity that is transmitted through carbon brushes and slip rings.

The Stator is formed on the inner surface of a Magnetic Core and is mounted on three circular

metal segments or rings placed peripherically within the axial length of the stator. The stator winding is inserted into the radial slots.

The Magnetic Core is attached to the frame by bars that have a section with the shape of a "dovetail", which are evenly distributed in the Magnetic Core outer perimeter. These bars as well as the magnetic core are attached through the support plates, which are welded to the stator outer frame."

29. Mr Hettler described the motor, designed and supplied by ABB as, in technical insurance terms, "a key item" or "prime mover" which therefore constituted the engineering risk in the Mill. He compared it to a tractor pulling a heavy duty trailer, the motor being the tractor and the mill the trailer. He pointed out that, instead of driving a mill, the motor could also drive a compressor, a centrifugal pump, an air blower or other machinery although it was tailored for this Mill. He considered the Motor and the Mill as separate items for insurance purposes, with the risk, from an insurance point of view, lying in the Motor from a mechanical and engineering perspective.

30. In his first report, the expert instructed by the Reinsurers, who had, according to that report, read at least two of the loss adjusters' reports, including the one to which I have just referred, the various contracts and the witness statements, concluded that the terms of the EMB Extension should be applied to the Mill as a whole and not simply to the Motor. He said that it was clear to him that it was acceptance under the EPC Contract which mattered, not acceptance under the ABB Purchase Order, and that until the Mill as a whole was in place, it was impossible to ascertain whether the requisite testing and standards had been met for the purpose of the EMB conditions. He said it was not possible to analyse or accept isolated pieces of equipment outside the context of the Mill as a whole. He had no engineering qualification but had extensive experience in the writing of construction risks and was responsible for a department which wrote both construction and erection risks. He did not himself write erection risks nor loss of profits or Business Interruption insurance. He agreed that the writing of breakdown cover was a specialist risk and that he was not an expert in that.

31. In paragraphs 11-14 of his report, he described the loss in this way, telling the court that his understanding was derived from documents which he could not now identify, but which must have included the loss adjusters' reports I have already referred to:

"..the claim for PD and BI losses arises out of purported damage to the Stator and Rotor of SAG mill 1011 at the Collahuasi mine on 31 March 2005. The claim is for the cost of a replacement Stator for the SAG mill and the associated reduction of revenue during the repair and replacement time...it appears that the fundamental cause of the loss is unlikely to be in question. My knowledge of the loss is quite basic but I understand the Stator of the SAG mill (by which one end of the mill's drum is surrounded) is comprised of a frame and magnetic core. The frame includes the key bar/hanging plate system by which the frame is connected to the magnetic core. The loss resulted from the progressive breakage of the key bar support plates in the static structure causing the magnetic core to twist/deform under the magnetic forces applied, leading to contact with the Rotor. I believe the root cause of the loss is a fundamental lack of rigidity in the Stator, attributable to defective design and so called workmanship of the magnetic core in that it should have been sufficiently rigid of itself. The insufficient rigidity of the Stator led to pressure on the key bar supports and their inevitable breakage and the twisting/deforming of the core leading

to contact with the Rotor. ..It appears to be agreed by each of the relevant parties that the Stator as a whole needs to be replaced."

32. Having read each other's reports, the experts met in accordance with a court order and produced a joint memorandum in the following terms:-

"2.The only areas of agreement they were able to identify were:-

i.That the Motor is a separate and discrete piece of equipment that falls to be treated as such under the EMB Extension;

ii.That item 1 (Mechanical Completion), item 2 (Testing and Commissioning) and item 3 (Performance Testing) in the EMB Extension were satisfactorily completed in respect of the Mill and the Motor prior to inception of the CCIP on 30 June 2004."

That documented agreement was signed one day after the experts' meeting.

33. In his supplementary report about one month later, the expert instructed by the Reinsurers said this:-

"4. I now believe that I went too far in agreeing paragraph 29(i) of the Joint Memorandum. I agreed the paragraph on the assumption that the Motor was a separate 'stand alone' piece of equipment and could be operated and tested independently. I now understand, having considered the documents listed above, that the Motor (which is comprised primarily of the rotor and stator) cannot be fully or tested without being attached to the rest of the mill (what I refer to as the drum). In fact I understand that the Motor could not even be turned-over, or rotated, without being attached to the drum. That drum was, I understand, supplied under a separate Purchase Order. The statement of Mr O'Rourke at paragraphs 15 to 20 is helpful in making clear the relationship between the Mill and the Motor. Mr Fraser's statement, at paragraphs 19 and 20, is also helpful in understanding how the mill was comprised of a number of different items but which were operated and tested together once they were all in place. Both of these statements were exhibited to my initial Report."

The Relevance of the Evidence

34. I have already referred to both the factual and expert evidence which I heard. Reinsurers adduced no factual evidence nor evidence of underwriting approach, save that which appeared in the evidence of their expert who had little to say on the subject which was of any help to me, because he had no expertise in writing breakdown, loss of profits or Business Interruption covers. Mr Hettler had such expertise but there were only three areas where his evidence was of any real assistance. He was able to speak of the general underwriting approach to insurance on EMB or similar terms and to say what an underwriter would be interested in when writing the risk. His evidence as to interest in the "prime mover" which constituted the major engineering risk fell into this category. Secondly, he was able to speak of the inter-relationship between CAR and Operational Policies and how the four requirements of the EMB Extension might or might not tie in with CAR policies. In this connection I was shown the Report of the Advanced Study Group 237 on Insuring Industrial and Process Machinery, published by the Insurance Institute of London

in 2000, upon which he was cross-examined. Thirdly, he was able to explain how BI underwriters approached underwriting and how they would have regarded the information given to them by Marsh when assessing the risk.

35. Whilst Coromin made much of the agreement reached between the experts and the Reinsurers' expert's retraction of such agreement and also of an admission by him under cross-examination that both contractually as well as physically, a distinction was being drawn between the Motor and the Mill in the handover procedures, the expert evidence was, save in the areas I have mentioned, inadmissible. Whilst both the experts and the witnesses of fact trespassed on areas for the court's determination, whether on questions of construction or application of the EMB terms, there were important areas of factual evidence covered by Mr Fraser and Mr O'Rourke. They gave evidence in relation to the testing and acceptance of the Mill and the Motor under the various contracts and of the issue of certificates and other documentation in relation thereto.

The Application of the EMB Conditions

36. There are few if any material factual disputes between the parties to these proceedings. Mr O'Rourke, Bechtel's project manager, was cross-examined and Mr Fraser, Collahuasi's project manager, produced a statement which was admitted in evidence because his ill health prevented his attendance. The broad effect of their evidence was that, at the very latest, all the criteria required by the EMB Extension were met by 27 June 2004 because the Mill was handed over by then, was fully operational and had satisfied all contractual performance criteria of any relevant contract. Mr Fraser described the handover of the project as "one of the best controlled, best certified and smoothest start ups and handovers" that he had ever experienced in his 50 years in the industry. Whilst their evidence of fact was useful, opinions expressed by him, by Mr O'Rourke and both experts as to whether or not the EMB Extension conditions had been met were not. That, of course, is a question for the court, not for them.

"Newly Constructed or Installed Plant and Equipment"

37. Whilst there was some debate about these words, this first issue was ultimately a non-issue. The words have their ordinary and natural meaning but, for practical purposes, as both parties accepted that the four conditions had to be met before plant or equipment attached to the Reinsurance, the focus of the argument turned to the fulfilment of those conditions. If those conditions were fulfilled in the 2003-2004 year, then the relevant plant or equipment would attach in that year; if in the 2004-2005 year, then it would attach in that policy year; if the conditions were not fulfilled there would be no attachment.

The Mill or the Motor

38. The second issue which falls for decision is whether or not the EMB Extension conditions are to be applied to the Mill as a whole or can be applied to the Motor. Coromin maintains that the requirements should be applied to the Motor and that if that is done, it can be seen that the requirements are satisfied. The Reinsurers maintain that the conditions must be applied to the Mill as a whole but advance no positive case in relation to fulfilment of the requirements, should they properly be applied to the Motor. If the conditions fall to be applied to the Mill, then it is

accepted by the Reinsurers that "mechanical completion", "testing and commissioning", and "performance testing" were all done in accordance with the EMB Extension prior to 30 June 2004 and that the only issue which falls for determination is whether or not there was "official acceptance by the Insured following formal handover certificate procedure". Coromin maintains that, even if the conditions have to be applied to the Mill (as opposed to the Motor), this condition was satisfied on 30 April 2004 or 4 May 2004. Reinsurers say that this condition could only be satisfied when a "Definitive Acceptance" ("Definitive Reception" in translation) was given, which could only be done 365 days after the date of Provisional Acceptance ("Provisional Reception"). That could not have occurred before 30 April 2005 at the earliest, after the incident on 31 March 2005.

39. Whilst it is clear that the policy terms, and the EMB Extension in particular, were not drafted with any particular asset or construction contract in mind, it is not possible to apply the terms and requirements of the EMB Extension without regard to any relevant construction contract, because the third condition requires "performance testing confirming to 100% contract design criteria". Furthermore, "official acceptance by the Insured following formal handover certificate procedure" clearly envisages some form of authorised acceptance, the issue of certificates and some formality in handover, which are likely to be governed by a contract. Whilst the court is concerned with questions of fact as to whether the EMB conditions were met, some of those conditions have to be considered by reference to the underlying contractual situation.

40. It is worth pointing out that defective design is only one of 20 different causes referred to in the EMB Extension. The citation of the clause in this judgment lists only 2 others but there is a series of potential causes, including vibration, maladjustment, misalignment, loosening of parts, abnormal stresses, centrifugal force, self-heating and many others. The purpose of the four conditions is, as was recognised on all sides, with varying degrees of emphasis, to avoid cover for the erection and testing risks of new plant, which due to its high exposure to damage could or should be insured under CAR/EAR and associated loss of profits policies. The potential for mismatch is the subject of discussion in the Report of the Advanced Study Group (number 237) of the Insurance Institute of London in 2000, in which four similar conditions to those in the EMB Extension are set out as a specimen for dealing with such an issue.

41. Such generalisations do not assist very much in the construction or application of the EMB Extension. Coromin contend that the Motor is a discrete piece of equipment, the function of which is to drive the Mill in order to cause the drum to rotate and to crush and grind the raw material fed into it from the production line. The Motor works in conjunction with the Mill but this does not mean that the EMB conditions must be satisfied in respect of all of the Mill in order for coverage to be provided for the Motor. Coromin draws attention to the installation, testing, commissioning and handing over to Collahuasi of the Motor by ABB under the ABB Purchase Order, as compared with the other non-motor parts of the Mill which were bought from separate suppliers, including the other grinding mechanisms which were bought from Metso. If the parts have separate contractual installation, testing, commissioning and acceptance regimes, that is the clearest indication, it is said, that the EMB Extension conditions can be applied to those parts. Coromin submits that all the contractual and technical documentation treats the Motor as a distinct item, separate from the Mill, and that reference should therefore be made to the ABB contractual position in order to assess whether there has been compliance with the four EMB Extension requirements.

42. By contrast, Reinsurers submit that Coromin's case is an artificial construct. Reinsurers contend that it is wholly contrived to separate out the Motor in this way and the question is whether the Mill as a whole or the grinding line of which it forms part, had satisfied the four requirements. Reinsurers submit that the question whether the conditions apply to the Mill or to the Motor, whether they are severable and where one piece of equipment ends and another starts, are questions of construction of this policy wording and application to the true facts. Expert opinion does not assist. The common sense answer, according to Reinsurers, is obvious. The Motor is part of the Mill and is no use to Collahuasi on its own. Collahuasi was only interested in having a working mill, not in whether or not individual parts worked on their own. It was the whole and not the parts that interested Collahuasi and the existence of any particular contract or sub-contract for a particular part does not mean that the EMB Extension requirements apply to that individual part. The procurement of the Mill as a whole was the responsibility of Bechtel and it is the Bechtel contract to which regard must be had for the testing, commissioning and acceptance regime.

43. Reinsurers submit that the Motor was not installed separately but was installed as part of the Mill and that the Acceptance Certificates (Reception Certificates), which were issued under the EPC Contract were in respect of the Mill as a whole and not the Motor, and "official acceptance" must be assessed by reference to that contract. Furthermore, Reinsurers maintain that even if it is the Motor and not the Mill which falls to be considered, it is still wrong to focus on the ABB Purchase Order to the exclusion of the EPC Contract because, from Collahuasi's point of view, it was what was happening under the EPC Contract which mattered.

44. As set out earlier in this judgment, one of the key points, if not the key point, in the Reinsurers' expert's mind, as expressed in his supplementary report and as developed in Reinsurers' submissions, is that the Motor cannot be fully tested without being attached to the Mill drum and could not even be turned over or rotated without being so attached.

45. When regard is had to the terms of the EMB Extension, it will be seen that reference is there made to "unforeseen and sudden damage to any machinery, plant, pressure vessel or electronic data processing equipment and media" (the listed items) in consequence of an occurrence resulting from one of the 20 causes set out. Indemnity is given where such damage necessitates the repair, replacement or rebuilding of such listed items. "Damage" is defined for the purposes of the extension as including unforeseen and sudden electrical or mechanical breakdown, whether or not any of the listed items itself sustains physical loss, destruction or damage. The extension specifically insures any listed item while at rest or being dismantled, moved or re-erected provided it has successfully completed its performance acceptance test. The list of items appears four times in the clause. To qualify an item must be constructed or installed.

46. The question is then whether or not the Motor, as described, is a distinct piece of "machinery" or "plant", newly constructed or installed for the purpose of the Extension. The reference to "pressure vessels or electronic data processing equipment and media" suggests that smaller items can be in view as well as large pieces of machinery. The Mill is undoubtedly plant, but do its component parts constitute plant, machinery or equipment? (It is accepted by both parties that the word "equipment" which appears in the clause is shorthand for the listed items other than "plant".) If the question is asked as to what it was that was damaged here the answer would

naturally be - the Stator or the Motor - not the Mill. The starting point must be the item which fails in consequence of a design defect. This is what matters so far as the Reinsurers are concerned (the item with the design fault) because they want to be clear that this item, which leads to the loss, has been properly tested and accepted. In ordinary parlance it was not the Mill that failed but the Stator - an integral part of the Motor, because of its lack of rigidity. The Motor was both constructed and installed. The fact that one part of the engine, the Rotor poles were bolted to the Mill drum is, in these circumstances, nothing to the point.

47. The terms of the paragraph before the four conditions and of the proviso following the fourth requirement shows that the four requirements do not apply to "existing plant and equipment which is being re-installed following removal or dismantling for the purpose of overhaul or repair or maintenance or relocation". This specifically envisages not only that the clause applies to "equipment" and that individual items of machinery or plant will be interconnected with others in the installation and may be removed for the purposes of overhaul or repair, but also that something smaller than the Mill is in contemplation. This is what happened to the Stator, the design of which was defective and which required repair or replacement following the Incident. Whilst this does not demonstrate compliance with the conditions it does demonstrate that it is the type of item which would be the subject of those conditions when first installed.

48. In ascertaining whether an item is plant, machinery or equipment for the purpose of the clause however, it is necessary for that item to be capable of satisfying all four conditions. Was the item in question mechanically tested, tested and commissioned, performance tested to Contract Design Criteria and officially accepted? If the item is not subjected to those matters, it cannot, self-evidently, satisfy those conditions. The Stator was not so subject but, in Coromin's submission, the Motor, of which it formed part, was.

49. The Motor is, in one sense, a stand-alone piece of equipment, since it is the subject of a separate contract, the ABB Purchase Order. The ABB Contract, at clause 11, contained performance guarantees and provided for testing and penalties in the event of failure to comply with the tests. The guarantee test was to "prove conclusively that the equipment or individual system furnished by the seller can continuously operate and produce the guaranteed quantity of the product while operating within the limitations for consumption of fuel, power and additives established in the purchase order". Written acceptance of successful performance testing was also to be provided to the sellers within a specified time, whereupon a final invoice could be submitted and final payment became due. The Motor thus had its own separate contractual regime for testing and acceptance. It is not suggested that this was not met.

50. Furthermore, the grinding mechanism of the Mill and other parts were bought from a separate supplier, Metso. There was a separate acceptance and testing regime in relation to the Mill under the EPC Contract, which involved the use of the Motor, since this turned the drum which circulated the rocks from which the copper was to be extracted.

51. The Motor is, of course, what drives the Mill. It has therefore a discrete function, as opposed to the other parts of the Mill which crush or grind the ore. As Coromin points out, in the turnover package provided by Bechtel to Collahuasi the Motor is defined and identified as a distinct "system" from other systems in the Mill. Each system had its separate reference number.

52. Whilst Reinsurers say that the Rotor poles of the Motor are attached to the Mill drum as part of the Mill and that installation and testing of the Motor and the Mill took place together under the EPC Contract, that does not, in my judgment change the position. The fact that one item is bolted to another does not effect the fundamental question as to whether or not each item is a discrete piece of machinery, plant or equipment. In my judgment, whilst the Motor works in conjunction with the Mill drum, it remains a discrete identifiable item of machinery or equipment which drives the Mill. It could be, and was, the subject of a design defect. The lack of rigidity of the Stator brought it into contact with the Rotor poles which caused damage to the Stator which required it to be removed and repaired. It was that design defect which led to breakdown of the Motor and the consequential cessation of the milling line.

53. It is in this connection that reference can be made to clause 3.4 of the policy. If there had been no EMB Extension, Reinsurers accept that, under the terms of clause 3.4, a distinction has to be drawn between the item which is defective due to a defect in design (which is not insured) and "the remainder of the Property" which is free from such defective condition, but is damaged as a consequence of the defect in design. This classic distinction is well recognised in Property and Hull Insurance and has given rise to debate as to classification of the items in question. In the present case, the item with a defective condition due to a defect in design was self-evidently the Stator and, had any damage been caused to any other part, the damage to that other part would, on Reinsurers' accepted construction of the Reinsurance, have been recoverable under the policy, without reference to the EMB Extension. It would only be the Stator which would be subject to the terms of the exclusion. This, in my judgment, provides a strong pointer to the way in which the EMB Extension was intended to operate, since it was a "buy-back" of that exclusion, amongst other additional indemnities granted. Whilst the EMB Extension has specific conditions which have to be met before attachment of ``plant'' or ``equipment'' to the Reinsurance, where the Extension relates to defective design whilst clause 3.4 is concerned with ``property'', the classification of items which are subject to cover in the Extension is informed by the characterisation which has to be made for the purposes of the earlier exclusion.

54. Whilst the Stator is the subject of design fault and was damaged, it was not itself the subject of the four conditions. The larger entity of which it formed part, which was the subject of such conditions, was the Motor and since the focus of the EMB Extension, where defective design is concerned, must be the defective item, and its testing, commissioning and acceptance, the terms of clause 3.4 point to the Motor as the relevant item which is required to meet the conditions.

55. If a component part of the Mill breaks down or is damaged, such part has to be examined to see if, so far as Collahuasi is concerned, it stands as an identifiable self-contained item which has a design defect and has failed or whether it is a combination of items or the interlinking or interconnection between items which leads to the breakdown. In such circumstances, there would be a need to focus on the failure and the design fault and on the testing and acceptance. Had there been testing and acceptance, in accordance with the EMB Extension, of those parts or combination of parts which had caused the problem? Here there is no complication because the Stator is the identifiable item, whilst its connection with the Rotor as part of the Motor was an essential ingredient in the damage caused to the Stator and the consequent breakdown of the Motor and the ensuing breakdown of the Mill. This is reinforced by the evidence of Mr Hettler to the effect that Reinsurers' interest would focus upon the "key item" or "prime mover" which was likely to be the subject of any mechanical breakdown. The Motor was such an item whereas the

Mill which consisted of a revolving drum in which the rock rotated and dropped from the top, in order to break down its size, had little likelihood of suffering electrical or mechanical breakdown. The example of loss given in the Underwriting report available with the August Endorsement illustrates this.

56. Reinsurers focused on the tests under the EPC Contract as opposed to the tests under the ABB Contract. It does not seem to me however that, where testing of one item supplied under one contract has to take place in conjunction with other items supplied under another contract, that this concludes the issue against treating each item as a separate item of machinery or equipment. The question which has to be resolved is whether or not each of those items has been subject to the four requirements and it would not matter if the testing and commissioning of one was done in conjunction with the testing and commissioning of the other as long as there was an independent acceptance of each item as opposed simply to an acceptance of the whole.

57. What emerged from the evidence of Mr O'Rourke and Mr Hettler was that the Rotor had to be supported in order for it to turn within the Stator but testing in situ would inevitably involve turning the Rotor and the Mill drum together since one was bolted to the other and this was the form of the installation and the appropriate means of support. Whilst the inherent strength or rigidity of the Stator could not be tested without energising the Mill once installation had been effected, there were many tests done to the Motor before there was any attachment or energisation. For convenience the Motor was tested using the Mill drum as a wheel to support the Rotor poles, but the test of the engines themselves did not require any particular performance by the Mill. All that was required was that the engine should turn in accordance with the ABB Contract. The question whether the electrical forces of the Motor and the design of the Motor worked was a question of function of the Motor, regardless of any grinding function of the Mill. In theory, the poles or coils of the Rotor could be fitted onto a disc on a shaft for testing the Motor and measuring the torque achieved by the engine, although this was not in practice done. The fact remains that the Motor drove the Mill but was separately identifiable, though connected to it. It could be the subject of mechanical testing, testing and commissioning and the subject of performance testing to 100% Contract Design Criteria, by reference to the ABB Purchase Order and official acceptance could also occur in that context, regardless of the grinding functions of the Mill and the EPC Contract. It is worth noting that elsewhere, on the new third grinding line, ABB supplied the two Ball Mill Motors as well as the cyclo converters, drive control panels, distribution transformers, switch gear exciter systems and containerised electrical buildings with earthquake detectors and VMS/VPD systems, under a contract separate from that of Metso and four other suppliers of other items for the Mill, each of whom had a separate contract.

58. It may be significant that Reinsurers still accept item (ii) of the Joint Memorandum of Experts - that Mechanical Completion, Testing and Commissioning, and Performance Testing, within the meaning of the EMB Extension, were satisfactorily completed in respect of both the Mill and the Motor prior to inception of the Reinsurance from 30 June 2004. Reinsurers have had no difficulty in separating the Mill from the Motor for this purpose and, as appears below, have no positive case to make in relation to Coromin's contention that all four requirements of the EMB Extension were met in respect of the Motor.

The Four Requirements, as applied to the Motor

59. Mr O'Rourke gave evidence, which I accept, in relation to the ABB document dated 16 June 2004 which was signed as part of the clearing up exercise on paperwork. This document was headed "Provisional/Final ACCEPTANCE REPORT". Plainly the intention was that either the word "provisional" or the word "final" should be deleted, but this was not done. Mr O'Rourke did not know why that was but said that this was final acceptance for the particular pieces of equipment referred to in the report. The objects accepted were described in the following manner:-

"21,000 KW gearless mill drive system (SAG mill 1011, consisting of: SAG mill motor, E-house Container with built in Cyclo converter, Motor Control Carrier and PLC; converter transformers; excitation transformer.

The parties to the above contract hereby confirm jointly that on 27 April 2004, the object supplied by ABB...was ready for use or that the contractual service were fulfilled. The responsibility for operation and maintenance has been transferred entirely to the customer."

Paragraph 6 provided that the customer confirmed delivery conforming to the conditions of the contract and that the 1 year guarantee period began as of 27 April 2004. The certificate was signed by Mr O'Rourke, as agent for Collahuasi, and by a representative of ABB.

60. The evidence of Mr Fraser and Mr O'Rourke was at one, in relation to the EPC Contract position and as to events on 27 April 2004. Mr O'Rourke described two different sets of requirements - those set out in the EPC Contract and those set out in the Independent Test Plans that were received from the vendors, including ABB. The Independent Test Plans showed what the vendors wanted Bechtel to do during installation to ensure that the equipment that they had designed and supplied was being installed to their specification. Bechtel supplied the direct labour and direct supervision but everything done in assembling the components was as dictated by the vendors and, at each critical step, the vendors had to sign off and agree that the installation was in accordance with their design. The relevant sign offs were then included in the Turnover Packages given to Collahuasi. The documentation including the Independent Test Plans provided by ABB for the Motor were conventional and similar in terms of protective systems, installation and testing requirements, to other ABB drives that Bechtel had installed in the past.

61. After nearly 2 years of work installing the equipment, obtaining "sign offs" from the vendors that the equipment had been installed to their designs and completing the pre-operational test work required during and post construction, the Mill was ready for start up on 27 April 2004. Both Mr Fraser and Mr O'Rourke attended. When Mr Fraser arrived, the Bechtel, ABB and Metso engineers checked the Mill for rotation and proper lubrication before starting it. The button was pushed and the Mill started operating without any problems. The Mill was rotated empty without feed material, in accordance with the Independent Test Plans, in a given sequence, taking a number of hours. No problem was encountered and, according to Mr O'Rourke, Mechanical Completion of the Mill was achieved by 5 pm on 27 April, at which point the Mill was handed over to Collahuasi who took care, custody and control at that point and began operating the Mill by introducing feed.

62. On 29 and 30 April 2004 a letter was signed by Mr O'Rourke for Bechtel and Mr Fraser for

Collahuasi confirming Collahuasi's agreement that Mechanical Compliance (or Completion) for the Grinding Circuit was achieved on 27 April at 1700 hours. Mechanical Compliance was agreed between them in respect of the Mill (thus including the Motor) and one of the two Ball Mills and all their associated support systems, stockpiles, flotation and supporting infrastructure. It was said then that Provisional Acceptance would take place on 30 April, 72 hours after Mechanical Compliance, and that the formal Certificate of Mechanical Compliance would be prepared and sent in the near future.

63. On 1 May 2004, a Certificate of Mechanical Compliance (or Completion) was sent by Mr O'Rourke which was countersigned by Mr Fraser on 3 May. The letter referred to the "below listed facilities as mechanically complete and ready for start up by Collahuasi". Amongst those items was included, as a separate item, the Motor, whilst the SAG Mill itself and various associated items such as the SAG Mill Feed Belt, SAG Mill Ball Loading System and Lubrication System were also separately listed.

64. Mr O'Rourke's evidence was that the Mill continued to operate without any problems for 72 hours following Mechanical Compliance so that Provisional Acceptance under the EPC Contract could take place on 30 April. There were some non-critical punch list items. At that point care, custody and control of the Mill transferred to Collahuasi irreversibly. If any problems affecting operational integrity had been encountered during the 72 hours, Mr O'Rourke's evidence was that Collahuasi would have handed the Mill back to Bechtel to sort those out, as provided for in the EPC Contract.

65. By a letter dated 4 May, countersigned by Mr Fraser the same day, confirmation was given of Provisional Acceptance by Collahuasi of "the SAG Mill" (including the Motor) and "the first ball mill" and facilities relating to the system "according to Annex 4 of the EPC Contract section 5.2.2 phase 8.III". The acceptance was said to be effective at 1700 hours on 30 April 2004.

66. By a Vendor End of Service Notification signed by ABB and Bechtel on 19 May 2004, it was recognised that the Mill and both of the two ball mills had been satisfactorily installed in accordance with the manufacturer's instructions and that all tests were complete. Subject to the production of a couple of bolts in relation to the second ball mill, the equipment was stated to be ready and able to perform in accordance with the specifications and the requirements of all purchase documents.

67. In my judgment, there can be no doubt that each of the four requirements of the EMB Extension was met in relation to the Motor. The ABB document called the Provisional/Final Acceptance Report shows that responsibility for operation and maintenance of the Motor was transferred to Collahuasi on 27 April when the Motor was ready for use and that contractual services from ABB had been fulfilled, even though the document was not signed until 16 June.

68. It is accepted by both parties that "official acceptance by the Insured following formal handover certificate procedure" does not require a chronological sequence, provided that the "official acceptance" is "pursuant to" or "in accordance with" or "because of" the "formal handover procedure". The two must be linked and it is this connection to which the requirement refers. On this basis, I find that the ABB Provisional/Final Acceptance Report was "Official Acceptance" within the meaning of the EMB Extension. I accept Mr O'Rourke's evidence that, for

Bechtel's purposes, the ABB report was ABB saying that it was satisfied that the installation of the Motor was correct and that Collahuasi was entitled to operate the equipment. Mr O'Rourke's signature evidenced Collahuasi's acceptance of the Motor for the same purpose. There was thus specific final acceptance of the Motor, with the authority of Collahuasi, as complying with the ABB Contract requirements for testing, which were limited and amounted to little more than, as per the guaranteed test, ensuring that the Motor turned the Mill drum with feedstock in it. This happened at or immediately after 5 pm on 27 April 2004 on Mr O'Rourke's evidence.

69. For good measure the position is reinforced by the letter of 29 April (countersigned on 30 April) and the Certificate of Mechanical Compliance (Completion) of the Motor and the Mill dated 1 May and countersigned on 3 May. These show that all necessary testing and commissioning and performance testing had been carried out under the EPC Contract confirming 100% contract design criteria for the Motor and the Mill. They also show an "official acceptance" of the Mill and the Motor, by Collahuasi. Although the terms of the EMB Extension refer to such acceptance "following formal handover certificate procedure", I see no problems in that regard because the EPC Provisional Acceptance of the Mill and the first ball mill and facilities relating to the system (including the Motor), clearly amounts to official acceptance by Collahuasi in connection with the issue of appropriate certificates on 29 April (countersigned on 30 April) and 1 May (countersigned on 3 May) after mechanical testing, testing and commissioning and performance testing over the 72 hour period between 27 and 30 April, together with the countersigned letter of Provisional Acceptance. There was "official acceptance" of the Mill which included the Motor and for good measure, as part of the clearing up process, on 16 June 2004 there was a further "official acceptance" of the Motor.

70. In my judgment therefore, on the facts as I find them to be and the proper construction of the EMB Extension, the motor was a discrete piece of machinery, plant or equipment covered by the policy terms which had met each of the four requirements set out in the extension clause before the inception of the 2004-5 cover.

The Four Requirements, as applied to the Mill

71. I also find that each of the four requirements was satisfied in relation to the Mill, if it is necessary, as a matter of law and/or fact, to consider it, as opposed to the Motor.

72. For these purposes, attention focused upon the EPC agreement between Collahuasi and Bechtel (the two contracts being by their terms, treated as one). Under the terms of that contract Bechtel was responsible for the Project and for administration of the contracts which it concluded with suppliers as agent for Collahuasi, together with the ABB Contract concluded prior to the EPC Contract by Kvaerner as agent for Collahuasi.

73. By Article 10.1, the "reception" (acceptance) of the services provided by Bechtel was to be made by four stages - Mechanical Compliance, Provisional Reception (Acceptance), Operational Compliance and Definitive Reception (Acceptance), as set out in the Technical Bases which formed part of the contract. Phase 8 of stage II, under section 5 of the Technical Bases, set out the requirements for "Mechanical Fulfilment" (Compliance), "Provisional Reception", "Operational Compliance" and "Definitive Reception". The Reinsurers accepted, as did their expert in the joint memorandum, that Mechanical Testing, Testing and Commissioning and

Performance Testing within the meaning of the EMB Extension were satisfactorily completed in respect of both the Mill and the Motor prior to inception of the policy on 30 June 2004.

74. The only issue therefore is the question of "official acceptance by the Insured following formal handover certificate procedure", which the Reinsurers equate with "Definitive Reception" in the EPC Contract, which under the terms of the technical bases cannot occur until 365 days after "Provisional Reception". It is accepted that the four conditions can be met in any order. Coromin submits that Official Acceptance will often precede Performance Testing and Testing and Commissioning, because this is likely to occur after handover of the machinery to the owner, albeit with the benefit of warranties or guarantees under the relevant supply and/or procurement contract. Reinsurers contend that the order in the EMB conditions will be the usual order but accept that there is nothing in the wording that requires this. It is also in my judgment plain that one or more condition could be satisfied at one and the same time.

75. Reinsurers accept that the requirements for Mechanical Testing, Testing and Commissioning and Performance Testing confirming to 100% Contract Design criteria were met by 27 June 2004, 10 months before the Incident on 31 March 2005. Under the EPC Contract, there were prescribed performance tests which were to demonstrate that in a continuous period of 72 hours, two cumulative conditions were met. The first was that the new grinding line should process 186,000 tonnes of ore during the continuous period of 72 hours, measured in the conveyor belt. The second was that the three grinding lines, constituting the expanded Concentrator Plant, should process 330,000 tonnes of mineral in the same continuous period of 72 hours, measured in the conveyor belts feeding the SAG Mill. All three lines achieved the latter requirement on 30 May but the former requirement for the new line was achieved on 27 June 2004, some 3 days prior to inception of the cover.

76. There was thus "Mechanical Fulfilment or Compliance" (see the letter of 29 April and the Certificate of 1 May), "Testing and Commissioning" (see the provisional acceptance in the letter of 4 May) and "Performance Testing in accordance with Contract Design criteria". These procedures, as referred to in the EMB Extension, do not, for the purposes of the extension, require certification although the clause requires a formal handover of whatever certificates there are. Whether or not the procedures have been effected is a matter of fact, but there are certificates under the EPC Contract, or documents, which evidence compliance of the Mill in April/May/June 2004. Reinsurers draw attention to Phase 8 of section 5 of the Technical Bases of the EPC Contract and seek to equate various stages set out therein to the requirements of the EMB conditions. Since the policy was a global policy, designed without reference to any particular contract, it would not be surprising if the stages did not equate directly with the four conditions. They do not.

77. Stage 1 of Phase 8 is entitled "Training, Advisory, Assistance and Technical Assistance", which does not feature in the EMB Extension at all. Stage 2 is "Mechanical Fulfilment" (Compliance) which involves the issuing of a "Certificate of Mechanical Compliance". As referred to earlier in this judgment, that certificate was issued on 29 April, countersigned on 30 April and related to 1700 hrs on 27 April 2004. It is not contested that this certificate was properly issued. The third stage was "Provisional Reception" or "Provisional Acceptance" which was to occur 72 hours after Mechanical Compliance, provided the Concentrator Plant operated effectively during that period, as it did.

78. The fourth stage under the EPC Contract was "Commissioning" which was to commence immediately after Mechanical Compliance on 27 April and was the responsibility of Collahuasi which by its Provisional Acceptance on 30 April/4 May also accepted responsibility for the operation of the plant. Reinsurers suggest that the "Testing and Commissioning" requirement of the EMB Extension correlates to the third and fourth stages under the EPC Contract, stating that "testing" is met by "Provisional Acceptance" and "commissioning" is "commissioning". "Provisional Acceptance" does not however fit happily into this analysis since, under the terms of the EPC Contract, following Mechanical Compliance, Bechtel was to deliver the Concentrator Plant to Collahuasi for its operation for a period of 72 hours, under Collahuasi's control. At the point where 72 hours of continuous satisfactory operation occurred, "Provisional Acceptance" took place and that was to be formalised by means of the execution of a Certificate of Provisional Acceptance, thereby recognising the handover of the plant to Collahuasi. The commissioning stage, whilst commencing after "Mechanical Compliance" was also to be effected under Collahuasi's responsibility whilst Bechtel was responsible for co-ordinating the suppliers and assisting in effecting the necessary commissioning work. The process was to include "the development of the stages of control for the tests with loads" and setting up a stable regime for the equipment systems and facilities and contemplates this happening or continuing after Provisional Acceptance.

79. Reinsurers suggest that "Performance Testing confirming to 100% Contract Design criteria" correlates strongly with the fifth stage under the EPC Contract of "Operational Compliance" which has, as only one of its requirements the performance tests to which I have already made reference.

80. By this process, Reinsurers identify "official acceptance by the Insured following formal handover certificate procedure" in the EMB Extension with "Definitive Acceptance" which cannot take place until 365 days after "Provisional Acceptance". By that time however, under the provisions of the EPC Contract, the Mill had been operating under Collahuasi's control for a full year, being in its custody and its responsibility throughout. Moreover "Definitive Acceptance" could only take place after 365 days if all deficiencies had been resolved. If not, that "Definitive Acceptance" would not occur until they were resolved.

81. Coromin and Reinsurers accept that "Official Acceptance" must be connected to the "formal handover certificate procedure". Reinsurers state it must be a distinct stage of the process. Coromin's case is that such Official Acceptance of the Mill took place on 30 April when Provisional Acceptance took place under the EPC Contract. Coromin maintains that Reinsurers are incorrect in equating "Definitive Acceptance" with the fourth requirement for a number of reasons. I agree.

82. First, "Definitive Acceptance" requires there to be no outstanding defects, whereas "official acceptance by the Insured" under the EMB conditions envisages the possibility of outstanding faults or punch list items which exist but do not affect the operational integrity of the plant. I agree.

83. Secondly, "official acceptance" in my judgment, involves a degree of formality but relates to "handover" of the plant or machinery to the Insured so that it becomes the Insured's responsibility and therefore operates under its responsibility. This acceptance and handover must involve the

handover certificate procedure so there can be no doubt about transfer of responsibility and acceptance of it. This then creates the attachment point for the Operating Policy, as opposed to the CAR.

84. Thirdly, whilst Reinsurers rely upon the existence of guarantees and warranties under the suppliers' contracts as militating against official acceptance, those only operate after handover and do not usually cover consequential loss, such as lost profit. The terms of the exclusion in the EMB Extension show that, even if a supplier, contractor, or repairer is legally liable, Business Interruption cover is granted, if the damage is of a type which but for the existence of that legal liability, would be covered under the policy. Furthermore, in the event that liability is denied, as has happened here, the reinsurance bites and the Reinsurers are subrogated to all the Insured's rights against the supplier or contractor in question.

85. In my judgment what the fourth condition requires is an authorised formal acceptance by the Insured of the plant or machinery in question "following" - in accordance with - the formal handover of appropriate certification. It does not matter whether the handover of certificates actually precedes the acceptance, constitutes the acceptance or comes after the acceptance, provided there is the appropriate interconnection between them. What matters from Reinsurers' point of view is that there is clarity about acceptance and handover of certification. What is envisaged is appropriate formal certification and official acceptance by reference to it.

86. Both Mr O'Rourke and Mr Fraser agreed that the Mill was "handed over" under the EPC Contract on 30 April 2004 as confirmed by the Provisional Acceptance Certificate dated 4 May 2004. From that point in time onwards the Mill operated under the care, custody and control of Collahuasi who began to ramp up the systems and operate the Mill under increasing load. The performance of the Mill exceeded expectations and whereas the EPC Contract stipulated a 6 month period for the attainment of performance targets, they were in fact achieved by 27 June. It continued to operate under load for almost one year until the incident on 31 March. There can be no doubt that Bechtel did not regard the Mill or its running after 30 April as their responsibility. Both regarded the Certificate of Provisional Acceptance as evidence of a formal handover of the newly built plant and machinery. There is no doubt that Mr Fraser was authorised to sign the Provisional Acceptance, as was Mr O'Rourke. This was an "Official Acceptance" by Collahuasi and appropriate certification was either already provided or was then being provided.

87. As from provisional acceptance of the Mill on 30 April 2004, as certified on 4 May 2004, Collahuasi had taken over and accepted the Mill, as between themselves and all their contractors under the terms of the EPC Contract. Collahuasi had care and custody of it and assumed all risk and responsibility in relation to it. It began to operate the Mill commercially. Whilst performance testing for the EPC Contract yet remained to be done, in order to comply with the two cumulative tonnage processing requirements, there can be no doubt, in my judgment, that handover and acceptance had occurred in accordance with the appropriate procedures. At that stage whilst there were punch-list deficiencies, there were no deficiencies which affected the integrity of the plant or prevented it from operating and Collahuasi was in total control of the Mill, assuming risk and responsibility and operating it for commercial purposes. Appropriate Certificates were issued, the last of which was dated 4 May with effect from 30 April. At that stage the first, second and fourth requirements of the EMB Extension were met and the only outstanding matter was the tonnage performance test requirement which itself was met on 27

June and for which no certificate was required under the Extension.

The claimed Business Interruption loss in respect of the Molybdenum Plant

88. Reinsurers contend that they cannot be liable for losses in respect of the Molybdenum Plant because at no time was it insured under the PD section of the policy in 2004/2005, nor was it even in existence at that time. In consequence, if they were to be held liable for business losses relating to it, they would be subjected to a risk of which they had no knowledge and which they were unable to rate, since values for the asset and business losses relating to it were not declared to that policy and could only be declared to the subsequent policy once the plant had come into operation.

89. The point however turns upon the proper construction of the Reinsurances. The BI insurance insures against "loss resulting from the interruption of or interference with the business". "Business" is defined to include "all operations and activities of the Insured". There is no qualification or limitation, in terms of scope or time. "Business Interruption" is defined as meaning "loss...due to interruption of or interference with the business in consequence of damage", which, for the reasons I have held, includes breakdown and damage to the Motor and the Mill in 2004.

90. No issue is raised here of causation or failure to sue and labour about the loss. As is usual in matters of this kind, even where there is a dispute as to liability, Collahuasi sought to effect repairs, in liaison with the loss adjusters, to minimise the loss flowing from the "occurrence". Temporary repairs were undertaken and then, in due course, permanent repairs in January to March 2007, by which time the Molybdenum Plant had come on stream and was thereby affected by the loss of one grinding line out of three. The business indemnity period extended up to 24 months, being the period during which there was interruption of the Business, regardless of the date of expiration of the policy. On the face of it, as was accepted by the expert instructed by Reinsurers, there is nothing in the wording of the policy which prevents recovery of the loss in question. It is not suggested that the Business Interruption loss was not a consequence of the PD occurrence or that Collahuasi had failed properly to minimise its loss.

91. In the absence of any such issue, where insured property suffers damage covered under section A of the policy and the business of the Insured, of whatever kind, is interrupted or interfered with, Reinsurers are bound to pay the amount of the loss resulting from such interruption or interference up to a period of 24 months after its occurrence. It is neither here nor there that, when the occurrence took place, it had no immediate impact upon the Molybdenum Plant, because that plant did not then exist. The consequence of the Damage under the PD section is a Business Interruption flowing from the replacement of the Stator in a 3 month period in 2007. The need for that repair put the third grinding line out of action and thereby interfered with another element of Collahuasi's business, namely the Molybdenum Plant which drew out, from the same product, a different mineral than copper.

92. The policy wording does not require the business which is interrupted to be business which existed at the time of the occurrence. It is self-evident that, in a policy year and a fortiori, in a potential period of up to 2 years during which Business Interference can occur, the Insured's business will vary. Whilst there could be an acquisition of an asset, in which circumstances section 4.1 of the policy would take effect with premium adjustment, the business can change

without such an acquisition or disposal. A decision might be taken to sell waste material or process it in some way and a new business could thus arise after an occurrence of loss, which would nonetheless be affected by the need to repair the damaged item. In such circumstances Reinsurers would not be given the opportunity, prior to the inception of the cover, to make a rating assessment by reference to what was then a future business, which the Insured had not yet decided to conduct. The definition of "business" is very wide and therefore relates to such business as the Insured carries on, from time to time, whether in the 12 month policy period or in the Indemnity Period.

93. The Indemnity Period runs for up to 24 months from either the date of damage or the date of interference. It also refers to the period "during which the business is or would have been interrupted or interfered with" because the clause provides for the recovery of additional expenditure necessarily or reasonably incurred for the purpose of avoiding or diminishing a reduction in turnover or maintaining the normal operations of the Insured during the Indemnity Period. It is clear that what the clause envisages is cover for a reduction in turnover, where there is physical damage or breakdown, for such period as is necessary to put the matter right and for recovery of the expense incurred in doing so. Repairs may be effected, recoverable under the PD section of the Reinsurance, either shortly after the occurrence or at a later stage, if they cannot be done earlier or it is more beneficial, from a financial standpoint, to do so. If there is no interference with the business until the repairs are effected, then the Indemnity Period will not commence until those repairs commence, which might involve a significant delay if that made economic sense.

94. Contrary to what was one of Reinsurers' arguments, there is no question of creating a second indemnity period, one starting at the date of Damage and one starting with the period of interruption. There is no question of interrupting a business that does not exist. Once causation is accepted, there is nothing to the Reinsurers' point.

95. The argument based upon the absence of ability to rate is not a good one. As previously set out in this judgment, rating took place on historic actual values, as at 31 December 2003, for the June 2004-2005 policy year. Whilst there were adjustments for overall changes at the year end, the BI values were based upon gross profit or turnover and the maximum indemnity period was specifically 24 months, a period recognised expressly in the CCIP terms as being above and beyond the 12 month limit in the policy. With an occurrence on the last day of the policy year, the business indemnity period could extend effectively or 2 years more. In those circumstances any repair would be bound to take place after the expiry of the policy year with an impact on the business conducted in the following 2 years, rather than that declared for the year when the PD occurred. With delayed repairs and delayed interferences the 24 month period could start and finish even later. The rating on the subsequent years would be done by reference to historic actual values with any premium adjustment as provided. That is the blunt tool which Reinsurers accepted for rating purposes on an annual basis.

96. If the Molybdenum Plant had become operational and come on stream after the occurrence of 31 March 2005 but before the end of the policy period ending 30 June 2005, the Reinsurers would have received some additional premium for the year in respect of the PD and BI values declared for the Molybdenum Plant, perhaps prorated for time on risk in some way, but the essential principle would remain the same. At the time of the inception of the policy and of the occurrence, the Molybdenum business did not exist, only coming into being at a later date. But

this misses the point since the issue is solely one of causation.

97. In reality, although the Reinsurers said that, if the Molybdenum Plant Business Interruption was to be the subject of indemnity, they had written the 2004/2005 reinsurance "blind", this would be true, even if the Molybdenum Plant had come on stream before the occurrence or thereafter, but within the policy year. Reinsurers chose to write the business on actual historic values with regard to PD and BI, and were in no position to tell in what ways Business Interruption might subsequently arise from an insured peril. That was a risk which they knowingly undertook.

98. Reinsurers effectively seek to equate "business" with "physical property" whereas this is not necessarily the case. Whilst the Molybdenum Plant, when built was subject to PD and later became the subject of insurance in Autumn 2005, there is no requirement in the policy for "business" to be insured as property. All that the reinsurance requires, for BI, is that insured Property suffers Damage, which is covered for PD and which then gives rise to Business Interruption of any kind. In those circumstances a loss flowing from such interruption is itself covered, whether or not the business arises in relation to an asset which is insured under the PD section of the Policy.

99. The only information which underwriters receive for rating relates to insured property and Business Interruption values connected thereto, with a limit on maximum liability. For ordinary business changes, without acquisitions of property or additional property to be included in the PD section, there is no way in which Reinsurers would know of changes in business values during the course of the policy year. As Coromin pointed out, the price of copper is highly volatile which would effect both turnover and revenue in an unpredictable way. Reinsurers do not rate the business on what the position is going to be, even at inception, but on the basis of historical information which is actually 6 months out of date. Business changes of many different kinds may occur which may or may not give rise to premium adjustment at the end of the year. In truth Reinsurers can have little idea how business will be effected by an occurrence and must therefore rate on the basis of maximum values insured and an assessment of the risk of likelihood of PD happening, which could cause a business loss to occur.

Implied Term

100. Reinsurers seek to rely upon an implied term to limit the word "business" in the BI section of the policy to "business which was being carried on by the assured during the period of the policy" having previously asserted an implied term limiting it to business carried on at the date of Damage. In my judgment the implication of either term is not necessary nor even reasonable. It is certainly not so obvious that the parties did not feel that they had to spell it out and none of the tests which are set out in Philips Electronique Grand Public S.A. v British Sky Broadcasting Limited [1995] EML 472 is met. In some BI covers, there is a requirement that the item damaged must be the subject of PD cover, whether under the same or a different policy. In the CCIP, Business Interruption losses are only recoverable in the event of damage which falls within the PD section but there is no basis for saying that the ultimate Insured's business must remain the same over the 2 years following the Damage or that reasonable loss is limited to that business or business conducted in that policy year, on which some premium might be payable if a property asset was declared to the Policy. For a global policy to restrict the ultimate Insured's business activity or his recoverable loss to particular aspects of his business activity would in my judgment

be wholly unreasonable. It is not something that Collahuasi would ever have accepted. Neither legal efficacy, business necessity, business sense nor bystander obviousness give rise to such a term. The Reinsurances work without any such implication.

Conclusion

101. In these circumstances Coromin is entitled to recover under the Reinsurances in respect of the damaged Stator, the cost of repair to the Motor and Mill and the Business Interruption loss consequent thereon, including that resulting from the interruption of the business of the Molybdenum Plant within the 2 year period.

102. Costs must, in the absence of some special feature of which I am unaware, follow the event. If the parties can agree the form of order to be made in the light of this judgment, so much the better, but if not, I will determine any outstanding issues after the formal hand over of this judgment.

Doc. num. 26

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Palais de la Paix, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haye, Pays-Bas
Tél : +31 (0)70 302 2323 Télécopie : +31 (0)70 364 9928
Site Internet : www.icj-cij.org

Communiqué de presse

Non officiel

N° 2008/1
Le 16 janvier 2008

Le Pérou introduit une instance contre le Chili au sujet d'un différend relatif à la délimitation maritime entre les deux Etats

LA HAYE, le 16 janvier 2008. Le Pérou a introduit aujourd'hui une instance contre le Chili devant la Cour internationale de Justice (CIJ), organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, au sujet d'un différend portant, d'une part, sur «la délimitation de la frontière entre les zones maritimes des deux Etats dans l'océan Pacifique, à partir d'un point situé sur la côte, appelé Concordia, … point terminal de la frontière terrestre telle qu'établie conformément au traité … du 3 juin 1929»[1] et, d'autre part, sur la reconnaissance de l'appartenance au Pérou d'une «zone maritime qui, située dans la limite de 200 milles marins de la côte du Pérou», devrait donc lui revenir «mais que le Chili considère comme faisant partie de la haute mer».

Dans sa requête, le Pérou affirme que «les zones maritimes entre le Chili et le Pérou n'ont jamais été délimitées, ni par voie d'accord ni d'aucune autre manière», et que, par conséquent, «la Cour doit procéder à la délimitation conformément au droit international coutumier». Le Pérou expose que, «depuis les années quatre-vingt, [il] a constamment cherché à négocier les diverses questions en litige, mais s'est … toujours trouvé confronté au refus du Chili d'engager des négociations». Il affirme que la note du 10 septembre 2004 adressée à son ministre des affaires étrangères par le ministre des affaires étrangères chilien a rendu impossible toute nouvelle tentative de négociation.

Le Pérou, à présent, «prie la Cour de déterminer le tracé de la frontière entre les zones maritimes des deux Etats conformément au droit international … et de dire et juger qu'[il] possède des droits souverains exclusifs dans la zone maritime située dans la limite de 200 milles marins de sa côte, mais en dehors de la zone économique exclusive ou du plateau continental du Chili».

Pour fonder la compétence de la Cour, le Pérou invoque l'article XXXI du traité américain de règlement pacifique (le «pacte de Bogotá») du 30 avril 1948, auquel les deux Etats sont parties et auquel ni l'un ni l'autre n'a formulé de réserve. Cet article se lit comme suit :

«Conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, les Hautes Parties contractantes en ce qui concerne tout autre Etat américain déclarent reconnaître comme obligatoire de plein droit, et sans convention spéciale tant que le présent traité restera en vigueur, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique surgissant entre elles et ayant pour objet :

---

[1] Traité entre le Chili et le Pérou réglant le différend relatif à Tacna et Arica, signé à Lima le 3 juin 1929.

a) L'interprétation d'un traité ;

b) Toute question de droit international ;

c) L'existence de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;

d) La nature ou l'étendue de la réparation qui découle de la rupture d'un engagement international.»

Le texte intégral de la requête introductive d'instance du Pérou sera prochainement disponible sur le site Internet de la Cour à l'adresse suivante : **http//www.icj-cij.org**.

Département de l'information :

Mme Laurence Blairon, secrétaire de la Cour, chef du département (+31 (0)70 302 2336)
MM. Boris Heim et Maxime Schouppe, attachés d'information (+31 (0)70 302 2337)
Mme Joanne Moore, attachée d'information adjointe (+31 (0)70 302 2394)

Doc. num. 27

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Palais de la Paix, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haye, Pays-Bas
Tél : +31 (0)70 302 2323 Télécopie : +31 (0)70 364 9928
Site Internet : www.icj-cij.org

Communiqué de presse

Non officiel

N° 2013/11
Le 24 avril 2013

La Bolivie introduit une instance contre le Chili au sujet d'un différend relatif à l'obligation de négocier afin que soit assuré son «accès souverain … à l'océan Pacifique»

LA HAYE, le 24 avril 2013. L'Etat plurinational de Bolivie a introduit ce jour devant la Cour internationale de Justice (CIJ), organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, une instance contre la République du Chili au sujet d'un différend ayant trait à «l'obligation du Chili de négocier de bonne foi et de manière effective avec la Bolivie en vue de parvenir à un accord assurant à celle-ci un accès pleinement souverain à l'océan Pacifique».

En application du paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour, la requête contient un exposé succinct des faits — de l'indépendance de la Bolivie en 1825 jusqu'à nos jours — qui, selon la Bolivie, sont «les principaux faits pertinents sur lesquels est fondée [s]a … demande».

Dans sa requête, la Bolivie indique que l'objet du différend réside dans «a) l'existence de cette obligation, b) le non-respect de cette obligation par le Chili et c) le devoir du Chili de se conformer à ladite obligation».

La Bolivie soutient notamment que, «au-delà des obligations générales que lui impose le droit international, le Chili s'est plus particulièrement engagé, par des accords, sa pratique diplomatique et une série de déclarations attribuables à ses plus hauts représentants, à négocier afin que soit assuré à la Bolivie un accès souverain à la mer». Selon la Bolivie, «[l]e Chili ne s'est pas conformé à cette obligation et … en conteste … l'existence même».

En conséquence, la Bolivie «prie la Cour de dire et juger que :

a) le Chili a l'obligation de négocier avec la Bolivie en vue de parvenir à un accord assurant à celle-ci un accès pleinement souverain à l'océan Pacifique ;

b) le Chili ne s'est pas conformé à cette obligation ;

c) le Chili est tenu de s'acquitter de ladite obligation de bonne foi, formellement, dans un délai raisonnable et de manière effective, afin que soit assuré à la Bolivie un accès pleinement souverain à l'océan Pacifique.»

Le demandeur invoque comme base de compétence de la Cour l'article XXXI du traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogotá) du 30 avril 1948, auquel les deux Etats sont parties. Cet article se lit comme suit : «Conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, les Hautes Parties Contractantes en ce qui concerne tout autre Etat américain déclarent reconnaître comme obligatoire de plein droit, et sans convention spéciale tant que le présent Traité restera en vigueur, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique surgissant entre elles et ayant pour objet :

a) l'interprétation d'un Traité ;

b) toute question de droit international ;

c) l'existence de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;

d) la nature ou l'étendue de la réparation qui découle de la rupture d'un engagement international.»

A la fin de sa requête, la Bolivie «se réserve le droit de demander la constitution d'un tribunal arbitral, conformément à l'obligation énoncée à l'article XII du traité de paix et d'amitié conclu avec le Chili le 20 octobre 1904 et au protocole du 16 avril 1907, au cas où un différend s'élèverait à propos dudit traité».

Le texte intégral de la requête de la Bolivie sera prochainement disponible sur le site Internet de la Cour : www.icj-cij.org.

La Cour internationale de Justice (CIJ) est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Elle a été instituée en juin 1945 par la Charte des Nations Unies et a entamé ses activités en avril 1946. La Cour a son siège au Palais de la Paix, à La Haye (Pays-Bas). C'est le seul des six organes principaux de l'ONU dont le siège ne soit pas à New York. La Cour a une double mission, consistant, d'une part, à régler conformément au droit international les différends d'ordre juridique qui lui sont soumis par les Etats (par des arrêts qui ont force obligatoire et sont sans appel pour les parties concernées) et, d'autre part, à donner des avis consultatifs sur les questions juridiques qui peuvent lui être soumises par les organes de l'ONU et les institutions du système dûment autorisées à le faire. La Cour est composée de quinze juges, élus pour un mandat de neuf ans par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies. Indépendante du Secrétariat des Nations Unies, elle est assistée par un Greffe, son propre secrétariat international, dont l'activité revêt un aspect judiciaire et diplomatique et un aspect administratif. Les langues officielles de la Cour sont le français et l'anglais. Aussi appelée «Cour mondiale», elle est la seule juridiction universelle à compétence générale.

Il convient de ne pas confondre la CIJ, juridiction uniquement ouverte aux Etats (pour la procédure contentieuse) et à certains organes et institutions du système des Nations Unies (pour la procédure consultative), avec les autres institutions judiciaires, pénales pour la plupart, établies à La Haye et dans sa proche banlieue, comme par exemple le Tribunal pénal international pour

l'ex-Yougoslavie (ou TPIY, juridiction ad hoc créée par le Conseil de sécurité), la Cour pénale internationale (CPI, la première juridiction pénale internationale permanente, créée par traité, qui n'appartient pas au système des Nations Unies), le Tribunal spécial pour le Liban (ou TSL, organe judiciaire indépendant composé de juges libanais et internationaux), ou encore la Cour permanente d'arbitrage (CPA, institution indépendante permettant de constituer des tribunaux arbitraux et facilitant leur fonctionnement, conformément à la Convention de La Haye de 1899).

Département de l'information :

M. Andreï Poskakoukhine, premier secrétaire de la Cour, chef du département (+31 (0)70 302 2336)
M. Boris Heim, attaché d'information (+31 (0)70 302 2337)
Mme Joanne Moore, attachée d'information adjointe (+31 (0)70 302 2394)
Mme Genoveva Madurga, assistante administrative (+31 (0)70 302 2396)

Doc. num. 28

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Palais de la Paix, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haye, Pays-Bas
Tél : +31 (0)70 302 2323 Télécopie : +31 (0)70 364 9928
Site Internet : www.icj-cij.org Compte Twitter : @CIJ_ICJ

Communiqué de presse

Non officiel

N° 2016/16
Le 6 juin 2016

Le Chili introduit une instance contre la Bolivie au sujet d'un différend relatif au statut et à l'utilisation des eaux du Silala

LA HAYE, le 6 juin 2016. La République du Chili (ci-après le «Chili») a introduit ce jour devant la Cour internationale de Justice (CIJ), organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, une instance contre l'Etat plurinational de Bolivie (ci-après la «Bolivie»), au sujet d'un différend ayant trait au statut et à l'utilisation des eaux du Silala.

Dans sa requête, le Chili soutient que les eaux du Silala proviennent de sources souterraines situées en territoire bolivien, «à quelques kilomètres au nord-est de la frontière internationale entre le Chili et la Bolivie». Le Silala poursuit ensuite son cours de l'autre côté de la frontière, pénètre en territoire chilien, où il «est encore alimenté par d'autres sources …, avant d'atteindre l'Inacaliri». D'après le Chili, le Silala s'étend sur quelque 8,5 kilomètres, dont environ 3,8 en territoire bolivien, et 4,7 en territoire chilien. Le Chili soutient également que «[l]es eaux du Silala ont historiquement, et depuis plus d'un siècle, été utilisées au Chili à différentes fins, dont l'approvisionnement en eau de la ville d'Antofagasta, et de celles de Sierra Gorda et Baquedano».

Le Chili indique, à propos du Silala, que «sa qualité de cours d'eau international n'avait jamais été contestée avant 1999, date à laquelle la Bolivie a, pour la première fois, prétendu que ses eaux étaient exclusivement boliviennes». Le Chili affirme qu'il a «toujours été disposé à participer à des discussions avec la Bolivie à propos du régime d'utilisation des eaux du Silala», mais que ces discussions se sont soldées par un échec, «la Bolivie persistant à nier que celui-ci est un cours d'eau international et s'arrogeant le droit exclusif d'en utiliser les eaux». D'après le Chili, le différend entre les deux Etats porte donc sur la nature du Silala en tant que cours d'eau international, et des droits et obligations qui en découlent pour les Parties au regard du droit international.

En conséquence, le Chili «prie la Cour de dire et juger que :

a) le système hydrographique du Silala, parties souterraines comprises, est un cours d'eau international, dont l'utilisation est régie par le droit international coutumier ;

b) le Chili est en droit d'utiliser de manière équitable et raisonnable les eaux du système hydrographique du Silala, conformément au droit international coutumier ;

c) le Chili, selon le critère d'utilisation équitable et raisonnable, est en droit d'utiliser comme il le fait actuellement les eaux du Silala ;

d) la Bolivie est tenue de prendre toutes les mesures voulues pour prévenir et limiter la pollution et autres formes de préjudice que ses activités causent au Chili à proximité du Silala ;

e) la Bolivie est tenue de coopérer et de notifier au Chili en temps utile les mesures projetées qui sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des ressources en eau partagées, de procéder à l'échange de données et d'informations et de réaliser au besoin une évaluation de l'impact sur l'environnement, afin de permettre au Chili d'anticiper les effets possibles de telles mesures ; or, la Bolivie a violé ces obligations».

*

Le demandeur invoque comme base de compétence de la Cour l'article XXXI du traité américain de règlement pacifique (pacte de Bogotá) du 30 avril 1948, auquel les deux Etats sont parties. Cet article se lit comme suit : «Conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, les Hautes Parties Contractantes en ce qui concerne tout autre Etat américain déclarent reconnaître comme obligatoire de plein droit, et sans convention spéciale tant que le présent Traité restera en vigueur, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique surgissant entre elles et ayant pour objet :

a) l'interprétation d'un traité ;

b) toute question de droit international ;

c) l'existence de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;

d) la nature ou l'étendue de la réparation qui découle de la rupture d'un engagement international.»

Le texte intégral de la requête introductive d'instance du Chili sera prochainement disponible sur le site Internet de la Cour (www.icj-cij.org). Il peut aussi être obtenu sur demande adressée par courriel au département de l'information : information@icj-cij.org.

La Cour internationale de Justice (CIJ) est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Elle a été instituée en juin 1945 par la Charte des Nations Unies et a entamé ses activités en avril 1946. La Cour a son siège au Palais de la Paix, à La Haye (Pays-Bas). C'est le seul des six organes principaux de l'ONU dont le siège ne soit pas à New York. La Cour a une double mission, consistant, d'une part, à régler conformément au droit international les différends d'ordre juridique qui lui sont soumis par les Etats (par des arrêts qui ont force obligatoire et sont sans appel pour les parties concernées) et, d'autre part, à donner des avis consultatifs sur les questions juridiques qui peuvent lui être soumises par les organes de l'ONU et les institutions du système dûment autorisées à le faire. La Cour est composée de quinze juges, élus pour un mandat

de neuf ans par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies. Indépendante du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, elle est assistée par un Greffe, son propre secrétariat international, dont l'activité revêt un aspect judiciaire et diplomatique et un aspect administratif. Les langues officielles de la Cour sont le français et l'anglais. Aussi appelée «Cour mondiale», elle est la seule juridiction universelle à compétence générale.

Il convient de ne pas confondre la CIJ, juridiction uniquement ouverte aux Etats (pour la procédure contentieuse) et à certains organes et institutions du système des Nations Unies (pour la procédure consultative), avec les autres institutions judiciaires, pénales pour la plupart, établies à La Haye et dans sa proche banlieue, comme par exemple le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ou TPIY, juridiction ad hoc créée par le Conseil de sécurité), la Cour pénale internationale (ou CPI, première juridiction pénale internationale permanente, créée par traité, qui n'appartient pas au système des Nations Unies), le Tribunal spécial pour le Liban (ou TSL, organe judiciaire international doté d'une personnalité juridique indépendante, établi par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies à la demande du Gouvernement libanais et composé de juges libanais et internationaux), ou encore la Cour permanente d'arbitrage (ou CPA, institution indépendante permettant de constituer des tribunaux arbitraux et facilitant leur fonctionnement, conformément à la Convention de La Haye de 1899).

Département de l'information :

M. Andreï Poskakoukhine, premier secrétaire de la Cour, chef du département (+31 (0)70 302 2336)
M Boris Heim, attaché d'information (+31 (0)70 302 2337)
Mme Joanne Moore, attachée d'information (+31 (0)70 302 2394)
Mme Genoveva Madurga, assistante administrative (+31 (0)70 302 2396)

Doc. num. 29

Información y servicios
- Lista del Cuerpo Diplomático y OO.II. en Chile
- Manual del regreso
- Programa Visa Waiver
- Red Consular
- Servicios Consulares
- Solicitud Material de Prensa
- Trámites más solicitados
- Visas

Temas
- Bilateral
- Multilateral
- Derechos Humanos
- Asuntos Culturales
- Energía, Ciencia y Tecnología
- Medio Ambiente
- Antártica
- Asuntos Globales
- Coordinación Regional

Sitios Relacionados
- Academia Diplomática
- AGCID
- Apostilla
- Chile en el Exterior
- Chile ante La Haya
- Chilesomostodos
- Chile va Contigo
- DIFROL
- DIRAC
- DIRECON
- Nuestro Océano

Jueves, 25 de agosto de 2016

Subsecretario Riveros participó en cierre de seminario realizado en la Acade

Comparte : Me gusta 0 0 Tweet

El Subsecretario de Relaciones Exteriores, Edgardo Riveros, participó en la clausura del seminario "Tribunales Internacionales y Diplomacia. El Papel de las facultades de Derecho", organizado por la Academia Diplomática Andrés Bello y la Unidad de la Corte Internacional de Justicia del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En dicho encuentro estuvieron presentes el Embajador Juan Somavia, Director de la Academia Diplomática Andrés Bello; el Embajador José Miguel Insulza, Agente ante la Corte Internacional de Justicia; la Embajadora María Teresa Infante, Co agente y Embajadora de Chile en Países Bajos; el Sr. Claudio Grossman, Co agente ante la Corte Internacional de Justicia; el Embajador Alberto Van Klaveren, ex subsecretario de relaciones exteriores y ex Co agente ante la Corte Internacional de Justicia Sr. Edmundo Vargas Carreño, Director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile y ex Subsecretario de Relaciones Exteriores, así como, destacados académicos.

El Subsecretario señaló en su intervención que los desafíos que la globalización impone al derecho internacional resultan evidentes a partir de la segunda mitad del siglo pasado, en que la evolución del sistema internacional y las crecientes necesidades de regular este fenómeno han conducido a un visible aumento de temáticas consideradas de interés internacional, de legislación internacional aplicable, nuevas instituciones globales y regionales y de órganos de

ProChile

Archivo General Histórico

solución de controversias, tanto entre los Estados como entre éstos y entes privados.

Manifestó que frente a esta nueva realidad, se requiere que el Derecho Internacional encuentre fórmulas que permitan hacer viable una cierta regulación, respetando la voluntad, los intereses y soberanía de los Estados miembros del ordenamiento jurídico internacional. Para nuestra región, explicó, "no cabe duda de la importancia del desarrollo del régimen internacional de los derechos humanos, tal como hoy lo es el desarrollo del derecho internacional humanitaria en las regiones azotadas por la guerra; las normas específicas de protección del medio ambiente, solo por nombrar algunas".

También destacó que las discusiones y temas que se abordaron en este seminario son fundamentales a la hora de evaluar y formular la vinculación de nuestro país con el exterior. "Chile ha estado histórica y activamente asociado a un sistema internacional fundado en principios, normas y valores compartidos. Esta vinculación creciente al mundo constituye un imperativo geográfico, político, económico, social y cultural", sostuvo la autoridad.

Finalmente concluyó que nuestro país se ha insertado en un mundo crecientemente globalizado buscando oportunidades de vinculación e integración. En esta búsqueda de inserción internacional constante, Chile ha actuado en forma pragmática, consciente de que los desafíos de velar por su interés nacional solo pueden ser asumidos desde la perspectiva de cooperación en los foros multilaterales.

subir | volver

Elección de representantes capítulo nacional-UNASUR

Resultado Elecciones UNASUR

Igualdad de Género

UNASUR
Padrón electoral

Doc. num. 30

Reunión del Consejo Asesor para defensa de Chile frente a pretensión peruana

Comparte : Me gusta 0 0 Tweet

Jueves 11 de junio de 2009

El Subsecretario de Relaciones Exteriores y Agente ante la Corte Internacional de Justicia, Embajador Alberto van Klaveren Stork, presidió una nueva reunión del Comité Asesor de Chile para hacer frente a la demanda presentada por el Perú ante dicho tribunal con el propósito de cambiar el límite marítimo vigente.

El Comité Asesor, integrado por distinguidos académicos, embajadores, especialistas en derecho internacional y relaciones internacionales, se ha venido reuniendo periódicamente, brindando sus análisis y estudios al equipo organizado en la Cancillería, sobre todos los temas atinentes a la demanda marítima antes indicada.

El Ministerio de Relaciones Exteriores consulta en forma permanente al Comité Asesor, a fin de contar con el aporte de personalidades que poseen una amplia experiencia en las materias que comprende la demanda peruana, y que ofrecen su contribución en forma ponderada y comprometida con la mejor defensa de los derechos del país.

Entre los miembros del Comité Asesor, tomaron parte en la reunión, la subsecretaria de Marina, Carolina Echeverría; el subsecretario General de la Presidencia, Edgardo Riveros; Eduardo Vío Grossi, Helmut Brunner, José Miguel Barros, Hugo Llanos, Edmundo Vargas Carreño, Javier Illanes, Fernando Zegers, Carmen Hertz, Astrid Espaliat, Hernán Salinas, Carlos Mackenney, Jorge Berguño, Jeannette Irigoin y Octavio Errázuriz.

Integran también este Comité Asesor, Juan Emilio Cheyre, Julio Faúndez, Joaquín Fermandois, Ximena Fuentes, Claudio Grossmann, Jaime Lagos, Rodrigo Quintana, Marcos Robledo, Ernesto Videla y Luis Winter.

Diversos miembros del Consejo Asesor integran grupos de trabajo abocados a temas específicos, realizan investigaciones y desarrollan estudios que sirven de base a la preparación de la Contramemoria chilena.

subir | volver

Acceso directo

podría ser de interés...

- Cancilleres de Chile y de Ecuador: Tratados de 1952 y 1954 son de límites
- Cancillería coincide con documento elaborado por ex Ministros de RR.EE.
- Lea declaración "El Límite Marítimo Chile-Perú", realizada por nueve ex cancilleres de Chile sobre la pretensión peruana ante la Haya:

  - Diario La Tercera - **Baje** y **lea** la publicación aquí (pdf - 2.701 kb)

  - Diario El Mercurio - **Lea** Publicación desde aquí

  - Diario La Nación - **Lea** publicación en páginas 38 y 39.
- Canciller resaltó nuevo clima en el Hemisferio y prioridad regional
- Chile expresa disposición a mantener relación inteligente con Perú
- Pleno respaldo de empresarios a definiciones de la Cancillería
- Dirigentes PS y Senadores de la Alianza expresan disposición a colaborar
- Presidenta y Canciller pasaron revista a acciones de política exterior
- Autoridades de la Cancillería se reúnen con juristas internacionales
- Encuentro con ex Cancilleres ratifica unidad nacional frente a tema de La Haya
- Presidenta resaltó firme sentido nacional ante pretensión presentada en La Haya.
- Canciller Fernández en entrevista sobre tema pretensión peruana en la Haya (video Canal 13)
- Canciller Fernández reafirma vigencia de límites actuales.
- Presidenta Bachelet llamó a no transformar la demanda marítima del Perú en un tema de campaña en un año electoral.

Video noticioso Canal 13 (sábado 21 de marzo de 2009)

- Embajador Martabit: En Derecho, predominan los argumentos de Chile.
- Apoyo transversal fortalece a los equipos que lidera la Cancillería.
- Gobierno de Chile emitió Declaración Oficial sobre presentación ante Corte Internacional de Justicia.

Elección de representantes capítulo nacional-UNASUR

Resultado Elecciones UNASUR

Igualdad de Género

UNASUR Padrón electoral

Links de Interés

- Programa Visa Waiver
- Visas
- Apostilla
- Precedencia Nacional y Regional
- Lista del Cuerpo Diplomático y OO.II. en Chile
- Acceso a portada y bases de datos
- Biblioteca Ministerio de RR.EE.
- Historia de la Biblioteca
- Sala Santiago Benadava

Ubicación y contacto

- Orientación Telefónica Trámites Consulares en Chile
  - 800 364 600
  - Lunes a Jueves de 9:00 a 18:00 hrs
  - Viernes de 9:00 a 17:00 hrs
- Dirección: Teatinos 180, Santiago, Chile | Fono (56-2) 2 827 4200

Chile

Doc. num. 31

Información y servicios
- Lista del Cuerpo Diplomático y OO.II. en Chile
- Manual del regreso
- Programa Visa Waiver
- Red Consular
- Servicios Consulares
- Solicitud Material de Prensa
- Trámites más solicitados
- Visas

Temas
- Bilateral
- Multilateral
- Derechos Humanos
- Asuntos Culturales
- Energía, Ciencia y Tecnología
- Medio Ambiente
- Antártica
- Asuntos Globales
- Coordinación Regional

Sitios Relacionados
- Academia Diplomática
- AGCID
- Apostilla
- Chile en el Exterior
- Chile ante La Haya
- Chilesomostodos
- Chile va Contigo
- DIFROL
- DIRAC
- DIRECON
- Nuestro Océano

Lunes, 25 de enero de 2016

Canciller Heraldo Muñoz encabezó reunión en París con equipo jurídico ante La Haya

Comparte : Me gusta 0 0 Tweet

El Ministro de Relaciones Exteriores Heraldo Muñoz, junto al Agente José Miguel Insulza; el ex Agente Felipe Bulnes; y los Coagentes María Teresa Infante y Claudio Grossman, se reunió hoy con el equipo de abogados que trabajan en la defensa chilena frente a la demanda marítima boliviana en la Corte Internacional de Justicia (CIJ). La reunión, que se inició a las 14 horas de París (10 horas de Chile) se extendió durante toda la tarde en el estudio jurídico Freshfields, Bruckhaus y Deringer, en el centro de la capital francesa.

El motivo de este encuentro, lo explicó el Canciller Muñoz: "Estamos preparando lo que se denomina la contramemoria; esto es la respuesta a la versión escrita de la demanda de Bolivia. En esta nueva etapa -donde hemos salvaguardado lo principal que es la soberanía territorial de nuestro país- lo que hay que abordar es la supuesta existencia de una obligación de negociar y a eso nos vamos a dedicar en los próximos días con el Agente, los abogados internacionales y los abogados nacionales".

El Agente José Miguel Insulza, quien había trabajado previamente en forma individual con cada uno de los abogados nacionales e internacionales que preparan la defensa chilena, en esta oportunidad pudo reunirse con todo el equipo. Lo hizo acompañado del ex agente Felipe Bulnes, lo que fue valorado por el Canciller Muñoz: "Ha sido muy positivo y útil que esté el ex Agente Felipe Bulnes para facilitar la transición hacia la responsabilidad que ha asumido José Miguel Insulza como el nuevo Agente de nuestro país. Eso demuestra que la política exterior

ProChile

Archivo General Histórico

chilena es una política de Estado, donde están políticos de todos los sectores, de todos los colores y eso habla bien de nuestro país".

La jornada de trabajo continuará mañana desde las 9 horas de París (5 horas de Chile).

Respeto al Tratado de Paz y Amistad de 1904

En esta oportunidad, el Ministro Heraldo Muñoz también se refirió a las declaraciones que efectuó ayer en Bolivia el Canciller de ese país, David Coquehuanca, sobre el Tratado entre ambos países. "Estas declaraciones se refieren al Tratado de 1904, y eso es lo que le hemos dicho a la Corte en el pasado y vamos a continuar subrayando. Esto es que Bolivia siempre ha tenido un problema con el respeto al Tratado de 1904. Es interesante que ahora el Canciller boliviano vuelva a insistir, no sobre este artilugio de la obligación de negociar, sino que sobre la existencia y el respeto a este tratado, que Bolivia siempre ha buscado revisar. Así que nos parece muy interesante lo que ha dicho el Canciller boliviano", indicó.

Los asistentes a la reunión

Los abogados internacionales que trabajan en esta reunión son Daniel Bethlehem, de Inglaterra; Pierre Marie Dupuy, de Francia; Ben Juratowitch, de Australia; Harold Koh, de Estados Unidos; y Mónica Pinto, de Argentina. Desde Chile viajaron al encuentro la Directora de Fronteras y Límites, Ximena Fuentes; el Embajador y Asesor Especial, Alberto Van Klaveren; el Abogado Hernán Salinas; el Director Jurídico de la Cancillería, Claudio Troncoso; y Mariana Durney, Coordinadora Jurídica de la Unidad Ejecutiva CIJ, además de otros asesores.

subir | volver

Elección de representantes capítulo nacional-UNASUR

Resultado Elecciones UNASUR

Igualdad de Género

UNASUR
Padrón electoral

Doc. num. 32

NOUVELLE SÉRIE — N° 40

GENEVIÈVE GUYOMAR
LICENCIÉE ÈS LETTRES
DOCTEUR EN DROIT
CHARGÉE DE RECHERCHES AU CENTRE NATIONAL
DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

COMMENTAIRE DU RÈGLEMENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Adopté le 14 Avril 1978

INTERPRÉTATION ET PRATIQUE

PRÉFACE DE Mme S. BASTID
MEMBRE DE L'INSTITUT
PROFESSEUR ÉMÉRITE A L'UNIVERSITÉ DE DROIT,
DE SCIENCES ÉCONOMIQUES ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS II

Ouvrage publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique

EDITIONS A. PEDONE - PARIS

of office, shall discharge the duty imposed upon them by that paragraph by continuing to sit until the completion of any phase of a case in respect of which the Court convenes for the oral proceedings prior to the date of such replacement.

L'article 33 du Règlement de 1978 est un nouvel article, mais il s'inspire de l'article 27, § 5 du Règlement de 1972 qui stipulait :

> « Sans préjudice de l'article 26, § 3 du Règlement (1), l'obligation incombant à un membre d'une chambre qui cesse d'être membre de la Cour de continuer à connaître d'une affaire dont il est déjà saisi n'existe que si il cesse d'être membre de la Cour après la date à laquelle la chambre se réunit pour la procédure orale. L'arrêt rendu, cette obligation n'implique pas celle de siéger dans les phases ultérieures de la même affaire... »

Ce texte consacrait formellement l'interprétation de l'article 13, § 3 du Statut donnée par la C.I.J. : un juge qui cesse d'être membre de la Cour a l'obligation de continuer à connaître de toute affaire dont il est déjà saisi, si toutefois il cesse d'être membre de la Cour après la date à laquelle celle-ci s'est réunie pour la procédure orale. Mais, et c'est là le point le plus important, lorsque l'arrêt a été rendu, cette obligation n'implique pas celle de siéger dans les phases ultérieures de la même affaire (2). Une seule dérogation à cette règle générale : tout membre d'une chambre constituée à la demande des parties pour connaître d'une affaire déterminée (article 26, paragraphe 2, du Statut) continue de siéger en l'affaire dont il s'est trouvé saisi, quel que soit le stade atteint par celle-ci au moment où ses fonctions expirent (article 17, § 4 du Règlement actuel, voir ci-dessus).

L'article 33 du Règlement de 1978 quoique rédigé de façon différente, puisqu'il a une portée beaucoup plus générale que l'ancien article 27, § 5, codifie la pratique de la C.I.J. tant en ce qui concerne la composition des chambres que celle de la Cour plénière.

ARTICLE 34

1. — En cas de doute sur l'application de l'article 17, paragraphe 2, du Statut ou en cas de désaccord sur l'application de l'article 24 du Statut, le Président informe les membres de la Cour, auxquels il appartient de prendre une décision.

2. — Une partie qui désire appeler l'attention de la Cour sur des faits qu'elle considère comme pouvant concerner l'application

(1) Ce texte correspond à l'actuel article 17, § 3 du Règlement.

(2) Sur l'ensemble de cette question, voir ci-dessus, article 2 du Règlement de 1978.

des dispositions du Statut visées au paragraphe précédent, mais dont elle pense que la Cour n'aurait pas eu connaissance, avise confidentiellement le Président de ces faits par écrit.

ARTICLE 34

1. — In case of any doubt arising as to the application of Article 17, paragraph 2, of the Statute or in case of a disagreement as to the application of Article 24 of the Statute, the President shall inform the Members of the Court, with whom the decision lies.

2. — If a party desires to bring to the attention of the Court facts which it considers to be of possible relevance to the application of the provisions of the Statute mentioned in the previous paragraph, but which it believes may not be known to the Court, that party shall communicate confidentially such facts to the President in writing.

Les précédents Règlements de la Cour ne contenaient aucune disposition précise relative à la mise en application des articles 17, § 2 et 24 du Statut. Cette lacune se trouva comblée lors de la révision de 1978, par l'adoption de l'article 34 du Règlement qui, dans une certaine mesure, vient codifier la pratique de la Cour en la matière, et n'apporte donc rien de très nouveau.

I. — Mise en application des articles 17, § 2 et 24 du Statut de la Cour

L'article 17 du Statut dispose :

« 1. — Les membres de la Cour ne peuvent exercer les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans aucune affaire.

« 2. — Ils ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, membres d'un tribunal national ou international, d'une commission d'enquête, ou à tout autre titre.

« 3. — En cas de doute, la Cour décide. »

L'article 24, d'autre part, est ainsi conçu :

« 1. — Si, pour une raison spéciale, l'un des membres de la Cour estime devoir ne pas participer au jugement d'une affaire déterminée, il en fait part au Président.

« 2. — Si le Président estime qu'un des membres de la Cour ne doit pas, pour une raison spéciale, siéger dans une affaire déterminée, il en avertit celui-ci.

« 3. — Si en pareil cas, le membre de la Cour et le Président sont en désaccord, la Cour décide. »

Les articles 17, §§ 2 et 3 et 24 sont demeurés inchangés depuis 1920. Il importe de signaler toutefois que jusqu'en 1931, la pratique de la Cour avait été que

« ces articles visaient des situations entièrement différentes, l'article 24 ne devant être invoqué que quand un juge croyait devoir se récuser pour des raisons personnelles étrangères aux faits visés par l'article 17, lesquels pouvaient être objectivement prouvés. »

Par la suite, la Cour renonça à cette distinction trop stricte (1).

a) L'article 17, § 2 du Statut (2).

La pratique de la C.P.J.I.

L'interprétation de cet article ne va pas sans quelque difficulté. Les incertitudes proviennent des mots « intervenus » et « à tout autre titre ». D'après la pratique de la C.P.J.I., deux critères permettent de déterminer quelles sortes d'interventions sont susceptibles d'entraîner l'application de l'article 17, § 2. Il faut tout d'abord que l'intervention du membre de la Cour considéré ait été une intervention active ; il faut en outre que cette intervention se soit produite après la naissance du différend soumis à la Cour. Plusieurs décisions prises par la C.P.J.I. dans des affaires consultatives en 1931, illustrent ces points.

« Un juge porta à la connaissance de la Cour qu'il avait participé à une session du conseil au cours de laquelle avait été adopté sans discussion un rapport en faveur du renvoi pour examen à une commission technique de la Société des Nations d'une question qui fut plus tard soumise pour avis à la Cour. La Cour décida que l'article 17 n'empêchait pas ce juge de siéger ; on fit remarquer qu'il

(1) Statut et Règlement de la C.P.J.I., *op. cit.*, pp. 75 et 140 ; C.P.J.I., série E, n° 7, p. 277.

(2) En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 17 du Statut, signalons qu'à l'origine ce texte, outre une stipulation relative aux juges suppléants qui dla parut en 1936, comportait la précision suivante : « Les membres de la Cour ne peuvent exercer les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans aucune affaire *d'ordre international* ». Lors de la session préliminaire de la Cour, il fut entendu que les affaires « d'ordre international » étaient les litiges susceptibles de mettre en présence des Etats. Il appartiendrait aux juges de déterminer dans chaque hypothèse précise, si tel ne risquait pas d'être le cas. La Cour pourrait, éventuellement, être amenée à se prononcer.

Cette disposition dangereuse fut supprimée en 1936, C.P.J.I., série D, n° 2, 3e add., p. 12 ; Hudson, *op. cit.*, p. 224.

ne s'agissait pas d'une participation « active » ; l'élément décisif était de savoir si le conseil, à cette occasion, avait bien traité la question même dont la Cour était saisie.

« Un autre juge avait pris part à des travaux entrepris à la demande du conseil au sujet de la question générale dont le point envoyé à la Cour constituait un aspect particulier. Ce point spécial n'ayant pas été débattu par le conseil, la Cour décida que ce juge pouvait siéger en l'espèce.

« Un troisième juge avait participé à une session du Conseil au cours de laquelle avait été adoptée une résolution qui était visée dans une requête pour avis consultatif adressée à la Cour. La Cour fut d'avis que ce fait ne l'empêchait pas de siéger pour l'élaboration de cet avis étant donné d'une part que ladite résolution était un fait antérieur au différend soumis à la Cour, et d'autre part que le juge n'avait pas pris une part active au traitement de l'affaire par le conseil. » (3).

La nécessité d'une intervention « active » pour que l'article 17 du Statut soit applicable était à l'origine fondée sur le texte anglais du Statut qui au terme français « intervenus » faisait correspondre les mots « has taken an active part ». Les stipulations adoptées en 1945 apparaissent plus restrictives encore car le mot « active » a disparu.

Un point mérite d'être souligné : il s'agit de la liaison étroite existant, en fait entre les articles 16 et 17 du Statut. Certes l'article 16 ne vise en principe que les incompatibilités de fonctions. Il est ainsi conçu :

« 1. — Les membres de la Cour ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative, ni se livrer à aucune autre occupation de caractère professionnel.

« 2. — En cas de doute, la Cour décide. »

Mais s'il impose aux juges pour l'avenir et après leur élection certaines obligations, il ne peut empêcher qu'avant l'élection ils aient exercé parfois des fonctions ou effectué des travaux qui peuvent se révéler inconciliables avec les attributions de membre de la Cour dans des cas déterminés. Les activités politiques ou administratives ... etc... n'étaient pas prohibées avant l'élection. Elles ne l'empêchent pas, mais elles peuvent si une affaire dont ils ont eu à connaître antérieurement vient à être portée devant la Cour, interdire à certains juges de siéger dans l'affaire en question.

Pour mémoire, il nous faut signaler que le 4 février 1922, les membres de la Cour exprimèrent leur avis sur les incompatibilités de fonctions. Cet avis fut le suivant :

« *a*) il y a incompatibilité entre les fonctions de juge à la Cour et les fonctions de membre d'une institution telle que le conseil de contentieux du ministère des Affaires étrangères italien.

(3) Statut et Règlement de la C.P.J.I., *op. cit.*, pp. 75-76.

b) il n'y a pas incompatibilité entre les fonctions de juge et celles de membre d'une commission gouvernementale chargée de préparer les lois relatives à la propriété littéraire et aux droits d'auteur.

c) il n'y a pas incompatibilité entre les fonctions de juge et celles de membre d'une commission gouvernementale d'examen pour les candidats au service diplomatique.

d) les juges, ou en cas de doute, la Cour, décideront dans chaque cas d'espèce s'il y a incompatibilité entre leurs fonctions de juges et leur intervention dans les litiges de droit international privé.

e) sous réserve des cas spéciaux dont la Cour pourrait être appelée à juger, les négociations, même sans caractère politique, sont interdites aux juges.

f) les juges peuvent participer aux conférences internationales qui auront pour objet d'élaborer les règles du droit futur. » (4).

Dans la pratique, les fonctions suivantes, entre autres, ont été acceptées ou exercées par les membres de la Cour avec l'approbation de cette dernière :

Président ou membre d'un Tribunal arbitral mixte (MM. Loder et Nyholm) ; Président de la commission internationale des lois de la guerre (M. Moore) ; rapporteur dans un différend entre l'Angleterre et l'Espagne au sujet du Maroc (M. Huber) ; Président d'une commission de conciliation (M. Huber) (5). C'est la question de la participation à des commissions de conciliation qui souleva le plus de discussions.

« En septembre 1926, l'un des gouvernements parties aux Accords de Locarno ayant demandé s'il y avait incompatibilité entre les fonctions de juge titulaire à la Cour et celles de Président d'une commission prévue dans lesdits Accords, les déclarations suivantes furent faites au nom du Président de la Cour :

1° Il n'y a pas incompatibilité de droit entre les fonctions de membre de la Cour permanente de Justice internationale et celles de membre d'une commission de conciliation.

2° La participation d'un juge aux travaux d'une commission de conciliation en qualité de commissaire entraînerait pour lui l'obligation de ne pas siéger à la Cour, au cas où la même question serait ultérieurement soumise à la procédure judiciaire. Dès lors, il y a *de facto* une certaine incompatibilité entre les fonctions de juge et celles de membre d'une commission de conciliation, quand le même accord prévoit le règlement judiciaire à défaut du règlement devant la commission de conciliation.

« Pareille incompatibilité n'existe par contre aucunement, si un membre de la Cour est appelé à faire partie d'une instance de conciliation instituée en vertu d'un accord qui ne prévoit pas comme solution éventuelle le règlement judiciaire des questions litigieuses. » (6).

(4) C.P.J.I., série E, n° 3, p. 177.
(5) *Id.*
(6) C.P.J.I., série E, n° 3, p. 178.

L'avis exprimé ainsi par le Président fut, par la suite, cité comme précédent (7) et avalisé par le comité de juristes chargé de la révision éventuelle du Statut de la C.P.J.I. (8). Lors de la 20e session ordinaire de la Cour, la question fut à nouveau discutée. Le 20 février 1931, il fut décidé :

> « Dorénavant, rien ne s'opposera à ce que certains membres acceptent, s'ils le jugent convenable, de faire partie de commissions de conciliation ou d'enquête sous réserve de l'application éventuelle des dispositions du Statut. » (9).

En 1936

> « Le gouvernement d'un Etat demanda au Président de la Cour s'il accepterait la présidence d'une commission permanente de conciliation, constituée en vertu d'un traité de conciliation et d'arbitrage.
>
> « Le Président de la Cour estima ne pouvoir accepter cette mission pour le motif suivant : aux termes du traité, un différend soumis à la commission de conciliation pouvait, plus tard, être porté devant la Cour, si la procédure devant la commission n'aboutissait pas à un règlement amiable et, dans ce cas, l'article 17 du Statut de la Cour empêcherait le Président de celle-ci de siéger dans l'affaire.
>
> « Par la suite cependant, le Président de la Cour fut invité par les deux Etats intéressés à désigner, aux termes du traité mentionné plus haut, le président de cette commission de conciliation, les deux Etats ne pouvant se mettre d'accord sur cette désignation. Le Président de la Cour accepta de se charger de cette mission. » (10).

Outre les différentes espèces citées jusqu'ici pour illustrer les grandes tendances de la pratique suivie par la C.P.J.I. en matière d'application de l'article 17 du Statut, il importe de mentionner d'autres cas concrets qui se présentèrent devant la Cour.

En 1928, la Cour décida que certaines activités exercées par un de ses membres en qualité de conseiller juridique du Département politique fédéral suisse ne l'empêcheraient pas de siéger dans l'affaire des *Zones franches*, car elles avaient été exercées avant la naissance du différend (11). Cette décision fut confirmée en 1929 (12).

A la date du 1er mai 1931, un membre de la Cour

> « ... souleva la question de savoir si la situation de délégué du gouvernement de son pays à la Conférence internationale du Travail était incompatible avec sa situation de juge à la Cour. Par la même occasion, il demanda également s'il était admissible qu'un juge fît un exposé officiel, lors d'un banquet réunissant des délégations de plusieurs pays, sur un aspect bien délimité de la politique internationale de son gouvernement. La majorité des membres de la Cour

(7) C.P.J.I., série E, n° 7, p. 215.
(8) Statut et Règlement de la C.P.J.I., *op. cit.*, p. 69 et s.
(9) C.P.J.I., série E, n° 7, p. 266.
(10) C.P.J.I., série E, n° 16, p. 152.
(11) C.P.J.I., série E, n° 4, p. 262.
(12) C.P.J.I., série E, n° 6, pp. 272-273.

fut d'avis que, et la situation de délégué et le fait de prononcer officiellement un exposé de la politique de son gouvernement constituaient des fonctions « politiques » au sens de l'article 16 du Statut : *toute fonction obligeant une personne à suivre les instructions de son gouvernement — quelle que fût son opinion personnelle — était à considérer comme étant de nature « politique »* (13). Il fut également remarqué que, même sans tenir compte de l'article 16 du Statut, la prudence s'imposait, étant donné que la Cour pourrait être invitée à se prononcer sur des questions discutées à la Conférence du Travail.

« Le sentiment de la Cour étant très clair il ne fut pas jugé nécessaire de procéder à un vote. Il demeura entendu que la question de droit restait intacte, et que la décision ne s'appliquait qu'au cas d'espèce. » (14).

Dans le même ordre d'idées, il faut souligner que compte tenu de la définition retenue par la Cour des fonctions « politiques », les membres d'un parlement n'étant aucunement dans la dépendance de leur gouvernement (ils sont les mandataires de leurs électeurs) n'ont pas à démissionner lors de leur élection comme juges à la Cour (15).

Toujours dans le cadre de la C.P.J.I., un cas d'espèce particulièrement intéressant se présenta en 1939, lors de l'examen par la Cour de l'affaire de la *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie :* il s'agissait, en effet, dans cette hypothèse de l'application éventuelle de l'article 17 du Statut, non plus à un membre titulaire de la Cour, mais à un juge *ad hoc* (16).

Traditionnellement, le problème de l'acceptation de décorations par les membres de la Cour ou par le Greffier est rattaché à l'article 17 du Statut. A cet égard, notons que :

« Le 30 juillet 1926, la Cour adopta la résolution suivante :

« La Cour est d'avis que ni ses membres, ni le Greffier ou des fonctionnaires du Greffe, ne devraient accepter de décorations sans le consentement de la Cour. »

« Il fut également décidé qu'en règle générale, la Cour se prononcerait au scrutin secret dans les cas où elle aurait à appliquer cette décision. » (17).

Certains volumes de la série E font mention de décisions prises en application de cette résolution (18). En 1931,

« La Cour, lors de sa 20e session (ordinaire), fut saisie d'une proposition tendant à modifier la pratique suivie par elle en matière

(13) C'est nous qui soulignons.

(14) C.P.J.I., série E, n° 7, p. 266. Voir cependant ci-dessous, la position prise par la C.I.J. dans certaines affaires récentes, au cours desquelles des demandes en récusation avaient été dirigées contre quelques uns de ses membres.

(15) C.P.J.I., série D, n° 2, pp. 10-11.

(16) C.P.J.I., série E, n° 16, p. 152.

(17) C.P.J.I., série E, n° 3, p. 178.

(18) C.P.J.I., série E, n° 3, p. 178 ; n° 4, p. 262 ; n° 5, p. 232 ; n° 7, pp. 264-265.

d'acceptation de décorations par les juges et par le Greffier, et à prohiber ou à limiter étroitement l'acceptation de ces distinctions. La question fit l'objet d'un assez long examen, et divers textes de résolutions furent proposés. Finalement, toutefois, la proposition fut retirée et la Cour constata que la pratique en vigueur, qui se fonde sur la résolution de 1926, demeurait applicable. » (19).

La pratique de la C.I.J.

Jusqu'en 1967, la C.I.J. semble, en règle générale, s'être conformée à la pratique établie par la C.P.J.I. tant en ce qui concerne l'application des articles 16 et 17 du Statut qu'en ce qui concerne l'article 24 (voir ci-dessous). Les précédents relatifs aux articles 16 et 17 sont les suivants :

En 1951, le Vice-Président de la Cour, alors M. Guerrero, accepta, après avoir consulté les autres membres de celle-ci, de faire partie d'une commission *ad hoc* qui avait été constituée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans le but de trouver une solution humanitaire à la question des prisonniers de guerre (20). En 1952, sir Benegal Rau qui avait représenté l'Inde au Conseil de sécurité des Nations Unies lorsque celui-ci avait examiné la plainte du Royaume-Uni contre l'Iran pour non observation des mesures conservatoires indiquées par la Cour en juillet 1951 dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian*, ne siégea pas dans cette affaire (21). Il en fut de même, dans l'affaire *Nottebohm* de M. Lauterpacht qui avait antérieurement siégé en qualité de conseil du Liechtenstein (22) et dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* de M. Jessup qui avait participé comme conseil de l'une des parties à la préparation de l'affaire en question (23). Sir Muhammad Zafrulla Khan qui, avant son élection avait été désigné (cette désignation étant d'ailleurs rapportée presque aussitôt) comme juge *ad hoc* par l'une des parties, ne siégea pas dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*.

En revanche aucun des juges qui participèrent comme membres de leurs délégations nationales à la Conférence de San Francisco, aucun de ceux qui avaient fait partie du comité consultatif de juristes ne furent disqualifiés dans les affaires concernant l'interprétation de la Charte. Sir Arnold Mac Nair qui, en 1927, avait pris part à la préparation d'un rapport sur les réserves aux conventions multilatérales soumis au Conseil de la S.D.N., siégea dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Il en fut de même dans l'affaire des *Pêcheries* de M. Klaestad qui était membre de la Cour suprême de Norvège lorsque celle-ci avait statué dans une espèce invoquée par les parties. MM. Basdevant

(19) C.P.J.I., série E, n° 7, p. 266.
(20) C.I.J., *Annuaire* 1953-1954, p. 88.
(21) C.I.J., Mémoires, *Anglo-Iranian Company*, pp. 426-429.
(22) C.I.J., Mémoires, *Nottebohm*, Vol. II, p. 33.
(23) C.I.J., Mémoires, *Temple de Préah Vihéar*, Vol. II, pp. 5-6.

et Hackworth ne furent pas davantage disqualifiés dans l'affaire des *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* bien que tous deux aient été conseillers juridiques de leurs ministères des Affaires étrangères respectifs, alors que le litige n'en était encore qu'au stade des négociations diplomatiques (24).

D'autre part, en 1957, deux gouvernements désireux de confier à l'un des juges les fonctions de membre d'une commission de juristes internationaux, s'adressèrent à cet effet au Président de la Cour. Considérant que, s'il exerçait ces fonctions, le juge dont il s'agissait pourrait être gêné par la suite dans l'accomplissement de sa tâche à la Cour, le Président saisit celle-ci qui décida de s'en remettre à l'intéressé. Celui-ci finalement refusa.

Sur un plan plus général, il fut décidé qu'un juge doit s'abstenir d'accepter les fonctions d'arbitre, de président de commission de conciliation ou d'enquête, s'il apparaît possible que la décision qui sera prise par lui ou avec sa participation, fasse par la suite l'objet d'un recours devant la Cour internationale (25).

En 1947, la Cour avait constitué un comité des incompatibilités composé de trois membres qui lui présenta un rapport. La Cour ne prit alors aucune décision, se contentant de déclarer que lorsqu'un doute se présenterait à l'esprit d'un juge, sur le point de savoir s'il lui serait loisible de conserver ou d'accepter certaines fonctions, ce juge pourrait demander l'avis du Président ou de la Cour. C'était là entériner purement et simplement la pratique suivie jusque-là. Mais en mai 1967, la Cour jugea nécessaire

> « de réexaminer sa pratique en fonction des conditions actuelles et de son expérience récente. »

Elle chargea donc un nouveau comité composé de sir Gérald Fitzmaurice, de M. Gros et de M. Ammoun d'étudier le problème et de lui soumettre des recommandations. Ainsi fut fait et la Cour après avoir examiné le rapport du comité l'adopta le 3 juillet 1968. Les recommandations approuvées par la Cour portent sur les points suivants : autres formes de règlement pacifique des différends ; activités scientifiques (25 *bis*) ; fonctions publiques et occupations de caractère professionnel ; activités privées. Ni le texte, ni même la teneur des recommandations en question n'ont été publiés jusqu'ici (26).

Signalons enfin que, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*,

(24) Rosenne, *op. cit.*, pp. 196-197.

(25) C.I.J., *Annuaire* 1953-1954, p. 88.

(25 *bis*) En ce qui concerne les activités scientifiques, les membres de la Cour ont manifesté la plus grande réserve jusque vers 1950 : ils publiaient peu d'articles et pratiquement pas de livres. Cette réserve paraît avoir été peu à peu abandonnée.

(26) C.I.J., *Annuaire* 1967-1968, p. 91.

« M. Oda a fait savoir au Président que, sous réserve de la décision que pourrait prendre la Cour, il croyait ne pas devoir prendre part à l'examen de [cette affaire]. Le Président a consulté la Cour, qui a décidé que la position de M. Oda était entièrement justifiée. En conséquence, celui-ci s'est abstenu de siéger en l'affaire. » (27).

En ce qui concerne la pratique de la C.I.J. en matière d'acceptation de décorations par ses membres ou par les fonctionnaires du Greffe, nous ne disposons d'aucune indication précise.

b) L'article 24 du Statut.

Des discussions au sein du comité consultatif de juristes de 1920, il résulte très clairement que si ce comité se refusait à admettre le droit de récusation (qui avait été prévu dans le projet des cinq Puissances neutres) il entendait laisser à la Cour la possibilité d'exclure, si nécessaire, certains de ses membres et même laisser à ceux-ci le droit de se retirer (28) lorsqu'il leur apparaîtrait impossible de siéger pour une raison valable (on avait envisagé en particulier, le cas d'un juge qui se trouvait avoir un intérêt personnel en jeu dans le litige considéré). Le comité s'abstint cependant d'interdire explicitement le droit de récusation, car à son avis, si ce droit n'était pas prévu, il ne saurait exister. A plusieurs reprises d'autre part, l'idée se fit jour que si les parties ou l'une d'elles élevaient des objections sérieuses contre la présence d'un juge sur le siège, elle trouverait bien le moyen de faire valoir les objections en question auprès du Président. Or c'est celui-ci qui serait chargé en tout état de cause d'apprécier si un membre de la Cour devait ou non se retirer (29). Il fut entendu cependant, qu'en cas de désaccord entre le Président et le juge en cause, la décision appartiendrait en définitive à la Cour. La troisième commission de la première Assemblée de la S.D.N., à laquelle le projet de Statut de Cour permanente avait été transmis, amenda légèrement le texte de l'alinéa 1 (30) afin de « mieux exprimer l'idée qu'il ne s'agissait pas seulement de circonstances qui rendent impossible pour un juge l'accomplissement de ses fonctions mais de raisons qui lui font un

(27) C.I.J., *Annuaire* 1976-1977, p. 115.

(28) Devant la sous-commission de la Troisième commission de l'Assemblée de la S.D.N., la crainte fut formulée que cette faculté n'aboutit qu'à porter atteinte au *quorum*, mais il fut répondu que cette hypothèse n'était guère plausible, le *quorum* étant de neuf, et le nombre total des juges de quinze, Statut et Règlement de la C.P.J.I., *op. cit.*, p. 138.

(29) Au cours des débats au sein de la sous-commission de la Troisième commission de l'Assemblée de la S.D.N., on posa la question de savoir ce que devrait faire le Président si c'était lui-même qui désirait se retirer. Il fut répondu qu'il devrait alors consulter le Vice-Président.

(30) Les mots « devoir ne pas participer » remplacèrent les mots « ne pouvoir participer ».

devoir moral de se retirer » (31). L'article 24 ne devait subir par la suite aucune autre modification. Il passa sans changement dans le Statut de la C.I.J.

Pratique de la C.P.J.I.

Il est curieux de constater que le terme de « récusation » a été utilisé dans un sens extrêmement large dans le cadre de la C.P.J.I. Il couvrait en fait, toute application de l'article 24 du Statut.

L'interprétation de ce dernier fut mise en cause en 1926. Il fut proposé d'insérer dans le Règlement la disposition suivante :

> « Dans les cas où il n'est pas possible, au moyen de l'article 31 du Statut, d'assurer aux parties une situation égale par rapport à la composition de la Cour, les paragraphes 1 et 2 de l'article 24 du Statut seront considérés comme applicables. »

Cette proposition ne fut pas retenue par la Cour. Elle considéra en effet que l'article 24 avait été adopté par le comité consultatif de juristes pour des raisons tout à fait différentes et ne pouvait, par conséquent servir à rétablir l'égalité entre les parties (32). Dans l'affaire consultative dite *de Mossoul* (avis n° 12) d'autre part, l'un des Etats intéressés avait un juge sur le siège alors que l'autre n'en comptait pas. Il fut question d'appliquer l'article 24 du Statut pour parer à cette inégalité. Cette idée cependant ne fut pas admise par la Cour (33).

A propos d'une affaire soumise à la Cour pour avis consultatif, un membre de la Cour en 1931

> « ... posa une question quant à la possibilité, pour lui, de siéger dans ladite affaire, étant donné qu'il avait été appelé à participer à l'élaboration de certaines dispositions d'une convention, dont l'interprétation était en cause.
>
> « La Cour exprima l'avis que le juge dont il s'agissait n'était pas, en droit, obligé de se récuser. Cette décision, cependant, ne devait pas être considérée comme une décision de principe. A cette occasion, l'opinion fut exprimée que la Cour, si le membre dont il s'agissait avait désiré de lui-même se récuser, aurait dû s'incliner. » (34).

Le fait pour un juge de se récuser dans une affaire déterminée, laisse subsister l'obligation pour lui de prendre part à l'examen des questions sans rapport avec cette affaire et examinées par la Cour pendant la même période (35).

> « Lors de la 20e session (ordinaire) et à propos d'une affaire soumise à la Cour aux fins d'avis consultatif, un membre de la Cour, se fondant sur les termes de l'article 24, porta à la connaissance du Président qu'ayant exercé quelques années auparavant les fonctions

(31) Hudson, *op. cit.*, p. 173.
(32) C.P.J.I., série D, n° 2, add., pp. 103-104.
(33) Statut et Règlement de la C.P.J.I., *op. cit.*, pp. 130-140.
(34) C.P.J.I., série E, n° 8, p. 242.
(35) C.P.J.I., série E, n° 7, p. 274.

de rapporteur au Conseil de la Société des Nations, dans une affaire apparentée à celle que devait traiter la Cour, et qu'ayant dû par la suite procéder à certaines démarches en la même qualité, il se considérait lui-même comme empêché de prendre part à l'examen de l'affaire. Le Président fit savoir à la Cour qu'il avait dû se rendre aux raisons invoquées et partager l'opinion du membre de la Cour dont il s'agissait.

« A la date du 10 février 1931, la Cour constatant que le Président et le juge dont il s'agissait étaient du même avis, nota que ce dernier ne siégerait pas dans l'affaire soumise à la Cour. »

« Dans une autre affaire soumise aux fins d'avis consultatif, deux membres de la Cour qui avaient fait partie d'un Comité de juristes constitué par une organisation de la Société des Nations et chargé par elle de présenter un rapport sur la question qui se trouvait soumise à la Cour, firent savoir au Président que, pour ce motif et eu égard aux termes de l'article 24, ils se considéraient comme empêchés de siéger dans l'affaire. Après avoir étudié les documents pertinents qui avaient trait à la situation de ces deux juges — dont l'un invoquait également les dispositions de l'article 17 —, le Président se rangea à leur avis. La Cour dûment informée, nota qu'il leur était donc impossible de siéger. » (36).

Il ressort de ces exemples que lorsque le juge intéressé et le Président sont d'accord la Cour se borne à prendre acte et n'a pas à donner son opinion. Le texte même de l'article 24, § 3 justifie d'ailleurs pleinement cette pratique.

Une dernière question a été résolue par la C.P.J.I. :

« Un juge, à raison de scrupules qui ne se seraient fait jour dans son esprit qu'au fur et à mesure du développement de l'affaire, peut-il se récuser lorsque la procédure est déjà effectivement en cours ? Il fut observé que l'intention du Statut était qu'une récusation de cet ordre se produisit avant les débats dans l'affaire et non au cours de ces derniers ; plus spécialement, cette récusation ne devrait pas se produire après le début des audiences, car elle pourrait avoir pour conséquence de porter atteinte au *quorum*. Sauf pour une raison exceptionnelle, la composition de la Cour ne devrait pas être modifiée. » (37).

Pratique de la C.I.J.

La pratique de la C.I.J., en matière d'application de l'article 24 n'est pas très fournie. Il faut d'ailleurs signaler que la distinction

(36) C.P.J.I., série E, n° 7, pp. 276-277. Il est à noter d'ailleurs, à propos de cette affaire, que « le Greffier, eu égard aux articles 17 et 24 du Statut... avait prié le Secrétaire général de le renseigner officiellement » sur certains points ; composition du conseil lorsqu'il avait adopté certaines résolutions, composition d'une des commissions permanentes de la Société des Nations lorsque la commission avait traité la matière qui faisait l'objet de la requête... etc..., C.P.J.I., série E, n° 8, pp. 212-213. Le Président avait donc, de toute manière, l'intention de se pencher très sérieusement sur la question des éventuels empêchements de certains des membres de la Cour.

(37) C.P.J.I., série E, n° 7, p. 277.

n'est pas nettement faite entre application de l'article 24 et application de l'article 17. C'est ainsi que la disqualification de Sir Bénégal Rau, citée plus haut était rattachée à la fois à l'article 17 et à l'article 24 du Statut dans les anciens annuaires de la Cour.

Trois exemples peuvent cependant être cités : dans l'affaire des *Effets de certains jugements du Tribunal administratif des Nations Unies* M. Basdevant se référant à l'article 24 du Statut, déclara qu'à son avis, certaines circonstances personnelles lui imposaient le devoir de ne pas participer à l'affaire (sa fille, Mme Bastid, assurait en effet à cette époque la présidence du Tribunal administratif des Nations Unies). Le Président se rangea à son opinion (38) ; dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (nouvelle requête 1962) sir Muhammad Zafrulla Khan informa le Président qu'il existait des raisons pour lesquelles, à son avis, il ne devait pas participer au règlement de cette affaire. Enfin

> « Dans l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies,* MM. Petren et Ignacio-Pinto, juges, ont fait savoir au Président de la Cour, alors sir Muhammad Zafrulla Khan, que, ayant contribué à la formation de la jurisprudence du Tribunal administratif des Nations Unies citée en l'espèce, ils estimaient ne pas devoir participer à la procédure. Le Président ayant déclaré ne pas être en désaccord avec eux, ils se sont abstenus de siéger. » (39).

II. — Le droit de récusation des parties

Des origines de l'article 24 semble bien découler l'idée que le droit de récusation ne devrait pas être admis devant la Cour. Le rôle des parties restait un rôle officieux. Qu'elles soient ou non intervenues, seuls le juge intéressé, le Président ou la Cour étaient en droit de prendre une décision. La pratique de la C.P.J.I. n'est pas nette. La C.I.J. en revanche a accepté de se prononcer sur ce que l'on ne peut que considérer comme des tentatives de récusation de certains de ses membres.

Depuis 1978, le § 2 du nouvel article 34 reconnaît formellement le droit pour une partie d'« appeler l'attention de la Cour sur des faits qu'elle considère comme pouvant concerner l'application des articles 17, § 2 et 24 du Statut » et confirme le caractère confidentiel de la procédure alors susceptible d'être instaurée (application, en particulier de l'article 46 du Statut). Mais il n'ajoute rien à la pratique déjà établie et ne donne aucune indication sur la procédure à suivre le cas échéant.

(38) C.P.J.I., *Annuaire* 1953-1954, p. 89.
(39) C.P.J.I., *Annuaire* 1972-1973, p. 139.

La récusation proprement dite est « une demande par laquelle une partie, en instance devant un tribunal..., tend à écarter un ou plusieurs juges suspectés par elle de partialité » (40).

Ecartée par la majorité des membres du comité consultatif de juristes en 1920 (41), la récusation était apparue, en effet, comme une institution susceptible de diminuer dangereusement l'autorité de la Cour. Le jeu des articles 17 et 24 du Statut devait en outre permettre de parvenir plus discrètement à un résultat équivalent. Fondées sur l'article 17 du Statut, les objections élevées par les parties ou par l'une d'elles, contre la présence sur le siège d'un juge déterminé suffiraient à soulever dans l'esprit de certains membres de la Cour le doute prévu au paragraphe 3 de cet article et entraînerait donc une décision (dont l'initiative, officiellement, reviendrait à la Cour elle-même) ; fondées sur l'article 24, elles provoqueraient une proposition soit du juge lui-même, soit du Président et il suffirait qu'un désaccord se fasse jour entre eux pour que la Cour soit appelée à trancher la question, les parties n'ayant pas eu à intervenir officiellement. Cette interprétation paraît confirmée à la fois par les débats du comité de juristes de 1920 et par la pratique, embryonnaire, il est vrai, en cette matière, de la Cour permanente. Le comité consultatif de juristes arriva, en effet, à la conclusion que

> « une partie [aurait] toujours le moyen de faire connaître ses objections contre tel ou tel juge sans qu'il soit nécessaire de formuler cette faculté dans le texte du Statut. » (42).

D'autre part, le projet de règlement soumis par le Secrétariat de la Société des Nations à la Cour lors de la session préliminaire comportait un article ainsi conçu :

> « Dès la première audience, dans le cas d'un litige, ou dès réception de l'avis qu'une question a été soumise à la Cour pour avis, les Parties en litige, ou intéressées aux événements qui ont donné naissance à la question, peuvent informer le Président qu'à leur avis, soit pour les raisons d'incompatibilité prévues aux articles 16 et 17 du Statut, soit pour des raisons spéciales, ou un ou plusieurs membres de la Cour ne peuvent participer à la décision. Dans le cas d'une affaire soumise à la Cour pour jugement, la Cour décide comme dans le cas d'exceptions ou d'incidents. Dans le cas où une question est soumise à la Cour pour avis, la Cour décide à la première séance plénière à laquelle la question est appelée. » (43).

La Cour décida finalement de n'insérer dans le Règlement aucune disposition prévoyant pour les parties le droit de suggérer aux juges qu'ils ne devraient pas siéger dans certaines circonstances détermi-

(40) Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, Rousseau, 1929, 2e éd., p. 535.

(41) Voir ci-dessus, 2/.

(42) C.P.J.I., Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances, pp. 472 et s.

(43) Statut et Règlement de la C.P.J.I., *op. cit.*, p. 139.

nées (44). Ce qui ne voulait nullement dire que la Cour leur déniait ce droit : elle se refusait simplement à réglementer, donc à officialiser et encourager l'exercice du droit en question. A l'appui de cette thèse, il est possible d'invoquer une décision de la C.P.J.I.

> « A la date du 30 mars 1928, la Cour prit connaissance d'une lettre émanant de M. Huber, et dans laquelle ce dernier se demandait si certaines activités exercées par lui de 1918 à 1921 en sa qualité de conseiller juridique du Département politique fédéral suisse l'empêcheraient de siéger dans l'affaire des *Zones franches de Savoie et du Pays de Gex*, soumise à la Cour en vertu d'un compromis d'arbitrage entre la France et la Suisse.
>
> « La Cour reconnut que l'activité déployée par M. Huber... ne tombait pas sous l'application de l'article 17 du Statut, puisqu'elle avait été exercée avant la naissance du différend actuellement soumis à la Cour. » (45).

Il ne s'agissait ici que d'une opinion, et le 8 juillet 1929, M. Huber demanda à la Cour de prendre une décision formelle.

> « *M. Huber s'étant retiré*, la Cour décida qu'il n'y avait pas de motif la portant à revenir sur l'examen de la question auquel elle avait procédé le 30 mars 1928, *à moins que la question ne fut soulevée par les parties.* » (46).

De ce précédent on peut tirer quelques enseignements : la décision a été rendue en application de l'article 17 du Statut. Elle l'a été à la demande du juge intéressé, mais les parties auraient eu aussi qualité pour adresser à la Cour semblable demande. Il s'agit d'une décision d'ordre interne (et non d'une décision prise par voie d'ordonnance ou d'arrêt) adoptée à la suite d'un débat qui s'est élevé au sein même de la Cour, c'est-à-dire qu'il n'avait été en aucun cas question de recourir à une procédure contradictoire. Enfin le juge en cause s'est retiré et n'a donc pas pris part à l'élaboration de la décision. Nous sommes évidemment ici très loin de la récusation de type classique, mais l'annonce de cette procédure apparaît déjà nettement.

Dans le cadre de la C.P.J.I., il n'a jamais été question officiellement d'une action quelconque des parties, fondée sur l'article 24 du Statut, mais il est certain qu'une telle intervention (à laquelle il n'était besoin de donner aucune publicté d'ailleurs) aurait pu être considérée comme la « raison spéciale » dont il est fait mention dans cet article. La procédure existante pouvait suffire. Elle comportait cependant une lacune. Certes lorsque le Président et le juge intéressé étaient d'accord pour que ce dernier se retire ou lorsqu'ils étaient en désaccord sur ce point (dans ce cas c'est la Cour qui statuait), il ne pouvait surgir aucune difficulté, mais lorsque le Président et le juge intéressé

(44) C.P.J.I., série D, n° 2, p. 72 ; série E, n° 3, p. 186.
(45) C.P.J.I., série E, n° 4, p. 262.
(46) C.P.J.I., série E, n° 6, pp. 272-273. C'est nous qui soulignons.

étaient d'accord pour estimer que les motifs invoqués en faveur du retrait n'étaient pas fondés, il n'existait pour la ou les parties aucun recours.

Une demande formelle tendant à la récusation d'un membre de la Cour ne fut formulée pour la première fois qu'en 1965, lors de l'examen par la C.I.J. de l'affaire du *Sud-Ouest africain* (2e phase : fond).

> « Après avoir officiellement ouvert la procédure orale dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, le Président déclare qu'avant de poursuivre il doit mentionner qu'une question de caractère préliminaire, ne touchant pas au fond de l'affaire, vient soudainement de se poser sur l'initiative de l'agent de l'un des Etats parties aux instances. Cela étant la Cour a décidé de lever l'audience publique afin d'examiner immédiatement le problème. A cet effet, après une brève suspension, la Cour se réunira à huis-clos pour s'entendre exposer cette question préliminaire, conformément à la décision qu'elle a prise en vertu de l'article 46 du Statut de la Cour et sans objection de la part des parties. » (47).

La Cour siégea donc à huis-clos « pour entendre les observations des parties sur la requête du défendeur relative à la composition de la Cour » les 15 et 16 mars 1965. Le 18 mars, la Cour reprit en audience publique l'examen des affaires du *Sud-Ouest africain* et le Président, après avoir ouvert l'audience, donna lecture du texte de l'ordonnance rendue sur la requête déposée par l'Afrique du Sud. Cette ordonnance est ainsi conçue :

> « La Cour...
>
> rend l'ordonnance suivante :
>
> Vu la notification, faite par le défendeur à la Cour le 14 mars 1965, de son intention de présenter à la Cour une requête relative à la composition de la Cour aux fins des affaires qui lui sont actuellement soumises ;
>
> Considérant que cette notification a été dûment communiquée aux agents des demandeurs ;
>
> Considérant que, conformément aux termes de l'article 46 du Statut de la Cour, la Cour a décidé d'entendre à huis-clos les observations des parties sur la requête du défendeur concernant la composition de la Cour ;
>
> Ayant entendu les observations des parties au cours des audiences tenues à huis-clos les 15 et 16 mars 1965,
>
> La Cour,
>
> par huit voix contre six,
>
> décide de ne pas faire droit à ladite requête. » (48).

Force est bien de constater que, nulle part, ni dans les procès-verbaux des audiences, ni dans le texte de l'ordonnance, le terme for-

(47) C.I.J., Mémoires, *Sud-Ouest africain*, Vol. VIII, p. 5.
(48) *Sud Ouest africain*, Ordonnance du 18 mars 1965, C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 3 4.

mel de « récusation » n'apparaît. C'est bien pourtant de cela même qu'il s'agit. L'expression employée « requête relative à la composition de la Cour » est un euphémisme commode.

La récusation n'ayant jamais jusque-là été formellement admise, aucune procédure n'était prévue pour déterminer la manière dont il pourrait être statué sur une demande de cet ordre. La Cour n'avait à sa disposition que le projet soumis à la C.P.J.I. lors de sa session préliminaire par le Secrétariat de la S.D.N. (49). Certes cette réglementation n'avait pas alors été retenue. Elle pouvait cependant constituer une base satisfaisante et il se peut en effet que la C.I.J. se soit appuyée sur elle (et sur certaines règles de la procédure suivie devant les tribunaux de l'ordre interne dans les Etats qui admettent la récusation). Averti des intentions du défendeur, le Président communiqua, en effet la notification (qui avait été adressée à la Cour la veille de l'ouverture de la procédure orale) à l'autre partie, et soumit le problème à la Cour *dès la première audience.*

Il ne s'agissait pas là d'une exception préliminaire. Le Président lui-même emploie l'expression de « question de caractère préliminaire » pourtant, *comme dans le cas d'exception, la suite de la procédure fut orale.* Il est vraisemblable que la « notification » adressée à la Cour par le défendeur était un document écrit (50). Bien qu'il ne soit prévu ni par le projet de règlement du Secrétariat de la S.D.N., ni par la procédure interne, le huis-clos apparaissait souhaitable vu les circonstances. Il importe cependant de souligner le caractère exceptionnel de cette mesure, l'article 46 du Statut a trouvé ici pour la première fois application.

Le juge mis en cause, ne pouvait naturellement participer à la décision : en cas d'application des articles 17 ou 24 du Statut en principe il lui faut également se retirer. A-t-il été entendu ? Cette question ne saurait évidemment être tranchée. La procédure en tout cas, a été, en un sens, contradictoire puisque les parties ont pu faire connaître leurs observations au cours des deux audiences consacrées à cette question.

La décision rendue n'est plus une décision d'ordre interne. Cependant, comme dans le cas des mesures conservatoires, mais contrairement au cas des exceptions préliminaires, la Cour a rendu non un arrêt, mais une simple ordonnance. Cette ordonnance toutefois, et *contrairement à la pratique normalement suivie* (51) *indique le nombre de juges ayant constitué la majorité* (52). En fait, la Cour ne pouvait se prononcer que par voie d'ordonnance, car à partir du moment où l'on admet la possibilité de la récusation, celle-ci peut aussi se

(49) Voir ci-dessus.

(50) Mais il n'en est pas fait mention dans la correspondance publiée.

(51) C.P.J.I., série E, n° 16, pp. 179 180.

(52) Toujours dans l'affaire du *Sud Ouest africain*, il en fut de même d'ailleurs de l'ordonnance relative à la visite sur les lieux.

produire lorsque la Cour est saisie, non d'une affaire contentieuse, mais d'une affaire consultative et dans ce dernier cas, c'est seulement par voie d'ordonnance que le problème peut être tranché.

L'admission par la C.I.J., de la possibilité de la procédure de récusation ne fait aucun doute. Certes en l'espèce, la Cour a décidé « de ne pas faire droit à ladite requête », mais cette formule même implique un rejet au fond et non une déclaration d'irrecevabilité. Au reste, et comme on l'a fait très judicieusement observer (53) « le fait même que la Haute juridiction ait accepté de suspendre les audiences publiques pour entendre les parties et instruire le dossier implique *ipso facto* l'admission de la possibilité d'une récusation » (54).

La question de la récusation dans le cadre d'une procédure consultative se trouva posée devant la C.I.J. lors de l'examen par elle des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*. Dans l'exposé écrit déposé par elle le 19 novembre 1970, l'Afrique du Sud avait, suivant la terminologie même utilisée par la Cour, soulevé des « objections » à la participation de certains juges à la procédure dans cette affaire. Avant l'ouverture de la procédure orale, la Cour trancha le problème qui se trouvait ainsi posé à elle. Par trois ordonnances en date du 26 janvier 1971, elle décida à l'unanimité de ne pas faire droit aux objections soulevées contre la participation de sir Muhammad Zafrulla Khan et de M. Padilla Nervo à la procédure ; par dix voix contre quatre de ne pas faire droit à l'objection soulevée à la participation de M. Morozov à cette même procédure (55). Dans son avis du 21 juin 1971, la Cour s'exprime ainsi :

> « Dans son exposé écrit, présenté le 19 novembre 1970, le Gouvernement sud-africain avait formulé des objections à la participation de trois membres de la Cour à la procédure. Il se fondait sur des déclarations que ces membres avaient faites, à l'époque où ils représentaient leur gouvernement, devant des organes des Nations Unies s'occupant de problèmes relatifs au Sud-Ouest africain ou sur leur participation en la même qualité aux travaux de ces organes. La Cour a examiné avec soin les objections du Gouvernement sud-africain, envisageant chaque cas séparément. Pour chacun d'eux, la Cour est parvenue à la conclusion que la participation du juge en question, comme représentant de son gouvernement, à laquelle le Gouvernement sud-africain avait objecté dans son exposé écrit, n'appelait pas l'application de l'article 17, paragraphe 2, du Statut. En adoptant son ordonnance n° 2 du 26 janvier 1971, la Cour n'a vu aucune raison de s'écarter en la présente procédure consultative de la décision qu'elle avait prise dans son ordonnance du 18 mars 1965 dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (Ethiopie c.

(53) Sur tous ces points, voir Favoreu, *Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice*, *A.F.D.I.*, 1965, pp. 233 et s.

(54) Favoreu, *op. cit.*, p. 249.

(55) Ordonnances n°s 1, 2 et 3 du 26 janvier 1971, C.I.J., *Recueil* 1971, pp. 3, 6 et 9.

Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud) après avoir entendu les mêmes observations que celles que le Gouvernement sud-africain formule aujourd'hui. Pour se prononcer sur les deux autres cas, la Cour a tenu compte du fait que l'activité des membres de la Cour en question, dans des organes des Nations Unies, avant leur élection à la Cour, activité à laquelle le Gouvernement sud-africain s'est référé dans son exposé écrit, ne justifiait pas que ces objections soient traitées différemment de celles qu'avait soulevées la requête à laquelle la Cour n'avait pas fait droit en 1965, dans une décision qui a été confirmée par l'ordonnance n° 2 du 26 janvier 1971. En ce qui concerne l'ordonnance n° 3 de la même date, la Cour a tenu compte aussi d'un élément sur lequel son attention a été appelée bien qu'il n'ait pas été mentionné dans l'exposé écrit du Gouvernement sud-africain : il s'agit du fait que le membre de la Cour en question a participé, avant son élection à la Cour, à l'élaboration de la résolution 246 (1968) du Conseil de sécurité qui concernait le procès de trente-sept ressortissants du *Sud-Ouest africain* à Prétoria et tenait compte dans son préambule de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale. La Cour a estimé que la participation de ce membre aux travaux des Nations Unies, comme représentant de son gouvernement, ne justifiait pas une conclusion différente de celles qui avait déjà été adoptées à l'égard des objections formulées par le Gouvernement sud-africain. On doit prendre aussi en considération à cet égard des précédents établis par la Cour actuelle et la Cour permanente et d'après lesquels des juges ont siégé dans certaines affaires bien qu'ils aient pris part à l'élaboration de textes que la Cour était invitée à interpréter (C.P.J.I., série A, n° 1, p. 11 ; C.P.J.I., série C, n° 84, p. 535 ; C.P.J.I., série E, n° 4, p. 262 ; C.P.J.I., série E, n° 8, p. 242). Après délibéré en chambre du conseil, la Cour a décidé, par trois ordonnances du 26 janvier 1971 rendues publiques à cette date, de ne pas faire droit aux objections soulevées. » (56).

Les ordonnances ainsi rendues mentionnent également les noms des juges qui y ont pris part. Il est ainsi facile de constater que les juges en cause s'étaient retirés lors du règlement par la Cour des questions les concernant personnellement, mais qu'en revanche sir Muhammad Zafrulla Khan a pris part à l'élaboration des ordonnances n°s 2 et 3 concernant les cas de MM. Padilla Nervo et Morozov, ainsi que M. Padilla Nervo à l'élaboration de l'ordonnance n° 3 concernant M. Morozov.

Pas plus que dans les affaires du *Sud-Ouest africain* le mot « récusation » n'apparaît ici. Les problèmes relatifs à la composition de la Cour présentent également un caractère préliminaire. La différence essentielle avec la procédure suivie en matière contentieuse en 1965 réside donc dans la disparition de la procédure orale contradictoire. En ce domaine encore la Cour s'est peut-être inspirée du projet de règlement soumis par le Secrétariat de la S.D.N. à la C.P.J.I., lors de sa session préliminaire (voir ci-dessus).

(56) C.I.J., *Recueil* 1971, pp. 18-19.

Doc. num. 33

ICJ agrees to hear Bolivia's claim over Pacific access

Thursday, 1 October 2015 *(3 hours ago)* by Sebastian Perry

The International Court of Justice in The Hague has dismissed Chile's preliminary objection to a claim by Bolivia relating to access to the Pacific.

In a decision on 24 September, the UN court ruled by a 14-to-2 majority that it has jurisdiction to decide whether Chile has an obligation to negotiate with Bolivia over sovereign access to the Pacific. At the same time, the court clarified that it would not determine the outcome of any negotiations that might follow a final ruling that such an obligation exists.

The decision follows a week-long hearing in May. Among Chile's advisors at the hearing was Andrés Jana of Bofill Mir & Alvarez Jana Abogados in Santiago, who recently helped Chilean mining company Quiborax win a US$50 million ICSID award against Bolivia that the state last week applied to have annulled.

The dispute has its roots in events of more than a century ago. Bolivia became landlocked after losing its coastal territory to Chile during the War of the Pacific of 1879 to 1884. The territory, which covers the Antofagasta region and some 400 kilometres of shoreline, became Chilean under a peace treaty signed in 1904, which guarantees Bolivia rights of commercial transit to Chile's ports. The two states have had sporadic talks over access ever since, but President Evo Morales of Bolivia broke off discussions in 2012. The state brought its claim to the ICJ in 2013, seeking a declaration that Chile had breached an obligation to negotiate "to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean". It also sought an order compelling Chile to comply promptly with that obligation.

Chile argued that the case should be thrown out because it concerned questions that were conclusively dealt with in the 1904 peace treaty. It observed that the 1948 Pact of Bogotá, in which the two states recognised the compulsory jurisdiction of the ICJ, excludes matters that are "already settled" by arrangement between the parties or governed by treaties in force at the time the Pact was concluded. Further, Chile argued that Bolivia seeks negotiations with a "predetermined outcome", namely the granting of sovereign access, and that this could only occur through revision or nullification of the 1904 treaty.

Bolivia countered that Chile's obligation to negotiate is independent of the 1904 treaty, and is founded on a series of agreements, diplomatic exchanges and declarations by Chilean representatives between 1904 and 2011.

In last week's decision, the court noted that Bolivia had not invoked the 1904 treaty as a source of rights and obligations for either party, nor asked the court to make any pronouncement on the treaty's legal status.

The court said it was often asked to hear particular disputes that arise in the context of broader disagreement between states. While it might be assumed that sovereign access to the Pacific is ultimately Bolivia's goal, the court said the dispute before it was "related but distinct". It said it had not been asked to declare that Bolivia has a right to sovereign access, only whether Chile has breached an obligation to negotiate that access. Even if the court were to find that such an obligation existed, it would not pre-determine the outcome of any ensuing negotiations.

The dissenting judges in the case were Giorgio Gaja of Italy and Canada's Louise Arbour, a former UN high commissioner of human rights who was appointed as a judge ad hoc by Chile. Both argued that Chile's objection did not have an "exclusively preliminary character" and should have been joined to the merits. Arbour also said Bolivia in its application and memorial had effectively asked the court to declare that Chile

had "an obligation to negotiate to a particular result", and had only modified its position during a second round of oral pleadings.

One of the most recent appointees to the ICJ bench, Australia's James Crawford, was precluded from hearing the case as he had been part of the advocacy team for Chile in the ICJ case brought by Peru.

Bolivia's lost territory remains an emotive issue in the country to this day and is represented by the 10th star on its national flag. Bolivia still maintains a navy that operates mostly on Lake Titicaca and tributaries to the Amazon, and holds an annual Day of the Sea.

A complicating factor in the dispute is that Chile would be required to seek permission from Peru in the event that that it did agree to cede coastal territory to Bolivia, pursuant to the 1929 Treaty of Ancón.

Comments

There are currently no comments.

Doc. num. 34

Información y servicios
- Lista del Cuerpo Diplomático y OO.II. en Chile
- Manual del regreso
- Programa Visa Waiver
- Red Consular
- Servicios Consulares
- Solicitud Material de Prensa
- Trámites más solicitados
- Visas

Temas
- Bilateral
- Multilateral
- Derechos Humanos
- Asuntos Culturales
- Energía, Ciencia y Tecnología
- Medio Ambiente
- Antártica
- Asuntos Globales
- Coordinación Regional

Sitios Relacionados
- Academia Diplomática
- AGCID
- Apostilla
- Chile en el Exterior
- Chile ante La Haya
- Chilesomostodos
- Chile va Contigo
- DIFROL
- DIRAC
- DIRECON
- Nuestro Océano

Viernes 14 de marzo de 2008

Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores

Comparte : Me gusta 11 0 Tweet

Conforme a las reglas de procedimiento del Tribunal de La Haya, el Subsecretario de Relaciones Exteriores y Agente chileno, Alberto van Klaveren, junto a la contraparte peruana, se presentaron esta mañana ante la Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins, oportunidad en la cual, se consultó su parecer sobre aspectos relativos a los tiempos de la presentación de la Memoria peruana y la Contramemoria chilena.

El Agente de Chile, concurrió acompañado por la Embajadora ante los Países Bajos, Cecilia Mackenna, la Coagente Embajadora María Teresa Infante, y los asesores jurídicos Jan Paulsson y Georgios Petrochilos.

El 16 de enero pasado, Perú recurrió a la Corte Internacional de Justicia presentando una demanda en contra de Chile, solicitando la determinación del límite marítimo entre ambos países.

Como lo ha destacado el Sr. Ministro, la invariable posición de nuestro país se basa en la existencia de un límite marítimo que se fundamenta en los tratados vigentes, válidos para las partes y reconocidos por el Perú mediante una práctica de más de medio siglo.

La reunión se desarrolló en un marco cordial y respetuoso. La Presidenta tuvo un trato deferente y condujo la conversación encaminándola mediante consultas sobre la fijación de los tiempos procesales de la memoria y contramemoria. El contenido de esta reunión, será transmitido a la Corte por la Presidenta para su decisión. Posteriormente, se harán públicos los anuncios sobre los plazos antes indicados.

Chile mantendrá la debida reserva de lo conversado, acorde con el respeto a las prácticas del Tribunal.

ProChile

Archivo General Histórico

En los días previos a esta audiencia, el Agente y su equipo, sostuvo reuniones en París con el equipo de asesores externos, participando en ellas, Jan Paulsson, Prosper Weil, Christopher Greenwood, David Colson, Pierre-Marie Dupuy, Georgios Petrochilos y Dick Gent.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Artículos Relacionados:

- Comunicado Sobre la Situación en Tibet
- Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores
- Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores

subir | volver

Elección de representantes capítulo nacional-UNASUR

Resultado Elecciones UNASUR

Igualdad de Género

UNASUR Padrón electoral

Links de Interés

- Programa Visa Waiver
- Visas
- Apostilla
- Precedencia Nacional y Regional
- Lista del Cuerpo Diplomático y OO.II. en Chile
- Acceso a portada y bases de datos
- Biblioteca Ministerio de RR.EE.
- Historia de la Biblioteca
- Sala Santiago Benadava

Ubicación y contacto

- Orientación Telefónica Trámites Consulares en Chile
  - 800 364 600
  - Lunes a Jueves de 9:00 a 18:00 hrs
  - Viernes de 9:00 a 17:00 hrs
- Dirección: Teatinos 180, Santiago, Chile | Fono (56-2) 2 827 4200

Chile

Doc. num. 34 bis

4cb7aa1a4d1aec93885ae9ced0221404
ebrary

American Crossings

Border Politics in the Western Hemisphere

EDITED BY MAIAH JASKOSKI, ARTURO C. SOTOMAYOR, AND HAROLD A. TRINKUNAS

Jaskoski, Maiah, Sotomayor, Arturo C., and Trinkunas, Harold A., eds. American Crossings : Border Politics in the Western Hemisphere. Baltimore, US: Johns Hopkins University Press, 2015. ProQuest ebrary. Web. 28 December 2016.
Copyright © 2015. Johns Hopkins University Press. All rights reserved.

4cb7aa1a4d1aec93885ae9ced0221404
ebrary

Durán argues, Ricardo Lagos, then President of Chile, saw the incident as a clear sign of military insubordination.[67] On the other hand, during the military escalation of 2001, Peru was attempting to impose stricter civilian control mechanisms over its military and intelligence agencies after decades of corruption, human rights abuses, and political scandals.[68]

Therefore, both countries were eager to find a means by which the maritime dispute could be de-escalated and the armed forces demobilized. In fact, judicialization provided that policy tool. Unintentionally, the ICJ proceedings enabled civilian leaders in both countries to gradually delegate maritime border issues to a small entourage of lawyers and international jurists. Both sides surrounded themselves by legal teams that included former diplomats and ambassadors to the UN (Gabriel Gaspar and Alberto van Klaveren in the Chilean camp and Allan Wagner and José Antonio García Belaúnde in the Peruvian camp); international lawyers from Europe (Allain Pallet, a French jurist was hired by Lima as coordinator of the Peruvian international team, while British lawyer Christopher Greenwood was hired by the Chilean team); and legal firms from London and Boston (Essex Court Chambers and Foley Hoag were consulted by Chile, while Eversheds was contracted by Peru).[69]

"In court we trust" was thus adopted as the unofficial motto of the bilateral relationship. The adopted strategy was known in Chile as "encapsulating" the boundary issue, whereby the maritime border dispute was temporarily frozen until the ICJ delivered its ruling.[70] This move effectively demobilized the armed forces in the conflictive border zones and allowed both neighbors to maintain fluid diplomatic ties while still fighting with each other in The Hague. There was political pressure and diplomatic tension throughout the six-year process, but bilateral conflict was legal in nature, involving diplomatic exchanges and legal threats, not armed forces and military escalation.

Paradoxically, throughout the ICJ legal proceedings, trade, business, and investment boomed without military interference or border conflict. Peru became the fourth biggest recipient of Chilean investment in the world.[71] According to *The Economist*, bilateral trade grew over US$3 billion a year. Chilean companies invested over US$13 billion in Peru, while more than one hundred and fifty thousand Peruvians moved to Chile. Both countries became members of the Pacific Alliance, a free-trading block that was founded in 2011 with Colombia and Mexico.[72]

The ICJ intervention thus contributed to demilitarization of the Chile-Peru relationship by transforming a boundary conflict issue into a strictly legal dispute.

4cb7aa1a4d1aec93885ae9ced0221404
ebrary

Jaskoski, Maiah, Sotomayor, Arturo C., and Trinkunas, Harold A., eds. American Crossings : Border Politics in the Western Hemisphere. Baltimore, US: Johns Hopkins University Press, 2015. ProQuest ebrary. Web. 28 December 2016.
Copyright © 2015. Johns Hopkins University Press. All rights reserved.

Doc. num. 35

Christopher Greenwood: El juez que complicó a Bolivia con su pregunta

07 MAYO 2015

POR MARÍA JOSÉ VEGA (HTTPS://PLUS.GOOGLE.COM/+24HORASCL/ABOUT?REL=AUTHOR)

El jurista fue uno de los asesores legales externos para Chile hasta 2008 ante el litigio que tuvo con Perú en el tribunal internacional.

Twittear Compartir 0 Compartir 5

Minutos antes de concluir sus alegatos Bolivia, el juez de la Corte Internacional de Justicia de La Haya **Christopher Greenwood**, decidió preguntar a la defensa sobre uno de los argumentos utilizados de supuestos compromisos existentes entre Chile con Perú posteriores a 1948 y que otorgarían competencia a la Corte.

"¿En qué fecha mantiene Bolivia que se concluyó un acuerdo respecto de la negociación relativa al acceso soberano?", consultó el jurista.

Pero el eco de este hecho en la prensa boliviana no fue por el contenido de la pregunta, sino por quién la realizó. Se recordó que **Greenwood fue asesor externo de Chile en 2008** respecto del litigio con Perú en La Haya.

Por esta asesoría, en 2015 **Christopher Greenwood** se inhibió para participar en las deliberaciones del juicio entre Chile y Perú en el tribunal internacional.

Ante el escenario, en el país vecino se comenta y se cuestiona la posibilidad de que el miembro de la CIJ deba o no inhabilitarse. El argumento viene deducido del **artículo 17 del Estatuto de la CIJ** (http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php), el cual expresa:

-Los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto.

-No podrán tampoco participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido

VIDEOS DESTACADOS (HTTP://WWW.24HORAS.CL/VIDEOS/)

anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad.

Sin embargo, este mismo artículo también contempla un tercer punto en donde le entrega la responsabilidad final de decidir a la Corte: **"En caso de duda, la Corte decidirá"**. Hay que agregar además que Greenwood nunca asesoró a Chile en algún tema sobre Bolivia.

De todas formas, Bolivia en su dúplica deberá responder este viernes a la pregunta hecha por el juez **Greenwood.**

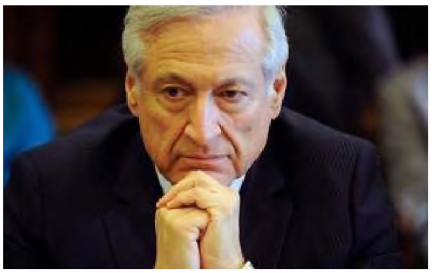
EL JURISTA FUE UNO DE LOS ASESORES EXTERNOS ANTE EL LITIGIO QUE TUVO CHILE CON PERÚ ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL 2008.

RELACIONADOS

(http://www.24horas.cl/demanda-en-la-haya-chile-bolivia/chilenos-en-el-extranjero-apoyan-posicion-nacional-en-alegatos-en-la-haya-1657058)

07 MAYO 2015

Chilenos en el extranjero apoyan posición nacional en alegatos en La Haya (http://www.24horas.cl/demanda-en-la-haya-chile-bolivia/chilenos-en-el-extranjero-apoyan-posicion-nacional-en-alegatos-en-la-haya-1657058)



(http://www.24horas.cl/politica/canciller-heraldo-munoz-hoy-dia-mi-unica-preocupacion-es-la-haya-1656994)

07 MAYO 2015

Canciller Heraldo Muñoz: "Hoy día mi única preocupación es La Haya" (http://www.24horas.cl/politica/canciller-heraldo-munoz-hoy-dia-mi-unica-preocupacion-es-la-haya-1656994)

(http://www.24horas.cl/demanda-en-la-haya-chile-bolivia/heraldo-munoz-pareciera-que-bolivia-se-equivoco-de-juicio-1656369)

06 MAYO 2015

Heraldo Muñoz: "Pareciera que Bolivia se equivocó de juicio" (http://www.24horas.cl/demanda-en-la-haya-chile-bolivia/heraldo-munoz-pareciera-que-bolivia-se-equivoco-de-juicio-1656369)

Televisión Nacional de Chile
Bellavista 0990 Providencia, Santiago.
Fono:(+56 2) 2707 7777
Mail: 24horas@tvn.cl
Denuncias: denuncias@tvn.cl

Bases Licitación (http://www.tvn.cl/bases/licitacion.html)

TVN HD (http://tvn.cl/hd/)

Doc. num. 36

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

In the proceedings between

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A.
(Claimants)

and

The Argentine Republic
(Respondent)

ICSID Case No. ARB/03/19

and

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.
(Claimants)

and

The Argentine Republic
(Respondent)

ICSID Case No. ARB/03/17

and

In the arbitration under the Rules of the
United Nations Commission on International Trade Law between

AWG Group Limited
(Claimant)

and

The Argentine Republic
(Respondent)

Date of decision: May 12, 2008

DECISION ON A SECOND PROPOSAL FOR THE DISQUALIFICATION OF A MEMBER OF THE ARBITRAL TRIBUNAL

I. Background

1. This decision responds to a second proposal, filed by the Respondent on November 29, 2007, to disqualify Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler as a member of the Tribunal. The Respondent's first proposal, filed on October 20, 2007 and alleging different grounds for disqualification from the ones raised in the present proposal, was rejected by the Tribunal in its Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal of October 22, 2007.[1]

2. That Decision recited at length the procedural background of the cases being heard by this Tribunal; consequently, it is not necessary to repeat that background in all its detail in the present decision. The following paragraphs will merely summarize the procedural steps in these cases to the extent that they are relevant to the issues raised by the Respondent's proposal.

3. Following registration with the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID" or "the Centre") on July 17, 2003 of the above entitled ICSID cases, the Claimants appointed Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, a Swiss national, as arbitrator, and the Respondent Argentine Republic in turn appointed as arbitrator Professor Pedro Nikken, a national of Venezuela. In the absence of an agreement between the parties on the presiding arbitrator, on October 21, 2003 the Claimants, invoking Article 38 of the Convention for the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States (hereinafter the "ICSID Convention") and Rule 4 of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), requested the Centre to make this appointment. With the agreement of both parties, the Centre appointed Professor Jeswald W. Salacuse, a national of the United States of America, as the President of the Tribunal. The parties agreed that the same Tribunal

[1] See Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, October 22, 2007, available at www.worldbank.org/icsid

would hear all three cases indicated above, in addition to a fourth case[2] against Argentina involving the privatization of the water system in the Province of Cordoba, which was subsequently settled.

4. On February 17, 2004, the Deputy Secretary-General of ICSID, in accordance with ICSID Arbitration Rule 6(1), notified the parties that all three arbitrators had accepted their appointments and that the Tribunal was therefore deemed to be constituted and the proceedings to have begun on that date. In connection with their appointment, each member of the Tribunal made declarations pursuant to Rule 6 of the ICSID Arbitration Rules with respect to circumstances affecting their reliability for independent judgment.

5. On June 7, 2004, the Tribunal held a session with the parties at the seat of the Centre in Washington, D.C. During the session, the parties in the ICSID cases confirmed their agreement that the Tribunal had been properly constituted in accordance with the relevant provisions of the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules and that they did not have any objections in this respect. Similarly, in the case of *AWG Group Limited v. The Argentine Republic*, governed by the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the parties also agreed that the Tribunal had been properly constituted.

6. Having been duly constituted, the Tribunal under both ICSID and UNCITRAL Rules proceeded to hear the above entitled cases and to make a series of decisions concerning their timetables and procedures on submission of documents, the jurisdiction of the tribunal[3], requests by a group of nongovernmental organization to participate as amicus curiae[4], the withdrawal of certain parties, and various other matters concerning

---

[2] ICSID Case No. ARB/03/18.

[3] Decisions on Jurisdiction of May 16 (ICSID Case No. ARB/03/17) and August 3, 2006 (ICSID Case No. ARB/03/19 and UNCITRAL Arbitration), available at www.worldbank.org/icsid.

[4] Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to make an *Amicus Curiae* Submission of February 12, 2007 (ICSID Case No. ARB/03/19) and Order in Response

the orderly management and processing of the arbitral proceedings. From May 28 to June 1, 2007, the Tribunal, with the full participation of the parties, held a hearing on the merits in ICSID Case No. ARB/03/17. With respect to ICSID Case No. ARB/03/19 and the case of *AWG Group Limited v. the Argentine Republic*, subject to UNCITRAL Arbitration Rules, upon the completion of the various phases for the submission of documents, the Tribunal with the agreement of the parties fixed the dates for a hearing on the merits in these cases for the period October 29 to November 8, 2007, at the offices of the Centre in Washington, DC.

7. On October 12, 2007, the Respondent filed with the Secretary of the Tribunal a Proposal (hereinafter "Respondent's First Proposal") under Article 57 of the Convention and Rule 9 of the ICSID Arbitration Rules to disqualify Professor Gabrielle Kauffman-Kohler as a member of the Tribunal "... by virtue of the objective existence of justified doubts with respect to her impartiality." (para. 1) ("*...en virtud de la existencia objetiva de dudas justificadas respecto de su imparcialidad.*") The alleged basis for this request arose out of the fact that Professor Kaufman-Kohler had been a member of an ICSID tribunal in the case of *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*[5], hereinafter referred to as the *Aguas del Aconquija* case, which had rendered an award against Argentina on August 20, 2007.

8. Once the Tribunal became aware of the Respondent's First Proposal, Professor Kaufmann-Kohler immediately withdrew from Tribunal deliberations, and the two remaining Tribunal members suspended proceedings in the three above-entitled cases on October 15, 2007, forwarded the Respondent's Proposal to the Claimants with a request for their observations, and invited Professor Kaufmann-Kohler to furnish any explanations that she may have wished to make. After receiving submissions from the parties and from Professor Kaufmann-Kohler, the two remaining members of the Tribunal deliberated and, on October 22, 2007, made a Decision in Response to the

---

to a Petition for Participation as *Amicus Curiae* of March 17 2006 (ICSID Case No. ARB/03/17), available at www.worldbank.org/icsid.

5 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/97/3.

Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal, rejecting the Respondent's First Proposal, directing that the state of suspension of the proceedings in the above entitled cases be terminated, and affirming the schedule of hearings fixed by agreement of the parties to be held from October 28, 2007 through November 8, 2007 at the offices of the Centre in Washington, D.C. The hearings on the merits in Case No.ARB/03/19 and the arbitration under the UNCITRAL Rules between AWG Group Limited and the Argentine Republic did in fact take place during that specified period.

II. Respondent's Second Proposal to Disqualify Professor Kaufmann-Kohler

9. On November 29, 2007, before the time for the filing of the parties' post-hearing submissions in Case No. ARB/03/19 and the UNCITRAL Arbitration Proceeding had passed, the Respondent filed with the Tribunal a second proposal to disqualify Professor Kaufmann-Kohler (hereinafter "Respondent's Second Proposal") under Article 57 of the Convention and Rule 9 of the ICSID Arbitration Rules "…on the basis that Mrs. Kaufmann-Kohler does not meet the conditions required to be an arbitrator in the above mentioned proceedings, pursuant to the provisions set forth in Article 14(1) of the ICSID Convention." Specifically, the Respondent alleged that "..Mrs. Kaufmann-Kohler cannot be 'relied upon to exercise independent judgment,'… since [she] holds the position of Director of the UBS group." Moreover, the Respondent asserted that Professor Kaufmann-Kohler failed to disclose this fact to the parties and to ICSID as is required by the ICSID Rules. The Respondent's Second Proposal also extended to two other ICSID cases, not subject to the jurisdiction of this Tribunal, in which Professor Kaufmann-Kohler is also serving as an arbitrator.[6]

10. The UBS Group, with headquarters in Switzerland, is among the world's largest financial services companies, with operations in over fifty countries, some 80,000 employees, and over 200,000 registered shareholders.[7] Among its multifaceted financial

---

[6] *Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/22) and *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/23).

[7] For information on the UBS group, see its web site at www.ubs.com.

activities, UBS is the market leader in commercial and retail banking in Switzerland, a major participant in investment banking on an international scale, and one of the world's leading asset managers.

11. On April 19, 2006, some two years after the Tribunal in the above-entitled cases was constituted, the annual meeting of the shareholders of UBS elected Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler a member of the corporation's board of directors for a three-year term. Professor Kaufmann-Kohler did not inform the parties or her co-arbitrators of the fact of her election to that position. The Respondent states that it learned of this fact on November 22, 2007 and that immediately thereafter it promptly filed this Second Proposal to disqualify Professor Kaufmann-Kohler.

12. The Respondent alleges that Professor Kaufmann-Kohler's impartiality and independence of judgment are negatively affected because of the activities of UBS with respect to the parties in this case. In particular, UBS is a shareholder in two of the Claimants, Suez and Vivendi. According to the Vivendi web site, UBS was a "main investor" in the corporation, holding 2.38% of its registered voting stock as of March 31, 2007. UBS also held some 2.1% of the voting shares of Suez as of March 7, 2007. In addition to share ownership, the Respondent points to other UBS activities that affect the parties: UBS does research on and makes recommendations with respect to investments in the water sector, a sector in which the Claimants operate, and UBS has developed financial products that it sells to investors to permit them to invest in the water sector on a global basis. Moreover, pursuant to corporate policy, UBS pays Professor Kaufmann-Kohler a portion of her director's compensation in UBS stock. She is therefore a shareholder in UBS, which in turn owns stock in two of the Claimants in these cases. Moreover, the Respondent alleges that Professor Kaufmann-Kohler failed to disclose these relationships as is required by both the ICSID and UNCITRAL arbitration rules.

13. Upon the receipt by the Tribunal of the Respondent's Second Proposal, Professor Kaufmann-Kohler withdrew from Tribunal deliberations, and the two remaining

members suspended proceedings (including the date for the filing of post-hearing submissions) in the three above-entitled cases on December 4, 2007, forwarded the Respondent's Second Proposal to the Claimants with a request for their observations, and invited Professor Kaufmann-Kohler to furnish any explanations that she wished to make. By letter of December 4, 2007 to the parties, the two remaining members of the Tribunal expressed their understanding that in keeping with the parties' agreement that a single tribunal was to hear all three of the above-entitled cases the parties were bestowing on the remaining members the authority to decide the challenge under the UNCITRAL Rules in the case of *AWG Group Limited v. the Argentine Republic*. Neither party expressed any objection to the Tribunal's proceeding on this basis.

14. By letter of December 21, 2007, Professor Kaufmann-Kohler, while declining to comment on the merits of the Respondent's Second Proposal, offered certain "factual clarifications." She stated: 1) that she had no knowledge of the business relations alleged to exist between the Claimants and UBS before reading the Respondent's Second Proposal; 2) that after reading the Respondent's Second Proposal she requested UBS to verify the accuracy of the UBS shareholdings in the Claimants and was informed by the UBS Corporate Group General Counsel that UBS held 2.38% of the shares and voting rights of Vivendi Universal on March 31, 2007 and 2.13% of Suez' share capital on March 7, 2007 and 1.3% on April 18, 2006, submitting a copy of the UBS communication of December 20, 2007 to her; 3) that UBS, as a global financial institution, has many business relationships with many corporations and states worldwide but that she as an independent, non-executive director has no involvement in individual investment decisions and did not receive any information about such individual investment decisions; 4) that as a result she always considered that the business relationships of UBS did not affect her impartiality and independence as an arbitrator; 5) that at the time of her appointment as a UBS director she submitted on a confidential basis a list of all her arbitrations to UBS and was subsequently informed by UBS that there were no conflicts of interest, except with respect to her position as a member of the America Cup Jury (since UBS sponsored a yacht in that competition), from which she resigned; and 6) that non-executive directors do not deal with individual UBS client

matters or transactions. With respect to UBS shareholdings in the Claimants, which are a fundamental basis for the Respondent's challenge to Professor Kaufmann-Kohler, the communication of December 20, 2007 to Professor Kaufmann-Kohler signed by UBS' General Counsel and another Legal Advisor stated:

> "We would like to add that all these shareholdings are fairly small, if not fractional. They do not have a strategic meaning of any kind. UBS would invest in hundreds, if not thousands of commercial enterprises around the globe in a similar way. Investment of this magnitude lies within the ordinary course of business of our bank."

15. On December 24, 2007, the Claimants filed their comments on the Respondent's Second Challenge to Professor Kaufmann-Kohler, in which they rejected each of the Respondent's arguments and requested the Tribunal to dismiss this Second Proposal. The Claimants' arguments may be summarized as follows: 1) Professor Kaufmann-Kohler is a fully independent, non-executive director of UBS, without any material involvement or interest in UBS's financial performance; 2) UBS participation in Suez and Vivendi is mainly indirect as an investment manager and is in any case immaterial; 3) the Respondent made no allegations with regard to UBS participation or relationships with Claimants Sociedad General de Aguas S.A., Interaguas Servicios Integrales de Agua S.A. or AWG Group Limited, and therefore the challenge must fail as to those Claimants; 4) UBS's investment research reports with regard to some of the Claimants are independent and not based on any financial interest in those companies; 5) UBS also gave advice to and had a client relationship with the Respondent Argentina; 6) the Respondent did not address the standard required for a successful challenge to an arbitrator, *i.e.* whether there is a real risk that Professor Kaufmann-Kohler may be truly biased and that Argentina failed to show that Professor Kaufmann-Kohler's independence and impartiality is affected by her directorship in UBS; and 7) Professor Kaufmann-Kohler had no duty to disclose her appointment as a UBS director since that fact was notorious and in any case irrelevant to her independence and impartiality in the present cases.

16. Subsequent to the dates established by the Tribunal for the submission of pleadings on this Second Proposal, and while the remaining members of the Tribunal

were in the process of deliberation, the Respondent filed on February 29, 2008 an Expert Report of Professor Charles W. Wolfram, Frank Reavis, Sr. Professor Emeritus of Law at Cornell University Law School, supporting the Respondent's proposal to disqualify Professor Kaufman-Kohler, which Expert Report had been prepared in connection with the case of *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/23). By letters of March 5 and 10, 2008, the Claimants protested the introduction of this document on grounds that its submission was untimely, that it was prepared in connection with another case in which the Claimants were not parties, and that the Expert made various legal and factual errors. The remaining members of the Tribunal informed the parties on March 12, 2008 that they would withhold judgment on the admissibility of the Wolfram report until they had considered all the pleadings in the matter of this Second Proposal.

17. In the meanwhile, the remaining members of the Tribunal determined that they would like additional clarifications from Professor Kaufmann-Kohler. The President of the Tribunal therefore requested the Secretary to invite Professor Kaufmann-Kohler, by letter of March 3, 2008, to further elaborate on a) the reasons why she disclosed certain information on her arbitrations to UBS and b) the reasons why she did not disclose the fact of her appointment as a UBS director to the parties in the above-entitled cases.

18. Professor Kaufmann-Kohler responded to these questions in a letter of March 13, 2008. With regard to the first question, she stated that she provided the information as part of the process of her selection as a UBS board member. Relevant rules of corporate governance established by the Swiss Stock Exchange, the New York Stock Exchange, and the Swiss Code of Best Practices require that UBS ascertain that a prospective director meets specified independence and disclosure requirements. The submission of the list of her arbitrations was also intended to ascertain whether any connection existed between UBS and any parties in those arbitrations. With regard to the second question, she responded that she did not disclose the fact of her appointment as a UBS director to the parties because the Swiss banking law imposed a strict separation between the management and supervision of a bank through two distinct bodies – one for

management and one for supervision and control — and that as a director her responsibilities were limited to supervision and control. As a member of the supervisory body, she was not involved in the management of the bank's business, had no indication of any connections between the bank and a party in any of her arbitrations, and had never come across any indication of such a connection in her activities as a UBS director. She therefore saw no reason to advise all the parties in her pending arbitrations of an unrelated appointment as a UBS board member.

19. Subsequent to receiving this letter, the remaining members of the Tribunal asked for observations on the letter from the parties. The parties did provide such observations but they were to a significant extent based in the same arguments that they had previously advanced in earlier pleadings, reformulated in the light of Professor Kaufmann-Kohler's letter. The Respondent included in its observations a document entitled "Reply Expert Report of Charles W. Wolfram" in which Professor Wolfram commented on Professor Kaufmann-Kohler's letter of March 13, 2008. The Claimants objected to the admission of such document as being outside the scope of the Tribunal's request for observations from the parties. The remaining members of the Tribunal reserved the right to decide on the admissibility of the Wolfram Reports and directed both parties to cease filing submissions on the Respondent's Second Proposal to disqualify Professor Kaufmann-Kohler since the remaining members considered that all issues relating to the challenge had been fully argued.

20. ICSID Arbitration Rule 9(4) requires that in the event of a challenge to one member of an arbitral tribunal, "…the other members shall promptly consider and vote on the proposal in the absence of the arbitrator concerned." Professor Kaufman-Kohler having withdrawn from all deliberations of the Tribunal until the matter of the challenge against her is resolved, the undersigned remaining Tribunal members have considered the various documents submitted in this case, including the "Wolfram Reports" as well as the relevant legal authorities, and have arrived at the following decision.

21. The Respondent has made a single proposal requesting the disqualification of Professor Kaufmann-Kohler in all three of the cases that the Tribunal was constituted to hear. In deciding on the proposal to disqualify Professor Kaufmann-Kohler, it is necessary to treat the case of *AWG Group Limited v. The Argentine Republic* separately from the other two cases. Such separate treatment is justified for two reasons. First, the *AWG Case* is governed by the UNCITRAL Arbitration Rules, while the other two cases are governed by the ICSID Convention and Arbitration Rules. Second, the facts alleged with respect to Professor Kaufmann-Kohler's independence and impartiality differ from those alleged in the other two cases in that UBS is not a shareholder in the Claimant AWG Group Limited. At the same time, we recognize the possibility of a connection between the *AWG case* and the other two cases in the sense that if it were established that Professor Kaufmann-Kohler were predisposed to favor the Claimants in the ICSID cases such predisposition would also favor AWG Group Limited which is a partner with the other Claimants in the Buenos Aires water privatization that is at the heart of the dispute in both ICSID Case no. ARB/03/19 and the *AWG Case*. We deal first with the *AWG Case*.

III. The Challenge in the Case of *AWG Group Limited v. The Argentine Republic*

22. Under Article 10(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules: "An arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence." The words "justifiable doubt" clearly indicate that Article 10(1) establishes an objective, rather than a subjective standard for determining the existence of a circumstance that creates justifiable doubts as to an arbitrator's impartiality and independence.[8] Thus, as we stated in our previous Decision in Response to a Proposal to Disqualify a Member of the Arbitral Tribunal, it is not sufficient that such doubt exist in the mind of a party. Such doubt must be justifiable from an objective point

---

[8] See David D. Caron, Lee M Caplan, and Matti Pellonpaa, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2005), who state at page 210:

> "The inclusion of the word "justifiable in Article 10(1) to define the kind of doubt required to sustain a challenge reflects UNCITRAL's clear intention of establishing an objective standard for impartiality and independence."

of view. The application of such standard in the particular case requires an answer to the following question: Would a reasonable, informed person viewing the facts be led to conclude that there is a justifiable doubt as to the challenged arbitrator's independence and impartiality?[9] Moreover, the party challenging the arbitrator has the burden of proving that such justifiable doubt exists.

23. What then is the "circumstance" in the case of *AWG Group Limited v. The Argentine Republic* that the Respondent alleges gives rise to a justifiable doubt as to the impartiality or independence of Professor Kaufmann-Kohler? The Respondent's submissions, which it must be acknowledged tend to focus more heavily on the circumstances in the other two cases, point to the fact that Professor-Kauffman-Kohler is a director of UBS and that UBS has engaged in certain research activities in the water sector and has developed financial products to allow its clients to invest in the water sector. At paragraph 29 of its Second Proposal, the Respondent refers to one such product, the UBS Global Water Utilities Index TR-Index-Zertificat (UBOWAS), which includes "… 12 companies, mostly British .."; however, the Respondent does not allege that AWG Group Limited is among the twelve or even that companies in which UBS conducts research or the financial products developed by UBS include investments in AWG Group Limited. Indeed, the Respondent does not specifically allege the existence any sort of a business relationship, direct or indirect, between UBS and AWG Group Limited. In particular, the Respondent does not assert that UBS owns shares in or has any other type of financial connection to AWG Group Limited. Moreover, as will be discussed more extensively below, Professor Kaufmann-Kohler states that as a director of UBS she is not involved in the management of UBS business, does not participate in the development and management of the company's financial products or its research activities, and indeed was unaware of its activities with respect to the water sector. The Respondent offers no evidence to the contrary.

24. Thus the only connection, if one may call it that, between Professor Kaufmann-Kohler and the Claimant AWG Group Limited is the fact that she is a director of UBS

[9] Ibid., citing Challenge Decision of January 11, 1995, para 23, reprinted in (1997) XXII YCA 227, 234.

and that UBS, among its many other activities and interests throughout the world, conducts research and develops financial products related to the water sector. The existence of such purported connection is not enough to establish a "circumstance" giving rise to justifiable doubts as to an arbitrator's independence and impartiality. Such a connection must be significant and direct, such as an economic relationship causing an arbitrator to be dependent in some way on a party. Such connection between Professor Kaufmann-Kohler and AWG Group Limited, as suggested though not specifically alleged by the Respondent, is too remote and tenuous as to hardly be called a connection or relationship at all. An objective analysis of the facts as alleged by the Respondent does not establish a circumstance that would lead a reasonable, informed person to conclude that a justifiable doubt exists as to Professor Kaufmann-Kohler's impartiality or independence in the case of *AWG Group Limited v. The Argentine Republic.*

25. The Respondent also alleges that Professor Kaufmann-Kohler had a duty to disclose to the parties in the *AWG Case* that she was a director of UBS and that UBS carried out certain activities relating to the international water sector. Does her failure to disclose these facts also create a "circumstance" that raises a justifiable doubt as to her impartiality or independence? Article 9 of the UNCITRAL Arbitration Rules states an arbitrator's obligations of disclosure to the parties. It provides: "A prospective arbitrator shall disclose to those who approach him in connexion with his possible appointment any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, once appointed or chosen, shall disclose such circumstances to the parties unless they have already been informed by him of these circumstances." Thus, Article 9 makes clear that Professor Kaufmann-Kohler, once appointed in the *AGW Case*, had a continuing obligation to disclose to the parties any circumstances that may subsequently arise, which would be likely to give rise to justifiable doubts as to her impartiality.

26. We interpret Article 9 to require disclosure of such facts that if disclosed might give rise to justifiable doubts as to impartiality and that an arbitrator has no obligation to

disclose facts which do not meet this test.[10] Having decided that Professor Kaufmann-Kohler's appointment as a director of UBS did not create a circumstance giving rise to justifiable doubts as to her impartiality or independence in the *AWG Case*, because of the lack of any business relationship between UBS or Professor Kaufmann-Kohler on the one hand and AWG Group Limited on the other, we also conclude that she had no obligation under Article 9 of the UNCITRAL Arbitration Rules to disclose the fact of her directorship in UBS to the parties in the *AWG Case*. In view of the foregoing, the remaining members of the Tribunal have concluded that the Respondent has not established the existence of circumstances in the *AWG Case* that give rise to justifiable doubts as to Professor Kaufmann-Kohler's impartiality and independence and that Respondent's proposal to disqualify her as an arbitrator in that case must be dismissed.

IV. The Challenges in ICSID Cases No. ARB/03/17 and ARB/03/19

27. With respect to the two ICSID cases, the applicable rules and standards governing the independence and impartiality of arbitrators are to be found in the ICSID Convention and Arbitration Rules. Article 57 of the ICSID Convention provides that a party may "propose …the disqualification of any arbitrator on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14." (emphasis added). Article 14 of the ICSID Convention requires as a quality of an arbitrator that he or she be a person "who may be relied upon to exercise independent judgment." Thus, the English version of the ICSID Convention makes no specific reference to the requirement of impartiality: however, the Spanish-language version of ICSID Convention Article 14(1) does embody the concept of impartiality, for it refers to a person who "…*inspira[r] plena confianza en su imparcialidad de juicio.* (*i.e.* who inspires full confidence in his impartiality of judgment.) Since the treaty by its terms makes both language versions equally authentic, in deciding on this challenge as in the previous challenge, we will

[10] See also David D. Caron, Lee M Caplan, and Matti Pellonpaa, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2005), who state at page 202: "The circumstances which should be disclosed are those which are 'likely' to give rise to 'justifiable doubts as to his impartiality or independence,' and thus constitute the bases for challenge under Article 10(1) of the Rules. Article 9 thus implicitly recognizes that although there can be many relationships between the arbitrator and the parties, the duty to disclose does not require disclosure of *all* circumstances which might support a challenge under Article 10. Rather the duty extends only to those circumstances which more likely than not would support a challenge."

apply the two standards of independence and impartiality of judgment in making our decisions. Such an approach accords with that found in many arbitration rules which require arbitrators to be both independent *and* impartial.[11]

28. The concepts of independence and impartiality, though related, are often seen as distinct, although the precise nature of the distinction is not always easy to grasp.[12] Generally speaking, independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties. For example, Webster's *Unabridged Dictionary* defines 'impartiality' as "freedom from favor*itism,* not biased in favor of one party more than another."[13] Thus it is theoretically possible in certain situations for a judge or arbitrator to be independent of the parties but not impartial.

29. The Respondent has the burden of proof to establish the existence of the required fact or facts and to prove that such fact or facts indicate a "manifest lack" of the quality required of an arbitrator, that is, that such arbitrator lacks the quality of being a person who can be relied upon to exercise independent judgment and impartiality of judgment. The term "manifest" means "obvious" or evident. Christoph Schreuer, in his *Commentary* on the ICSID Convention observes that the word manifest imposes "… a relatively heavy burden on the party making the proposal …" to disqualify an arbitrator.[14]

---

[11] The Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA) state that arbitrators "shall be and remain at all times impartial and independent of the parties." The International Arbitration Rules of the American Arbitration Association (AAA) state that "[a]rbitrators acting under these rules shall be impartial and independent." The UNCITRAL Arbitration Rules also emphasize the importance of both concepts, in relation to the appointing authority's obligations concerning selection of arbitrators, an arbitrator's duty of disclosure, and in relation to grounds for challenge.

[12] On this point, see Jean-Francois Poudret and Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (Sweet and Maxwell, 2007 (translated by Berti & Ponti)), p. 348. See also, David D. Caron, Lee M Caplan, and Matti Pellonpaa, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 215 (2005).

[13] Webster's Unabridged Dictionary (New World Dictionaries/Simon and Schuster, 2nd ed, 1979), p. 911.

[14] C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) p.1200 (§16).

In our Decision on the Respondent's First Proposal to Disqualify Professor Kaufmann-Kohler, we stated at paragraph 40:

> Implicit in Article 56 and its requirement for a challenger to allege a fact indicating a *manifest* lack of the qualities required of an arbitrator by Article 14 is the requirement that such lack be proven by objective evidence and that the mere belief by the challenger of the contested arbitrator's lack of independence or impartiality is not sufficient to disqualify the contested arbitrator. Previous ICSID decisions on challenges to arbitrators support our position. For example, the Challenge Decision in the *SGS v. Pakistan* case[15] [Footnote 22 in original] confirmed this view in the following terms:
>
> [T]he party challenging an arbitrator must establish facts, of a kind or character as reasonably to give rise to the inference that the person challenged clearly may not be relied upon to exercise independent judgment in the particular case where the challenge is made."[16] [Footnote 23 in original]

Other ICSID cases support this interpretation of the burden of proof imposed upon a party who challenges an arbitrator. Two arbitrators in *Amco Asia Corp. v. Indonesia*[17] held that mere appearance of partiality was not a sufficient ground for disqualification of the arbitrator. The challenging party must prove not only facts indicating the lack of independence, but also that the lack is 'manifest' or 'highly probable', not just 'possible' or 'quasi-certain'.[18] The decision on the challenge to the President of the Annulment Committee in *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3) took a similar approach in stating that the

---

15 SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (Case No. ARB/01/13).

16 SGS Challenge Decision, page 5.

17 ICSID Case ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator (June 24, 1982) (unreported). Referred to in M.W. Tupman, *"Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration"* 38 Int'l & Comp. L.Q. 44 (1989) p.44. The case is also referred to in C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) p.1200 (§18).

18 Ibid. p.45 (Decision at p.8).

challenging party shall rely on established facts and "not on any mere speculation or inference."[19] Thus, in this Second Proposal to Disqualify Professor Kaufmann-Kohler, the Respondent to succeed must prove such facts that would lead an informed reasonable person to conclude that Professor Kaufmann-Kohler *clearly* or *obviously* lacks the quality of being able to exercise independent judgment and impartiality in the two above entitled ICSID cases. It is important to emphasize that the language of Article 57 places a heavy burden of proof on the Respondent to establish facts that make it obvious and highly probable, *not just possible*, that Professor Kaufmann-Kohler is a person who may not be relied upon to exercise independent and impartial judgment.

30. What, then, are the facts alleged by the Respondent that indicate a manifest lack on the part of Professor Kaufmann-Kohler of the qualities needed of an ICSID arbitrator? Basically there are two such facts: 1) that Professor Kaufman-Kohler is a director of UBS, which is a shareholder in two of the Claimants and also engages in certain activities relating to the water sector, a business area in which the Claimants are involved; and 2) that Professor Kaufmann-Kohler failed to disclose the fact of her UBS directorship to the Tribunal and the parties as she is required to do under ICSID rules. We shall examine the existence and implication of each of these facts in turn.

A. The Effect of Professor Kaufmann-Kohler's Directorship in UBS

31. Professor Kaufmann-Kohler is a member of the board of directors of UBS, but that fact, in and of itself, would not raise concerns about her impartiality or independence as an arbitrator. The essence of the problem, according to Respondent's Second Proposal, is the *connection* between Professor Kaufman-Kohler and the Claimants by reason of the fact that she is a UBS directors and that UBS is a shareholder in the Claimants Suez and Vivendi and engages in certain other activities in the water sector, including, as alleged at paragraph 33 of the Respondent's Second Proposal, recommending the purchase of Claimant Vivendi's shares to its clients. It is that

[19] Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on Challenge to the President of the Committee, para. 25.

connection, according to the Respondent, that raises doubts about her impartiality or independence.

32. But the fact of an alleged connection between a party and an arbitrator in and of itself is not sufficient to establish a fact that would establish a manifest lack of that arbitrator's impartiality and independence. Arbitrators are not disembodied spirits dwelling on Mars, who descend to earth to arbitrate a case and then immediately return to their Martian retreat to await inertly the call to arbitrate another. Like other professionals living and working in the world, arbitrators have a variety of complex connections with all sorts of persons and institutions. It has been asserted by some scholars that there are only "six degrees of separation" between one person and any other person on earth. The theory of six degrees of separation holds that if a person is one step or "degree" away from each person he or she knows and two steps or two degrees away from each person known by one of the people he or she knows, then everyone is an average of six steps or six degrees away from each person on the globe. While the validity of this theory certainly remains to be proven, its application does demonstrate how easily one may make connections between one person and another through the process of identifying real or alleged links (It is interesting to note that Respondent, at paragraph 30 of its Second Proposal, seems to be using this same approach in creating a chain linking Professor Kaufmann-Kohler to Claimant Agbar by asserting that UBS recommended investment in Inversiones Aguas Metropolitanas, Chile, in which Agbar owns a 56.6% interest).

33. Such connections are increasingly easy to make as globalization of modern life rapidly advances and countless institutions engage in activities that are global in scope. At the same time, it is perfectly possible for a person to be unaware of the links that connect him or her to others or at least to be unaware of their full implications. For example, arbitrators in this case might unknowingly have a connection to UBS by virtue of the fact that their law firms have bank accounts with a UBS foreign branch, that their university pension fund is managed by UBS, or that they or their family members own shares in mutual funds which in turn hold UBS securities. In each of these situations, a resourceful party might challenge an arbitrator on the grounds that such arbitrator had a

connection to UBS and therefore to the Claimants Vivendi and Suez since in theory the financial fortunes of UBS would have some consequence on the financial standing of the arbitrator; however, none of these facts would reasonably lead to the conclusion that such arbitrator is unable to exercise independent and impartial judgment. Thus, the fact of an alleged connection between Professor Kaufmann-Kohler and two of the Claimants is not sufficient, in and of itself, to establish a fact that manifestly impairs her ability to act independently and impartially. That alleged connection must be evaluated *qualitatively* in order to decide whether it constitutes a fact indicating a manifest lack of the quality of independence of judgment and impartiality required of an ICSID arbitrator.

34. The ICSID Convention and Arbitration Rules do not provide guidance, let alone a rigorous methodology, for evaluating such connections. The Respondent has offered none but rather seems to suggest that the very existence of such connections suffices to disqualify an arbitrator. The five reported ICSID cases (in addition to our own decision on the Respondent's First Proposal) that have applied the relevant provisions of the Convention and Rules are limited in number and deal with situations dissimilar from the one we are facing. None of them deals with an arbitrator who is a director of a firm that is a portfolio investor in a party.

35. In seeking criteria for the evaluation of such alleged connection between a party and an arbitrator and its effect on that arbitrator's independence and impartiality, we identify four that we think are particularly important. They are as follows:

Proximity: How closely connected is the challenged arbitrator to one of the parties by reason of the alleged connection? The closer the connection between an arbitrator and a party, the more likely that the relationship may influence an arbitrator's independence of judgment and impartiality;

Intensity: How intense and frequent are the interactions between challenged arbitrator and one of the parties as a result of the alleged connection? The more frequent and intense the interaction by virtue of the relationship between an arbitrator and a party

the more probable that such relationship will affect the arbitrator's independence of judgment and impartiality;

Dependence: To what extent is the challenged arbitrator dependent on one of the parties for benefits as a result of the connection? The more an arbitrator is dependent on a relationship for benefits or advantages the more likely that the relationship may influence the arbitrator's independence of judgment and impartiality; and

Materiality: To what extent are any benefits accruing to the challenged arbitrator as a result of the alleged connection significant and therefore likely to influence in some way the arbitrator's judgment? Obviously significant benefits derived from a relationship will be more likely to influence an arbitrator's judgment and impartiality than negligible or insignificant benefits.

36. An application of these criteria in the present case requires first a clear understanding of the facts of the situation which allegedly impair the independence of judgment of Professor-Kaufmann-Kohler. UBS is indeed a shareholder in Claimants Vivendi and Suez. While the market value of such shareholdings may seem large in absolute terms, they are not significant in relative terms, bearing in mind that UBS manages hundred of billions of dollars in assets. At paragraph 53 of its Second Proposal, Respondent alleges that by virtue of its shareholdings UBS ".. is an active part of Suez and Vivendi.." and that UBS is a "strategic investor." We do not agree. Despite the size of its holdings, UBS is a passive, portfolio investor in both companies. It does not have representation on the board of directors of either company and does not participate in any way in their management. While a part of such shares are held for UBS's own account, a large portion is managed on behalf of clients. Moreover, the precise amount of shares held by UBS is subject to change and depends on such factors as market conditions, client objectives and needs, and the existence of other investment opportunities, among others. As a portfolio investor, UBS and its clients profit from their holdings in the two claimants largely in two ways: through the receipt of dividends and by market changes in the share price. While the Respondent would argue that the market price of those shares and therefore the fortunes of UBS are crucially dependent on the results of this

arbitration, they have not offered convincing evidence to support that contention. Indeed, the Respondent, having had ample opportunity to present its arguments on this matter, offered no quantitative evidence at all as to the potential effect of an award in favor of the Claimants on the price of their shares or the nature of their dividend distributions. Indeed, given the size and scope of activities of both companies and the countless factors that may influence share prices on a stock market, it is more likely that this arbitration, whatever its outcome, will have a negligible effect on the share price of Vivendi and Suez and certainly on the financial fortunes of UBS. With respect to any alleged benefit flowing to UBS as a result of this arbitration, it should be pointed out that UBS's holding in Suez and Vivendi would have an insignificant effect on UBS profitability given the enormous size and scope of UBS global operations. Thus we do not find that the relationship between UBS and the Claimants is as strong and direct as the Respondent contends.

37. It is also necessary to understand the role of Professor Kaufmann-Kohler as a member of the board of directors of UBS. The Swiss Code of Obligations governs the organization and operation of Swiss corporations. §716 of the Code provides that the Board of Directors has authority to manage the business of the company insofar as it has not delegated it to the management. But UBS as a bank is also subject to the Swiss Banking Law. Article 3.2.a.of the Swiss Banking Law prescribes that where the scope or the importance of the business activities is significant, the bank must create separate bodies for the management of its activities on the one hand and for the direction, supervision and control of the corporation on the other. Moreover, the authorities of these bodies must be segregated in a manner so as to ensure the effective supervision of the bank's management. Swiss law therefore requires the establishment of two separate bodies.

38. In compliance with Swiss law, UBS established a corporate structure to institutionalize this prescribed separation of functions. The UBS Articles of Association provide for four "corporate bodies" to carry out the corporation's activities: A) the General Meeting of Shareholders; B) the Board of Directors; C) the Group Executive

Board; and D) Statutory and Group Auditors. According to Article 23 of UBS Articles of Association, "the Board of Directors has (A) ultimate responsibility for the management of the Corporation[20] and (B) the supervision and control of its executive management[21]," whereas the responsibility for the management of the UBS is delegated to the Group Executive Board. According to Article 30 of the Articles of Association, the Group Executive Board is "the "supreme executive body" as defined by the Swiss Federal Law on Banks and Savings Banks." It implements the Group strategy decided by the Board of Directors and ensures the execution of the decisions of the Board of Directors and the Chairman's Office. Moreover, pursuant to the Implementing Ordinance on Banks and Savings Banks, no member of the board of directors may belong to the bank's management. Furthermore, various stock exchange rules require directors to be independent of a corporation's management. Because of these requirements concerning a director' independence from management, it was important for UBS to confirm Professor Kaufman-Kohler's independent status prior to her appointment as a director. It was as part of that process that she submitted her list of arbitrations to UBS for a determination of possible conflicts of independence.

---

[20] Article 24 of the Articles of Association specifies that the ultimate responsibility for the management of the corporation comprises among other things:

> "…
> d) *Decisions on Group strategy* and other matters reserved to the Board of Directors under the Organization Regulations.
> …
> f) Decisions on increasing the share capital, to the extent this falls within the authority of the Board of Directors (Art. 651 paragraph 4 of the Swiss Code of Obligations), on the report concerning an increase in capital (Art. 652e of the Swiss Code of Obligations) and on the ascertainment of capital increases and the corresponding amendments to the Articles of Association."

[21] According to Article 25 of the Articles of Association supervision and control of the business management comprises in particular the following:

> a) Review of the annual report, consolidated and parent company financial statements as well as quarterly financial statements;
> b) Acceptance of regular reports covering the course of business and the position of the Group, the status and development of country, counter-party and market risks and the extent to which equity and risk capital are tied up due to business operations;
> c) Consideration of reports prepared by the Statutory and Group Auditors concerning the annual financial statements.

39. Thus pursuant to Swiss law and UBS Articles of Association, UBS has a Board of Directors consisting of independent directors – that is, persons who are not part of UBS corporate management, and a Group Executive Board consisting a full-time managers. The directors are not full-time employees of the corporations, are not in continuous session, and exercise largely a supervisory function over the activities of the corporation. As a result, Professor Kaufmann-Kohler is not involved in the day-to-day management of the corporation, such as selecting investments or preparing research reports, does not have responsibilities over the investment and management of corporate or client assets, and in fact was unaware until reading the Respondent's Second Proposal for her disqualification that UBS owned shares in Vivendi or Suez. Professor Kaufmann-Kohler does not participate in the selection and monitoring of individual UBS investments, nor was she kept informed of individual UBS securities holdings. Respondent offered no evidence to the contrary with regard to Professor Kaufmann-Kohler's specific duties and responsibilities as a member of the UBS board of directors.

40. With the above understanding of the facts, we now proceed to evaluate the alleged connection between Professor Kaufmann-Kohler and the Claimants by applying the four criteria suggested above: proximity, intensity, dependence, and materiality. First, with regard to proximity, the facts as discussed above indicate that any connection between Professor Kaufmann-Kohler and the Claimants Vivendi and Suez is remote and certainly not direct. Professor Kaufmann-Kohler has no direct relationship with the claimants by reason of her directorship. She was unaware of the shareholdings and did not participate in their selection and monitoring. Second, the alleged connection does not demonstrate or represent any frequency of interaction or contact between Professor Kaufmann-Kohler and the Claimants. Indeed, there is no interaction at all between Professor Kaufmann-Kohler and the Claimants by virtue of her UBS directorship. Third, Professor Kaufmann-Kohler derives no benefits or advantages from and is in no way dependent on the Claimants as a result of the alleged connection. Fourth, UBS shareholdings in Claimants Vivendi and Suez are not material to UBS financial performance, profitability, or share price and in no way affect the compensation that Professor Kaufmann-Kohler earns as a director of UBS. Professor Kaufmann-Kohler derives no economic benefit from the

alleged connection between her and the Claimants. We therefore conclude that the alleged connection asserted by Respondent between Professor Kaufmann-Kohler and the Claimants does not create a fact indicating a manifest lack of the quality of being a person of independent judgment and impartiality of judgment.

B. The Effect of Professor Kaufman-Kohler's Failure to Disclose the Fact of her UBS Directorship to the parties and the Tribunal

41. The Respondent alleges that Professor Kaufmann-Kohler had a duty to disclose the fact of her UBS directorship to the Tribunal and the parties, and that her failure to do so is a fact indicating a manifest lack of being a person of independent judgment. The Claimants contend that she had no duty to inform the parties of her appointment as a director since this fact was "notorious" and in any case irrelevant to her independence and impartiality.

42. The version of ICSID Arbitration Rule 6 applicable to the above-indicated cases requires arbitrators at the time the tribunal is constituted to make a declaration concerning: "…any past and present professional, business, and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstance that might cause [their] reliability for independent judgment to be questioned by a party." This provision contains no specific language requiring disclosure of facts, such as the election of Professor Kaufmann-Kohler to the UBS board in April 2006, that arise after the constitution of a tribunal.

43. Subsequent to the commencement of the proceedings in the above-entitled cases, ICSID Arbitration Rule 6 was amended to provide that arbitrators, once appointed, have "…a continuing obligation promptly to notify the Secretary-General of the Centre of any such relationship or circumstance that subsequently arises during …[a] proceeding.." While this amendment does not itself apply to this case, it does raise an interpretation question with respect to the prior version of the Rule. Specifically, are we to interpret old Rule 6 as implicitly containing an obligation of continuing disclosure and that the new version of Rule 6 has simply made that obligation explicit? Or, are we to interpret the old

version of Rule 6 as not including a continuing obligation of disclosure? We think that the correct approach is to hold that the old version contained implicitly a continuing obligation of disclosure and that Professor Kaufmann-Kohler and the other members of the Tribunal had a continuing obligation of disclosure in the above-entitled cases.[22] Commentators agree with this interpretation of the original Arbitration Rule 6.[23]

44. The ICSID Arbitration Rules also do not state the consequence of the arbitrator's failure to disclose a relevant fact affecting independence or impartiality of judgment. According to one source commenting on the UNCITRAL Rules, "a failure to disclose *may give rise* to justifiable doubts but does not, per se, establish such justifiable doubts."[24] According to another, also discussing the UNCITRAL Rules, failure to disclose *may nonetheless give rise to doubts* as to an arbitrator's impartiality,[25] however, whether nondisclosure raises such doubts depends on whether the failure to disclose was inadvertent or intentional, whether it was the result of an honest exercise of discretion, whether the facts that were not disclosed raised obvious questions about impartiality and independence, and whether the nondisclosure is an aberration on the part of the conscientious arbitrator or part of a pattern of circumstances raising doubts as to

---

22 See *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*:

> … Arbitration Rule 6 of the ICSID Arbitration Rules … imposes the obligation to declare "past and present *professional*, *business* and *other relationships* (if any) with the parties". The *fundamental principle* is that arbitrators *shall be* and *remain* independent and impartial; in terms of Article 14 (1) of the Convention, they must be able to be "relied on to exercise independent judgment".

23 See C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2001), p.516, §23; "Arbitrators have an affirmative duty to inform themselves of any possible conflicting interests or relationships. This duty of disclosure is an ongoing duty for an arbitrator that continues throughout the proceedings." See also, I. Shihata, "*The Experience of ICSID and the Selection of Arbitrators,*" News from ICSID, Vol.6/1 (1989) 5-6. "If the facts that could cast doubt on the arbitrator's independence and impartiality arise during the course of the proceeding, the arbitrator is to reveal them promptly."

24 D. Caron, L. Caplan, M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: a Commentary* (2006) 226

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

impartiality, and this balancing is for the deciding authority (in the present case, the remaining arbitrators) to perform in each particular case.[26]

45. Did Professor Kaufmann-Kohler have a duty to disclose to the parties and the Tribunal her election as director of UBS at the time she accepted that position? We do not accept the Claimants' contention that the fact of her directorship was "notorious," by which the Claimants mean that the Respondent knew or should have known of this fact. While the identity of directors of a publicly traded company, such as UBS, is a matter of public record, the knowledge of the fact that Professor Kaufmann-Kohler was a UBS director is not so public and wide-spread that one can reasonably assume that the Respondent actually knew or should have known of that fact.

46. A reasonable interpretation of ICSID Arbitration Rule 6 is that an arbitrator is required to disclose a fact only if he or she reasonably believes that such fact would reasonably cause his or her reliability for independent judgment to be questioned by a reasonable person. The ground of the Respondent's challenge is not Professor Kaufmann-Kohler's directorship, but the fact that UBS is a shareholder in Suez and in Vivendi. If UBS did not have shareholdings in the Claimants, Professor Kaufmann-Kohler would not have been required to disclose her appointment as director since the mere fact of her directorship in UBS would be irrelevant as to her independence. It is the fact that UBS holds shares in the Claimants that causes the Respondent to challenge her. But Professor Kaufmann-Kohler states that she did not know that UBS held shares in the Claimants. Can she be required to disclose a fact that she does not know? The answer to that question is plainly "no." But one may ask a further question: Even though Professor Kaufmann-Kohler may not have actually known of UBS shareholdings, *should* she have known about them? Or at least did she have an obligation to inquire as to whether UBS had shareholdings in or relationships with the Claimants at the time she became a director? Did she make sufficient efforts to determine the existence of possible compromising relationships between UBS on the one hand and Suez and Vivendi on the other?

---

[26] Ibid.

47. On this question, the ICSID Arbitration Rules offer little guidance. They require only the making of a declaration. They contain no specific requirement that an arbitrator is to make an investigation of possible compromising circumstances and they prescribe no standards as to the extent and nature of such investigation. However, if an arbitrator has no reasons to conjecture that a possible compromising situation exists, it would not be reasonable to impose on him or her the duty to disclose. Moreover, in this case, Professor Kaufmann Kohler informed UBS, as part of the process of determining her status as a potentially independent director, of the arbitrations in which she was engaged to determine whether any of such arbitrations conflicted with her future responsibilities as a UBS director. After reviewing this information, UBS informed her that only her position as an arbitrator for the America Cup races presented a problem. As a result, she resigned her position as an America Cup arbitrator. That resignation was reasonable as was her abstention from any other action related to potential incompatibilities of which she was not aware.

48. We believe that she had reason to rely on the UBS examination of this question since UBS, under Swiss banking law and the corporate and stock exchange rules to which it is subject, had a strong incentive to ascertain her independence because the company would have encountered legal and regulatory difficulties should it represent her as an independent director and later find that a court, regulatory agency, or stock exchange had determined her to be non-independent director of the UBS board of directors. It was therefore reasonable to rely on the investigation by UBS that no conflict existed between Professor Kaufmann-Kohler and the parties in any of her arbitrations (with the exception of the America Cup) as a result of becoming a UBS director. Consequently, we do not believe that she had a duty to inquire further. Moreover, even if it were established that she did have such an obligation (which we do not believe is the case), her failure to do was in our opinion the result of an honest exercise of judgment and was not part of a pattern of circumstances raising doubts about impartiality. We therefore conclude that Professor-Kaufmann-Kohler did not violate ICSID Arbitration Rule 6 with respect of her obligations of disclosure to the parties in these cases.

V. Conclusion

1. We conclude that the Respondent's Second Proposal by Argentina to disqualify Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler must be dismissed because it failed to prove any fact indicating a manifest lack of independence or impartiality.

2. As from today, we terminate the state of suspension of the proceedings in the above entitled cases.

[Signature]

Professor Jeswald W. Salacuse, President

[Signature]

Professor Pedro Nikken, Arbitrator

Doc. num. 37

SA J&P Avax SA v. société Tecnimont SPA, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), Not Indicated, 12 February 2009

Abstract

L'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale.

Le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance, sans que la société défenderesse au recours en annulation, qui pouvait connaître les affaires dans lesquelles elle-même, une de ses filiales ou sa société mère avaient fait appel au cabinet dans lequel travaille le président du tribunal arbitral, puisse opposer la taille mondiale du cabinet d'avocats, étant observé qu'un service y est chargé de la vérification des conflits et que les informations fournies par le président du tribunal arbitral aux parties lui ont été communiquées par son cabinet.

La révélation du rôle du cabinet dans lequel travaille le président du tribunal arbitral n'a pas été exhaustive dans la déclaration d'indépendance de celui-ci, et les activités non révélées, prises dans leur ensemble, le montant des honoraires versés à ce cabinet au titre de conseil et de représentant de l'une des parties à l'arbitrage et de sa filiale à 100 %, établissent l'existence d'un conflit d'intérêts entre le président du tribunal arbitral et cette partie. Par suite, en raison du défaut d'indépendance de l'arbitre, le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ; le moyen d'annulation étant accueilli, il convient d'annuler la sentence.

La Cour,

La société Tecnimont Spa (ci-après Tecnimont), société de droit italien, a conclu avec la société J&P Avax (ci-après Avax), société de droit grec, un contrat de sous-traitance de construction d'une usine de propylène de 130 000 tonnes par an à Thessalonique. Un différend étant intervenu entre elles, Tecnimont mettant en œuvre la clause compromissoire insérée dans le contrat à l'article 27-2 prévoyant le recours à un arbitrage CCI à Paris, a désigné comme arbitre, M. A., Avax a désigné M. B. remplacé à la suite de son décès le 13 août 2003 par M. D., et les deux arbitres ont nommé en qualité de président du tribunal arbitral M. E., le secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI le confirmant le 12 novembre 2002.

Suivant sentence partielle rendue à Paris le 10 décembre 2007, le tribunal arbitral a statué sur le principe de responsabilité dans les termes auxquels la cour renvoie.

Avax a formé un recours en annulation de la sentence sur le fondement de l'article 1502-2° du Code de procédure civile pour manquement de M. E. a son obligation de révélation et à son devoir d'indépendance objective en raison de la nature des liens existants entre le cabinet d'avocats dans lequel il exerce et Tecnimont.

Avax sollicite la condamnation de Tecnimont à lui payer la somme de 70 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Tecnimont conclut à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement au débouté de Avax, et demande qu'elle soit condamnée à lui payer la somme de 80 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Tecnimont soulève l'irrecevabilité du recours au motif que la demande de récusation à l'encontre de M. E. déposée le 14 septembre 2007 auprès de la CCI a été déclarée irrecevable comme forclose. A titre subsidiaire, Tecnimont soutient que le recours doit être rejeté car M. E. n'a manqué ni à son obligation de révélation ni à son devoir d'indépendance.

Sur ce la Cour,

Sur le moyen unique d'annulation : le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé (article 1502-2 du Code de procédure

Jurisdiction

- **France**

Court

- Cour d'appel de Paris (1re Ch. C)

Case date

- 12 February 2009

Parties

- Claimant, SA J&P Avax SA
- Defendant, société Tecnimont SPA

Key words

- Arbitre
- Indépendance
- Obligation de révélation
- Etendue
- Obligation s'étendant à toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer un doute sur ses qualités d'Impartialite et d'indépendance
- Obligation d'information se prolongeant tout au long de l'arbitrage
- Président du tribunal arbitral travaillant dans un cabinet auquel l'une des parties et sa filiale ont fait appel
- Déclaration d'indépendance du président du tribunal arbitral
- Révélation non exhaustive
- Conflit d'intérets
- Défaut d'indépendance du tribunal arbitral
- Sanction
- Annulation de la sentence
- Recours en annulation
- Arbitre
- Indépendance
- Obligation de révélation
- Etendue
- Obligation s'etendant à toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer un doute sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance
- Obligation d'information se prolongeant tout au long de l'arbitrage
- Président du tribunal arbitral travaillant dans un cabinet auquel l'une

civile)

Avax expose que la sentence doit être annulée pour composition irrégulière du tribunal arbitral, aux motifs que M. E., président du tribunal arbitral, a manqué à son obligation de révéler aux parties une circonstance de nature à affecter son indépendance et que l'indépendance objective de M. E. a fait défaut compte tenu des liens existant entre le cabinet d'avocats W. dans lequel il travaille, et Tecnimont.

page "187"

Elle articule que M. E. a failli à son obligation de révélation dans sa déclaration d'indépendance du 30 octobre 2002 en omettant d'indiquer que le cabinet d'avocats avait conseillé la maison mère de Tecnimont, Edison, jusqu'en 2002 et l'a conservée comme client jusqu'en 2005, de sorte que lorsque M. E. a été nommé président du tribunal arbitral, la société Edison comptait parmi les clients de W. Elle ajoute que M. E. était tenu de révéler spontanément les liens existants entre son cabinet et Tecnimont ainsi que ses sociétés mères et filiales, que le bureau parisien du cabinet d'avocats représente Sofregaz, filiale a 100 % de Tecnimont, depuis février 2004 jusqu'à ce jour dans un contentieux devant les tribunaux français, l'a conseillée dans une affaire fiscale, qu'en décembre 2004 un avocat du cabinet W. a été nommé arbitre unique dans un arbitrage dont Sofregaz est une partie, que de juillet 2005 à avril 2007 ce cabinet d'avocats a conseillé Tecnimont ainsi qu'un consortium composé de Sofregaz et Tecnimont pour le projet " Fujian " en Chine et que W. a conseillé EDF devenue société mère de Tecnimont en mai 2005.

Elle articule enfin que M. E. a manqué d'indépendance en raison de ces liens nombreux et renouvelés entretenus au cours des cinq dernières années entre le cabinet d'avocats et Tecnimont, ses sociétés mères et filiale.

Considérant que l'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature a affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale ;

Considérant que Tecnimont soulève l'irrecevabilité du recours au motif que d'une part la demande de récusation à l'encontre de M. E. déposée le 14 septembre 2002 auprès de la CCI a été déclarée irrecevable à raison des faits connus d'Avax plus de trente jours avant sa demande de récusation — délais prévus par l'article 11 du règlement de la CCI et que, d'autre part, Avax s'est abstenue de déposer une nouvelle demande de récusation à raison des faits venus à sa connaissance postérieurement au rejet de sa demande de récusation ;

Considérant que dans sa déclaration d'indépendance du 30 octobre 2002, M. E. choisissant d'accepter sa désignation a déclaré " l'année dernière, les bureaux de Washington et de Milan, de W. ont assisté la société mère de Tecnimont dans une affaire qui est aujourd'hui terminée. Je n'ai jamais travaillé pour ce client " ;

Considérant que Avax explique qu'ayant conçu des doutes sur l'existence de liens non dévoilés entre M. E. et Tecnimont après avoir eu connaissance fortuitement du programme d'une conférence internationale tenue à Londres en mai 2007, elle a sollicité des informations de l'arbitre le 16 juillet 2007, lequel lui a répondu les 17 et 21 juillet : que Avax a déposé une demande de récusation doublée d'une autre de remplacement de M. E. le 14 septembre 2007 que la CCI a rejetées selon décision du 26 octobre 2007 dont les motifs n'ont pas été portés à la connaissance des parties ; que le 31 octobre 2007, Avax a déclaré réserver ses droits, a poursuivi l'arbitrage en protestant, puis a interpellé à nouveau le président du tribunal arbitral sur ses liens avec Tecnimont par courriers des 20 novembre 2007, 22 janvier 2008 et 25 janvier 2008 auxquels M. E. a répondu les 18 octobre, 21 décembre 2007, 22, 29 janvier et 20 mars 2008 en distillant progressivement des révélations sur la nature précise des activités de W. auprès de Tecnimont et de ses sociétés mère et filiale ; que dès lors que la situation critiquée n'était pas connue de la recourante avant la reddition de la sentence partielle, Avax n'ayant pas renoncé à contester l'indépendance de M. E. le moyen d'annulation pris de la composition irrégulière du tribunal arbitral est recevable ;

page "188"

Considérant que, dans sa déclaration d'indépendance M. E. a révélé des informations attenantes à un éventuel conflit d'intérêts entre Tecnimont et le cabinet d'avocats qui la compte parmi ses clients, cabinet auquel M. E. est structurellement lié en sa qualité de conseil dans le bureau parisien de W. ;

des parties et sa filiale ont fait appel
- Déclaration d'indépendance du président du tribunal arbitral
- Révelation non exhaustive
- Conflit d'intérêts
- Défaut d'indépendance du tribunal arbitral
- Sanction
- Annulation de la sentence

Link(s) to Case Note(s)

- Case Note

Source

- **SA J&P Avax SA v. société Tecnimont SPA, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), Not Indicated, 12 February 2009**, Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2009, Volume 2009 Issue 1) pp. 186 - 190

Que cependant sa révélation du rôle de W. auprès de la société mère de Tecnimont n'a pas été exhaustive puisqu'en effet ce cabinet d'avocats intervenait encore pour Edison, en avril 2002, six mois avant la déclaration d'indépendance de l'arbitre et n'a fermé le compte client Edison qu'en 2005 ; que W. a conseillé le consortium Sofregaz Tecnimont sur le projet Fujian en Chine, trois mois durant l'année 2005, dont le compte a été clôturé dans les livres de W. le 16 avril 2007, que par ailleurs, ce cabinet d'avocats représente depuis 2004 Sofregaz, filiale à 100 % de Tecnimont, dans un contentieux judiciaire " toujours en cours ", comme l'écrit M. E. dans son courrier du 26 septembre 2007, consistant " à représenter le client dans une expertise judiciaire et devant les juridictions françaises en considération des dommages subis par deux turbines dans une centrale de cogénération édifiée par un consortium dont Sofregaz est l'un des membres ", qu'en outre W. a également conseillé Sofregaz dans une affaire fiscale relative à une convention fiscale franco-grecque en février 2004 ;

Considérant que le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance, sans que Tecnimont qui pouvait connaître les affaires dans lesquelles elle-même, une de ses filiales ou sa société mère avaient fait appel à W. puisse opposer la taille mondiale du cabinet d'avocats, 2 200 avocats, étant observé qu'un service y est chargé de la vérification des conflits et que les informations fournies par M. E. aux parties à l'arbitrage lui ont été communiquées par son cabinet ;

Considérant que ces activités, prises dans leur ensemble, de conseil d'une filiale de Tecnimont durant l'arbitrage, d'assistance de sa société mère quelques mois encore avant l'acceptation par le président du tribunal arbitral de sa nomination, ainsi que de représentation d'une filiale de Tecnimont, par le bureau parisien de W. ou de surcroît travaille M. E. durant l'arbitrage et encore après la reddition de la sentence partielle, le montant des honoraires versés à W. au titre de conseil et de représentant de Tecnimont et Sofregaz, 116 057 US dollars, établissent l'existence d'un conflit d'intérêts entre le président du tribunal arbitral et l'une des parties à l'arbitrage ; qu'au demeurant M. E. en proposant sa démission qui a été acceptée a observé " je n'exclus pas qu'une partie puisse voir dans cette situation une incompatibilité avec l'exigence d'indépendance " ;

Que, par suite, en raison du défaut d'indépendance de l'arbitre, le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ; que le moyen unique d'annulation étant accueillit, il convient d'annuler la sentence partielle du 10 décembre 2007 ;

Sur l'article 700 du Code de procédure civile et les dépens

Considérant que Tecnimont qui succombe est condamnée aux dépens et qu'il convient de la condamner à payer à Avax la somme de 70 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Par ces motifs :

Annule la sentence partielle rendue le 10 décembre 2007,

page "189"

Condamne la société Tecnimont Spa à payer à la société Avax la somme de 70 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

M. Périé, prés., M. Matet et Mme Bozzi, cons. — Mes Pinsolle, Mantilla-Serrano et Delanoy, av.

© 2016 Kluwer Law International BV (All rights reserved).
Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.
If you would like to know more about this service, visit www.kluwerarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.

Doc. num. 38

This is an unofficial translation from www.arbitration.sccinstitute.com.

SWEDISH SUPREME COURT

JUDGMENT

Case No
T 2448-06

given in Stockholm on 19 November 2007

APPEALED JUDGMENT
Judgement of Svea Court of Appeal on 5 May 2006 in the case T 6875-04

APPELLANT
A.J.

Counsel:
Advokat Jonas Benedictsson and Advokat Anders Isgren
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 5719
114 87 Stockholm

COUNTERPARTY
Ericsson AB, 556056-6258
164 80 STOCKHOLM

Counsel: Chief Legal Officer Anders Weihe
Teknikföretagen
Box 5510
114 85 Stockholm

MATTER
Challenge to arbitral award

JUDGMENT BY THE SUPREME COURT

In a reversal of the judgment of the Court of Appeal in the main part, the Supreme Court sets aside the arbitral award given between the parties on 7 June 2004.

In a reversal also of the judgment of the Court of Appeal concerning legal costs, the Supreme Court releases A.J. from the liability to compensate Ericsson AB for legal costs in the Court of Appeal and orders Ericsson AB to compensate A.J. for legal costs in the Court of Appeal of SEK three hundred and forty seven thousand (347 000), of which SEK 245 000 relates to fees

This is an unofficial translation from www.arbitration.sccinstitute.com.

for counsel, plus interest pursuant to § 6 of the Interest Act from 5 May 2006 until the date payment is made.

Ericsson AB shall compensate A.J. for legal costs in the Supreme Court of SEK four hundred and eighty seven thousand five hundred (487 500), of which SEK 425 000 relates to fees for counsel, plus interest pursuant to § 6 of the Interest Act from the date of the judgment of the Supreme Court until the date payment is made.

MOTIONS BEFORE THE SUPREME COURT

A.J. has moved that the Supreme Court uphold the claim he made in the Court of Appeal in the main part, release him from the obligation to compensate Ericsson AB for legal costs in the Court of Appeal and order Ericsson AB to pay compensation for his legal costs in the Court of Appeal.

Ericsson has objected to any reversal.

The parties have claimed compensation for their legal costs in the Supreme Court.

The Supreme Court has obtained a statement from the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

REASONING IN SUPPORT OF THE JUDGMENT

The issue in the case is whether the challenged arbitral award shall be set aside because circumstances have prevailed that could have shaken the trust in arbitrator J.L.'s impartiality. § 8 of the Arbitration Act (1999:116) provides that an arbitrator shall be impartial. At the request of a party, an arbitrator shall be removed from his assignment if there is any circumstance that may shake the trust in the arbitrator's impartiality. Items 1-4 of the provision list circumstances that should always be deemed to shake the trust in the arbitrator's impartiality. The list is intended to be exemplary and not exhaustive (see Govt. Bill 1998/99:35 p. 85 and p. 218). § 9 requires an arbitrator to disclose circumstances to the parties that can be thought to prevent him from acting as arbitrator pursuant to § 8.

If an arbitrator, due to any circumstance stated in § 8, has no authority, the arbitral award shall, following a challenge, be entirely or partly set aside at the request of a party (§ 34 first paragraph 5).

However, the right to invoke such a circumstance may be lost if the party can be deemed to have waived its right to establish its claim, for example by participating in the proceeding without objection, or if more than fifteen days have passed from the time the party learned about the circumstance (§ 34 second paragraph and § 10 first paragraph).

In the preparatory work to the 1999 Act, the importance of arbitration disputes often having international associations is emphasised. During the formulation of the Swedish legislation, it was considered important for each separate issue to take into account the provisions of the model for the legislation, a law governing international arbitration proceedings worked out by the UN's commercial law commission, UNCITRAL, the so-called model legislation. In relation to the provisions governing bias, it was stated that it was natural to pay special consideration to the corresponding provisions in the Code of Judicial Procedure. It was not considered necessary to make special mention of the fact that the arbitrator shall be impartial, which is stated in the model legislation, as this was covered by the wording chosen. It was further stated in the preparatory work that it might be possible that a lawyer is not deemed to be biased according to § 8, but that the circumstances could yet be such that it would be contrary to good legal practice to undertake or keep an assignment as arbitrator in a certain dispute. It was particularly emphasised that a lawyer, according to the rules for good legal practice, should not be able to invoke the fact that a party has refrained from claiming grounds for bias. (Govt. Bill 1998/99:35 p. 44 ff , p. 82 f and p. 218.)

In many countries there are international arbitration institutes that have their own regulatory frameworks for their operation. In the case, reference has been made *inter alia* to the International Chamber of Commerce (ICC) based in Paris and the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce based in Stockholm. The regulatory frameworks for the above-mentioned arbitration institutes include rules about bias with principally the same content as the fundamental rule governing impartiality in the Swedish Arbitration Act (see for example the current regulations for the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, § 17, which states that an arbitrator shall be impartial and independent). Furthermore, in this case, guidelines issued by the International Bar Association (IBA)

relating to conflicts of interests within international arbitration law have also been invoked. Although the trial of the case shall be done on the basis of the provisions in the Arbitration Act, there may be reason to also look at the implementation of regulatory frameworks and guidelines of the type now mentioned against the background of similar regulations and the frequently occurring international features in the operation.

As a general starting point, the statements by the Supreme Court in the case NJA 1981 p. 1205 still have force. These stated that the bias rules are intended to protect objective handling in the administration of justice and that it is important that the rules are implemented in such a way that a judge or arbitrator covered by such a rule may not participate in court or arbitration proceedings, even if in the individual case there is no reason to assume that he would permit himself to be influenced by his relationship to one party during the handling of or decision-making in the case. According to the Supreme Court, not least for arbitrators must the requirement for objectivity and impartiality be set high, as any error relating to the evaluation of evidence or the implementation of the law cannot lead to an arbitral award being set aside.

A.J. has claimed that circumstances existed that may shake the trust in the impartiality of J.L. According to A.J., these circumstances are that J.L. at the time of the arbitration proceeding was firmly linked to Mannheimer Swartling Advokatbyrå as a consultant with the task of providing legal advice to the lawyers of the firm and that Mannheimer Swartling Advokatbyrå had significant legal assignments from the Ericsson Group, of which Ericsson AB, which was A.J.'s counterparty in the arbitration proceeding, is a part. J.L. has assisted the Ericsson Group by means of two legal opinions. According to A.J., a relationship damaging to trust has existed between the arbitrator and one party to the arbitration proceeding, through the relationship of both to the law firm. In any case, J.L. had a duty to disclose the client relationship between Mannheimer Swartling Advokatbyrå and the Ericsson Group and of his own assistance to the Ericsson Group by means of legal opinions. The failure to disclose the client relationship independently, or in conjunction with the other circumstances, leads to the conclusion that J.L. had no authority.

Ericsson AB has primarily objected that A.J. has lost the right to refer to the circumstances stated by means of a challenge, as these were known to him or at least to his counsel during

the proceeding. In the alternative, the company has denied that circumstances exist that could shake the trust in J.L.'s impartiality and that J.L. has neglected his duty to disclosed.

A.J. has denied that he or his counsel had knowledge during the proceeding that the Ericsson Group was a client of the law firm. In support of him gaining such knowledge only after the arbitral award was given, AJ has referred to recordings of interviews under oath in the Court of Appeal with him and a witness interview with Advokat J.T., who was A.J. 's counsel during the arbitration proceeding.

Against the evidence brought by A.J., the Supreme Court finds that Ericsson AB has not shown that A.J. had any earlier knowledge than he has himself claimed of the circumstances he referred to as grounds for his challenge. A.J. is therefore entitled to refer to the circumstances.

The following emerges from the investigation about J.L.'s relationship with Mannheimer Swartling Advokatbyrå.

J L worked part time as a consultant for the firm. According to Ericsson AB, the contractual relationship was probably an employment relationship, even if the agreement was designated as a consultancy agreement. The work consisted mainly of providing legal advice to the other lawyers at the firm and writing legal opinions. Among these were legal opinions given to companies in the Ericsson Group. On the other hand, he did not have any client contact himself. He received a fixed fee that amounted to just short of 20 per cent of his total income. On the firm's website, he was presented as a staff member of the firm with the title of consultant, and in the list of members of the Swedish Bar Association, he was listed as assistant lawyer at the firm. His office was on the firm's premises. J.L. kept the arbitration activities separate from the activities at the law firm, but to some extent he used the firm's meeting rooms and office resources for the arbitration activities. The law firm was recompensed for the cost of this. The parties to the current arbitration proceeding have received letters from J.L. written on letterhead paper with the name of the law firm.

In a decision relating to J.L.'s principal, the disciplinary committee of the Swedish Bar Association has stated that J.L. was employed by the law firm and that he for reasons of legal ethics should have turned down the assignment as arbitrator.

This is an unofficial translation from www.arbitration.sccinstitute.com.

In a statement to the Supreme Court, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce has stated that if the Institute had had to make a decision in a matter such as the current one, it is highly probable that the Institute, in making the assessment according to its own rules, would have found that bias existed. In the opinion of the Institute, in this context there is no reason to differentiate between partners in a law firm and lawyers employed by the law firm. There is also no reason to assess the degree of involvement in the activities of the law firm on the part of the lawyer, once it has been determined that the lawyer is linked to the law firm, as is the case here. The fact that the lawyer's arbitration activities were in some way said to be separate from the law firm's activities also lacks importance for the assessment. The statement shows that the Institute's assessment of whether bias exists in an individual case is made against the background of, *inter alia*, Swedish and international practice in courts and arbitration institutes. The IBA's guidelines also constitute an important supporting document. The Institute has in particular pointed out that the circumstance that an arbitrator's law firm has a significant commercial relationship to any of the parties is listed as a circumstance that is grounds for bias in these guidelines. The Institute has also accounted for some of its own decisions on issues of bias (see, *inter alia*, Stockholm Arbitration Report 2002:1 p. 39 ff.).

The Ericsson Group was a client of Mannheimer Swartling Advokatbyrå.

The starting point for the assessment should be that Ericsson AB in this context is placed on an equal footing with the Ericsson Group. The assessment whether circumstances have existed that could shake the trust in J.L.'s impartiality shall, as previously shown, be made on objective grounds and not by concentrating on the risk that J.L. might allow himself to be influenced by the law firm's client relationship with the Ericsson Group in the individual case. J.L. must be regarded as having been employed by the law firm, albeit part time, and with an income on which he was not financially dependent. What has emerged about his working conditions, tasks and position at the law firm does not mean that in the current circumstances he should be regarded in any way other than the other lawyers employed by the law firm.

According to the rules for good legal practice, a lawyer is obliged to observe faithfulness and loyalty vis-à-vis the client (§ 18 in Guidelines for good legal practice). A lawyer is obliged to turn down an assignment offered if he himself, any assistant lawyer employed by him or a lawyer who is his employer or partner or with whom he has a joint office organisation in the

case or in another case that may be of importance to the execution of the assignment offered, represents or himself has a personal or financial interest that is contradictory to that of the principal. Likewise, a lawyer is obliged to turn down an assignment if any other circumstance exists that would clearly constitute an obstacle for the lawyer to independently uphold the principal's interests (§ 14 of the rules).

The investigation shows that the assignment from the Ericsson Group was important to Mannheimer Swartling Advokatbyrå. The assignment, which was emphasised in the firm's marketing, generated considerable income for the firm. In a letter from A.C, who was then a lawyer at Mannheimer Swartling Advokatbyrå, he turned down representing a person in a dispute against an Ericsson company, whereby he primarily referred to the firm having had considerable assignments from the Group for a large number of years.

What is stated, together with the statement from the disciplinary committee of the Swedish Bar Association, gives every reason to draw the conclusion that the client relationship to the Ericsson Group was such that the law firm's partners and employed lawyers, and thus also J.L., were prevented for reasons of legal ethics from accepting both assignments from a counterparty to the Ericsson Group and also assignments as arbitrator in a dispute to which a company in the Group was a party (see Cars, *Lagen om skiljeförfarande, En kommentar* [Arbitration Law, A Commentary], 3rd edition 2001, p. 79 note 272).

The issue in the case is, however, whether J.L. lacked authority as arbitrator due to the provisions of § 8 of the Arbitration Act. It is not disputed that none of the circumstances specifically mentioned in Items 1-4 of the provision exist. At least, when as in the case in question, the relationship between the law firm and the client is of commercial importance to the law firm, it must be deemed that the interest and loyalty ties between the partners and employed lawyers of the law firm on the one hand and the client on the other hand is such a circumstance that may shake the trust in the impartiality of an arbitrator employed by the law firm, when the client is part of the arbitration proceeding (see Lindskog, *Skiljeförfarande* [Arbitration Proceedings] 2005, p. 453 note 63). Such a standpoint has support from the IBA's guidelines and from the practice of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

A relationship damaging to trust must be deemed to exist even if the arbitrator has not himself had direct client contact with the party, the arbitration activities have been carried out separately from the lawyer activities, or if the arbitration dispute has related to issues other than such as the client assignment normally included.

Against this background, and with an objective view, circumstances have prevailed that could shake the trust in the impartiality of J.L.

Because J.L. had no authority, the challenged arbitral award shall be set aside in its entirety.

With this outcome, Ericsson AB shall compensate A.J. for legal costs in the Court of Appeal and the Supreme Court. The amount claimed relating to costs in the Court of Appeal has been confirmed by the company. The compensation claimed by A.J. relating to costs in the Supreme Court is deemed to be reasonable.

The decision was made by: Supreme Court Justices S.B., A.-C.L., E.N. (Reporting Justice), P.V. and A.S.

Reporting Clerk: A.F.

Doc. num. 39

In the case of Pullar v. United Kingdom (1),

The European Court of Human Rights, sitting, in accordance with Article 43 of the Convention (art. 43) for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") and the relevant provisions of Rules of Court A (2), as a Chamber composed of the following judges:

Mr R. Ryssdal, President,
Mr F. Gölcüklü,
Mr A. Spielmann,
Mr N. Valticos,
Sir John Freeland,
Mr M.A. Lopes Rocha,
Mr L. Wildhaber,
Mr J. Makarczyk,
Mr K. Jungwiert,

and also of Mr H. Petzold, Registrar, and Mr P.J. Mahoney, Deputy Registrar,

Having deliberated in private on 24 January and 20 May 1996,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

_____
Notes by the Registrar

1. The case is numbered 20/1995/526/612. The first number is the case's position on the list of cases referred to the Court in the relevant year (second number). The last two numbers indicate the case's position on the list of cases referred to the Court since its creation and on the list of the corresponding originating applications to the Commission.

2. Rules A apply to all cases referred to the Court before the entry into force of Protocol No. 9 (P9) (1 October 1994) and thereafter only to cases concerning States not bound by that Protocol (P9). They correspond to the Rules that came into force on 1 January 1983, as amended several times subsequently.

_____

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court on 1 March 1995 by the European Commission of Human Rights ("the Commission"), within the three-month period laid down by Article 32 para. 1 and Article 47 (art. 32-1, art. 47) of the Convention. It originated in an application (no. 22399/93) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Commission under Article 25 (art. 25) by a British national, Mr Robert Pullar, on 26 May 1993.

The Commission's request referred to Articles 44 and 48 (art. 44, art. 48) and to the declaration whereby the United Kingdom recognised the compulsory jurisdiction of the Court (Article 46) (art. 46). The object of the request was to obtain a decision as to whether the facts of the case disclosed a breach by the respondent State of its obligations under Article 6 of the Convention (art. 6).

2. In response to the enquiry made in accordance with Rule 33 para. 3 (d) of Rules of Court A, the applicant stated that he wished to take part in the proceedings and designated the lawyer who would represent him (Rule 30).

3. The Chamber to be constituted included ex officio

Sir John Freeland, the elected judge of British nationality (Article 43 of the Convention) (art. 43), and Mr R. Ryssdal, the President of the Court (Rule 21 para. 4 (b)). On 5 May 1995, in the presence of the Registrar, the President drew by lot the names of the other seven members, namely Mr F. Gölcüklü, Mr A. Spielmann, Mr N. Valticos, Mr M.A. Lopes Rocha, Mr L. Wildhaber, Mr J. Makarczyk and Mr K. Jungwiert (Article 43 in fine of the Convention and Rule 21 para. 5) (art. 43).

4. As President of the Chamber (Rule 21 para. 6), Mr Ryssdal, acting through the Registrar, consulted the Agent of the United Kingdom Government ("the Government"), the applicant's lawyer and the Delegate of the Commission on the organisation of the proceedings (Rules 37 para. 1 and 38). Pursuant to the order made in consequence, the Registrar received the applicant's memorial on 29 September 1995 and the Government's memorial on 2 October 1995.

5. In accordance with the President's decision, the hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 January 1996. The Court had held a preparatory meeting beforehand.

There appeared before the Court:

(a) for the Government

Ms S.J. Dickson, Foreign and Commonwealth Office, Agent,
Lord Mackay of Drumadoon, Lord Advocate, Counsel,
Ms S. O'Brien, Advocate,
Mr J.L. Jamieson, Scottish Office,
Mr C. Baxter, Scottish Office, Advisers;

(b) for the Commission

Mrs J. Liddy, Delegate;

(c) for the applicant

Mr D. Batchelor, Counsel,
Mr R. Carr, solicitor, Adviser.

The Court heard addresses by Mrs Liddy, Mr Batchelor and Lord Mackay of Drumadoon.

AS TO THE FACTS

I. Particular circumstances of the case

6. The applicant, Robert Pullar, is a British citizen who was born on 9 October 1949. Prior to his conviction on 17 July 1992 he was an elected member of Tayside Regional Council, a local authority in Scotland.

A. The trial

7. On 13 July 1992 Mr Pullar and another member of the Council were brought before the Perth Sheriff Court for trial on a charge under section 1 (1) of the Public Bodies Corrupt Practices Act 1889. It was alleged that they had offered, in exchange for money, to vote for and to use their influence on the Council in favour of an application for planning permission made by Mr John McLaren, a partner in a firm of architects, and Mr Alastair Cormack, a partner in a firm of quantity surveyors. The latter two were the key prosecution witnesses.

8. One of the members of the public called for jury service at Perth Sheriff Court on the day of Mr Pullar's trial was Mr Brian Forsyth, a junior employee in Mr McLaren's firm, which employed fifteen people in total. He had started working there on

30 April 1990 and had been given notice of redundancy on 10 July 1992 to take effect on 7 August 1992.

9. Mr Forsyth and Mr McLaren walked to the court house together. Neither of them knew that Mr Forsyth might be selected to sit on the jury in Mr Pullar's trial, although they both knew that Mr McLaren was to give evidence in it.

When Mr Forsyth realised that he was in a pool of potential jurors who might be selected for the Pullar trial he informed the clerk of the court that he was employed by Mr McLaren's firm. The clerk asked him whether he knew Mr Pullar or the co-accused, or anything about the circumstances of the case. When Mr Forsyth replied that he did not, the clerk allowed his name to go forward for selection, and did not inform either the sheriff who was to preside over the trial, the Procurator-fiscal who was to prosecute, or the defence lawyers, about his conversation with Mr Forsyth.

10. Mr Pullar and his co-accused both pleaded not guilty, and the clerk accordingly selected a jury by random ballot in open court (see paragraph 19 below). Mr Forsyth's was one of the names picked and he was empanelled and sworn in with the rest of the jurors. The defence was presented with a list of the names, addresses and occupations of the jurors, but this did not include details of their employers (see

paragraph 19 below). The sheriff did not ask the empanelled jurors whether they knew of any reason why they ought not to serve in the trial. In 1992 there was no general rule of practice to that effect (see paragraph 21 below).

11. About an hour after the trial had commenced Mr McLaren looked into the courtroom and saw Mr Forsyth on the jury. He then informed the clerk about his connection with the latter. The clerk told him that Mr Forsyth had earlier disclaimed any knowledge of the defendants or of the circumstances of the case. The clerk then returned to the courtroom, again without informing the sheriff, Procurator-fiscal or defence lawyers about what had happened.

12. Mr McLaren and Mr Cormack both testified that the two defendants had solicited money from them, and their's was the only evidence to that effect. In his closing speech, counsel acting for Mr Pullar's co-accused asked the jurors to tell the court if they had any personal knowledge of Mr McLaren or Mr Cormack, but Mr Forsyth did not say anything at that stage.

13. At the end of the trial the sheriff directed the jury that it was their duty to assess dispassionately the credibility of all the witnesses whom they had heard. They were told that an accused is presumed to be innocent, and that the prosecution must prove the charge beyond all reasonable doubt. In addition, they were directed that conclusive evidence from two or more sources was necessary for a conviction.

On 17 July 1992 both defendants were convicted by a majority of the fifteen jurors. On 6 August 1992 they were sentenced to twelve months' imprisonment and found incapable of holding any public office for five years from the date of conviction.

B. The appeal

14. Mr Pullar's lawyers became aware of the connection between Mr Forsyth and Mr McLaren after the verdict. They wrote about it to the prosecuting authorities on 22 July 1992 and subsequently lodged an appeal against conviction and sentence in the High Court of Justiciary, on the grounds, inter alia, that the sheriff ought to have directed the jury at the start of the trial to inform the court if they had any personal knowledge of anyone named in the indictment, and that

Mr Forsyth's participation in the deliberations and verdict of the jury amounted to a miscarriage of justice.

15. When they received the letter of 22 July, the prosecuting authorities took a statement from Mr McLaren, part of which read:

> "I can confirm that Brian Forsyth hadn't worked on the A85 related development (i.e. the subject of the trial) nor had I any reason to discuss it with him ... I had discussed the work with my colleagues but there would have been no reason why they would discuss this with Brian Forsyth who was a junior member of my firm.
>
> I did not discuss my knowledge of the allegation against [Mr Pullar and the co-accused] with Brian Forsyth although a certain amount had been in the papers and I have no doubt that it would have been the topic of conversation within the office."

The prosecuting authorities did not originally intend to lay this statement before the High Court. However, on the first day of the hearing of the appeal it became apparent that the statement contained more details than were known by Mr Pullar's counsel. The decision was therefore taken to make the statement available to the High Court judges. A copy was also supplied to counsel for Mr Pullar and his co-accused on the first day of the appeal hearing. The latter had no opportunity to cross-examine Mr McLaren during the course of the appeal, but made no objection to the statement being used or challenge to its accuracy (see paragraph 23 below).

16. The appeal was heard on 5 and 12 February 1993, and dismissed on 26 February 1993.

Lord Hope, the Lord Justice General, commented that the clerk ought to have informed the sheriff about the connection between Mr McLaren and Mr Forsyth, and that if he had done so Mr Forsyth would probably have been excused under section 133 of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1975 because there would have been cause for an objection to have been made by the defence under section 130 (4) of the same Act (see paragraph 20 below). However, a mere suspicion that a juror was biased was insufficient to justify quashing a verdict; it was necessary to prove that a miscarriage of justice had in fact taken place. There was no evidence to show that Mr Forsyth knew anything about the circumstances of the alleged offences, and in any case it could not be assumed that he would have ignored the evidence and the sheriff's directions and voted, in defiance of his oath, on the basis of any personal prejudice held by him.

Nonetheless, Lord Hope made a number of practice recommendations in order to avoid recurrence of this situation (Pullar v. Her Majesty's Advocate [1993] Scots Criminal Case Reports 514 - see paragraph 21 below).

17. Mr Pullar was taken immediately to Saughton prison and was obliged to forfeit his position on the Council. He was released on 1 October 1993.

II. Relevant domestic law and practice

A. The jury

18. In Scots criminal trials, a jury of fifteen non-legally qualified men and women have the role of deciding all issues of fact, including whether evidence is credible and reliable. The primary duty of the presiding sheriff (judge) is to direct the jury on the applicable law. The jury may give its verdict by a simple majority.

19. Section 3 of the Jurors (Scotland) Act 1825 provides for lists to be maintained of men and women who appear to be qualified and liable to serve as jurors.

For each day at which trials are due to take place at a Sheriff Court, the sheriff clerk prepares from these lists a "list of assize", containing the names, addresses and occupations of prospective jurors. The people on the list are then asked to attend court at the start of the session.

On that day, in accordance with section 129 of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1975 ("the 1975 Act"), the sheriff clerk types on to a separate slip of paper the name of each person on the list of assize who is present in court. He then places all the slips of paper in a glass jar or box and, if the accused pleads not guilty, selects fifteen names at random by drawing the slips out of the jar. This procedure is carried out in open court in the presence of the accused and the defence and prosecution lawyers, and the defence is provided with the details from the list of assize in respect of each juror selected.

20. Section 130 (1) of the 1975 Act enables the defence and the prosecution in any trial to challenge three jurors, at the time of selection, without giving reasons. In addition, each side may challenge the selection of a juror by showing special cause, and the court on its own initiative may also excuse any juror at any time during the course of the trial (section 133 of the 1975 Act).

The High Court of Justiciary has ruled that a juror can be excused on limited personal grounds only, for example if he was personally concerned in the facts of the case, or closely connected with a party to the proceedings or with a witness (M. v. Her Majesty's Advocate [1974] Scots Law Times (Notes) 25).

By virtue of section 134 of the 1975 Act, a trial can continue with less than fifteen jurors, provided the number does not fall below twelve.

21. Prior to Mr Pullar's appeal, there was no standard procedure in Scots law or practice to assist in establishing whether there were any grounds on which a person selected for jury service ought to be excused. In its decision in Pullar v. Her Majesty's Advocate [1993] Scots Criminal Case Reports 514, the High Court of Justiciary gave guidance as to the steps which in future should be taken to avoid risk of prejudice to the accused. In particular, it suggested that potential jurors arriving at court ought to be told the names of the accused, the complainant and anyone else named in the indictment; that it should be open to the trial judge to ask jurors to inform him if they were aware of any reason why they ought not to serve; and that court staff who became aware of circumstances suggesting that a juror had personal knowledge of the case or might be suspected of being prejudiced, ought to draw this to the attention of the presiding judge immediately.

B. The prohibition of investigation into the workings of the jury

22. The Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1980 provides in section 8 (1):

> "... it is a contempt of court to obtain, disclose or solicit any particulars of statements made, opinions expressed, arguments advanced or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings ..."

C. The admissibility of written witness statements

23. It is a general principle of Scots criminal law that a written

statement recording the evidence of a witness ("a precognition"), being hearsay evidence, is not admissible as evidence of that witness's testimony except in limited circumstances, none of which applied in this case. However, at an appeal hearing before the High Court of Justiciary the court can proceed on the basis of a written statement relating to matters of fact, if the contents of the statement are not disputed by any party to the proceedings and if they throw light on the subject-matter of the appeal.

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

24. In his application of 26 May 1993 (no. 22399/93) to the Commission Mr Pullar complained that he did not receive a fair trial by an impartial tribunal, in violation of Article 6 para. 1 of the Convention (art. 6-1), and that he was not able to challenge witness evidence put before the High Court, in violation of Article 6 para. 3 (d) (art. 6-3-d).

25. The Commission declared the application admissible on 29 June 1994. In its report of 11 January 1995 (Article 31) (art. 31), the Commission expressed the unanimous opinion that there had been a violation of Article 6 para. 1 of the Convention (art. 6-1) and concluded by twelve votes to one that it was not necessary to consider whether there had been a violation of Article 6 para. 3 (d) (art. 6-3-d). The full text of the Commission's opinion and of the dissenting opinion contained in the report is reproduced as an annex to this judgment (1).

_____

Note by the Registrar

1. For practical reasons this annex will appear only with the printed version of the judgment (in Reports of Judgments and Decisions 1996-III), but a copy of the Commission's report is obtainable from the registry.

_____

FINAL SUBMISSIONS MADE TO THE COURT

26. At the hearing on 22 January 1996 the Government, as they had done in their memorial, invited the Court to hold that there had been no violation of Article 6 paras. 1 or 3 (d) of the Convention (art. 6-1, art. 6-3-d).

27. On the same occasion, the applicant reiterated his request to the Court, stated in his memorial, to find that there had been a breach of Article 6 paras. 1 and 3 (d) (art. 6-1, art. 6-3-d) and to award him just satisfaction under Article 50 (art. 50) of the Convention.

AS TO THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 (art. 6) OF THE CONVENTION

A. Article 6 para. 1 (art. 6-1) taken alone

28. Mr Pullar complained that the presence in the jury of Mr Forsyth, an employee of one of the two key prosecution witnesses, meant that his case was not heard by "an independent and impartial tribunal" within the meaning of Article 6 para. 1 of the Convention (art. 6-1), which, in so far as it is relevant, provides:

> "In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law ..."

This claim was contested by the Government but accepted by the Commission.

29. The Court notes, first, that it was not disputed that the present case concerned the determination of a "criminal charge", and that Article 6 para. 1 (art. 6-1) was therefore applicable. Similarly, it was common ground that the jury which convicted Mr Pullar formed part of a "tribunal" within the meaning of the same Article (art. 6-1) (see the Holm v. Sweden judgment of 25 November 1993, Series A no. 279-A).

It therefore remains only to be decided whether the jury constituted an "independent and impartial" tribunal. Like the Commission, the Court considers that the concepts of independence and impartiality are closely related, but that in this case it is more appropriate to examine the applicant's complaints in relation to impartiality.

30. It is well established in the case-law of the Court that there are two aspects to the requirement of impartiality in Article 6 para. 1 (art. 6-1). First, the tribunal must be subjectively impartial, that is, no member of the tribunal should hold any personal prejudice or bias. Personal impartiality is to be presumed unless there is evidence to the contrary. Secondly, the tribunal must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see, for instance, the Fey v. Austria judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A, p. 12, para. 28).

31. With regard to the first aspect, the applicant conceded that there was no available evidence of personal partiality on the part of the juror, Mr Forsyth. However, he asked the Court to abandon the presumption of subjective impartiality in this case because of the combined effects of section 8 of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1980, which, he claimed, prohibits any investigation into matters which occurred in the jury-room (see paragraph 22 above) and the fact that juries in the United Kingdom, as in other countries, give no reasons for their verdicts. As a result, there were no practicable or legal means open to him by which to adduce any evidence in rebuttal of the presumption.

The Government submitted that the presumption of personal impartiality should apply equally in this case. The Commission agreed, but observed that additional emphasis should be placed on the existence of objective guarantees in cases, such as the present, where it would not generally be possible to adduce evidence with which to counter the presumption.

32. The principle that a tribunal shall be presumed to be free of personal prejudice or partiality is long established in the case-law of the Court (see, for example, the Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 25, para. 58). It reflects an important element of the rule of law, namely that the verdicts of a tribunal should be final and binding unless set aside by a superior court on the basis of irregularity or unfairness. This principle must apply equally to all forms of tribunal, including juries (see the above-mentioned Holm judgment).

Although in some cases, not least the present, it may be difficult to procure evidence with which to rebut the presumption, it must be remembered that the requirement of objective impartiality provides a further important guarantee.

33. With regard to the second requirement, the applicant argued that the circumstances surrounding the selection of Mr Forsyth as a juror in his case would have caused an objective observer to doubt the impartiality of the tribunal.

In support of this proposition he referred to the facts that both Mr Forsyth and Mr McLaren were sufficiently concerned about their

relationship to bring it to the attention of the sheriff clerk (see paragraphs 9 and 11 above), and that the High Court confirmed that, had the connection become known to the sheriff in the course of the trial, Mr Forsyth would probably have been discharged from the jury (see paragraph 16 above). Thus, the defence was deprived of its right to object to Mr Forsyth's presence by the failure of the sheriff clerk to inform the appropriate persons.

Furthermore, it was reasonable to suppose that Mr Forsyth had formed a view about the credibility of Mr McLaren prior to the trial, as a result of working in the same firm as him. In addition, Mr McLaren testified in his statement that the allegations against Mr Pullar "would have been the topic of conversation within the office" (see paragraph 15 above).

34. The Commission was also of the opinion that there were justifiable grounds on which to doubt the impartiality of the tribunal.

It found it significant that Mr Forsyth would probably have been discharged from the jury if the sheriff had known of his connection with Mr McLaren. It also agreed with the applicant that an objective observer would have presumed that Mr Forsyth had more than a casual acquaintance with Mr McLaren after working in the same small firm as him for over two years. Although Mr Forsyth was only one of fifteen jurors, his influence might have been decisive, and he could have taken the sheriff clerk's failure to act as a tacit permission to rely upon his prior knowledge.

35. The Government submitted that the fact that Mr Forsyth worked in the same firm as Mr McLaren would not in itself have been sufficient to give rise to a legitimate doubt about the tribunal's impartiality. It had to be borne in mind that Mr Forsyth held a junior position in the firm, had not worked on the project in question and, as he told the sheriff clerk, had no personal knowledge of the two defendants or of the circumstances of the case (see paragraph 9 above).

Furthermore, Mr Forsyth was only one of fifteen jurors. Each of these jurors swore an oath to give a verdict in accordance with the evidence led at trial. At the close of the trial, the sheriff directed them that they had to reach verdicts based on the evidence that they had heard, and that evidence from two or more sources must implicate the accused beyond reasonable doubt before a verdict of guilty could be returned (see paragraph 13 above). There was no reason to believe that either Mr Forsyth or any of the other jurors would have disregarded their oath or the sheriff's directions.

36. In the view of the Court it is by no means decisive that, as the High Court of Justiciary observed (see paragraph 16 above), the sheriff would probably have dismissed Mr Forsyth from the jury had he known about the connection between the latter and Mr McLaren. It is natural that a presiding judge should strive to ensure that the composition of the jury is beyond any reproach whatsoever, at a time when this is still possible, before or during the course of the trial. However, once the trial was over and a verdict had been given, it became material whether Mr Forsyth's continued presence on the jury constituted a defect grave enough to justify setting aside that verdict. It remains therefore to be considered whether his presence constituted a defect sufficient to raise a legitimate doubt as to the impartiality of the tribunal.

37. It is recalled that Mr Pullar's misgivings as to the impartiality of the tribunal were based on the fact that one member of the jury, Mr Forsyth, was employed by the firm in which the prosecution witness, Mr McLaren, was a partner. Understandably, this type of connection might give rise to some anxiety on the part of an accused (see, mutatis mutandis, the Sramek v. Austria judgment of 22 October 1984, Series A no. 84, pp. 19-20, paras. 41-42). However,

the view taken by the accused with regard to the impartiality of the tribunal cannot be regarded as conclusive. What is decisive is whether his doubts can be held to be objectively justified (see, for example, the Remli v. France judgment of 23 April 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, p. 574, para. 46).

38. The principle of impartiality is an important element in support of the confidence which the courts must inspire in a democratic society (see the above-mentioned Sramek judgment, p. 20, para. 42). However, it does not necessarily follow from the fact that a member of a tribunal has some personal knowledge of one of the witnesses in a case that he will be prejudiced in favour of that person's testimony. In each individual case it must be decided whether the familiarity in question is of such a nature and degree as to indicate a lack of impartiality on the part of the tribunal.

39. In the present case, Mr Forsyth, a junior employee within Mr McLaren's firm, had not worked on the project which formed the background to the accusations against Mr Pullar and had been given notice of redundancy three days before the start of the trial (see paragraphs 8 and 15 above). On these facts, it is by no means clear that an objective observer would conclude that Mr Forsyth would have been more inclined to believe Mr McLaren rather than the witnesses for the defence.

40. In addition, regard must be had to the fact that the tribunal offered a number of important safeguards. It is significant that Mr Forsyth was only one of fifteen jurors, all of whom were selected at random from amongst the local population. It must also be recalled that the sheriff gave the jury directions to the effect that they should dispassionately assess the credibility of all the witnesses before them (see paragraph 13 above), and that all of the jurors took an oath to a similar effect.

41. Against this background, Mr Pullar's misgivings about the impartiality of the tribunal which tried him cannot be regarded as being objectively justified.

There has therefore been no violation of Article 6 para. 1 of the Convention (art. 6-1) so far as the applicant's first complaint is concerned.

B. Article 6 paras. 1 and 3 (d) taken together (art. 6-1, art. 6-3-d)

42. The applicant also complained that the statement of Mr McLaren which was prepared by the prosecution before the hearing of the appeal (see paragraph 15 above), was produced to the High Court of Justiciary without his being afforded the opportunity to test its veracity by examination or cross-examination, in violation of Article 6 para. 3 (d) of the Convention (art. 6-3-d). This paragraph (art. 6-3-d) provides:

> "Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
>
> ...
>
> (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;"

The Commission decided that it was not necessary to examine this complaint in view of its finding of a violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1).

43. The Government explained that, when the statement was produced,

there were a number of options open to Mr Pullar's counsel. He could have objected to the statement being seen by the High Court judges; he could have agreed that they should see it whilst reserving his position as to its accuracy; he could have asked for Mr McLaren and other witnesses to be called to give evidence before the court; or applied to have a reporter appointed, who could have taken evidence from Mr McLaren and others. Since his counsel elected to take none of these steps, the applicant could not complain that he had been denied his Convention right to examine witnesses (see paragraph 15 above).

44. The applicant, however, submitted that the statement was produced to the High Court before he was given the opportunity either to read it or to object to it (see paragraph 15 above).

45. The Court observes that the guarantees in paragraph 3 of Article 6 (art. 6-3) are specific aspects of the right to a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1). For this reason, it considers it appropriate to examine this complaint under the two provisions taken together (art. 6-1, art. 6-3-d) (see the Artner v. Austria judgment of 28 August 1992, Series A no. 242-A, p. 10, para. 19).

Although the High Court did not hear Mr McLaren in person, he should, for the purposes of Article 6 para. 3 (d) (art. 6-3-d), be regarded as a witness - a term to be given an autonomous interpretation - because his written statement was produced to the court which took account of it (ibid.).

46. Mr McLaren's statement was not taken by the prosecuting authorities with the intention of placing it before the High Court. This step was only taken when it became apparent that the information contained in it might be helpful to the judges hearing Mr Pullar's appeal (see paragraph 15 above). This procedure was in accordance with the domestic law which provides that, at an appeal hearing before the High Court, the court can rely upon a written witness statement if its contents are not disputed by a party to the proceedings (see paragraph 23 above).

Most importantly, the Court has regard to the fact that a number of courses of action were open to the applicant's counsel when the statement was produced. For example, he could have objected to it being seen by the judges; reserved his position as to its accuracy; or called for Mr McLaren and other witnesses to give oral evidence either before the High Court or a reporter appointed by it (see paragraphs 23 and 43 above). However, Mr Pullar's counsel chose, at the material time, not to take any step to prevent the statement being accepted at face value by the High Court (see paragraph 15 above). In these circumstances, it cannot be said that the applicant was denied his rights under Article 6 para. 3 (d) (art. 6-3-d) as a consequence of the manner in which the appeal hearing was conducted (see, mutatis mutandis, the Stanford v. the United Kingdom judgment of 23 February 1994, Series A no. 282-A, p. 11, para. 31).

Accordingly, the Court finds that there has been no violation of Article 6 paras. 1 and 3 (d) taken together (art. 6-1, art. 6-3-d).

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Holds by five votes to four that there has been no violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) in relation to the composition of the jury;

2. Holds unanimously that there has been no violation of Article 6 paras. 1 and 3 (d) (art. 6-1, art. 6-3-d) in relation to the witness evidence produced to the High Court of Justiciary.

Done in English and in French, and delivered at a public

hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 June 1996.

Signed: Rolv RYSSDAL
President

Signed: Herbert PETZOLD
Registrar

In accordance with Article 51 para. 2 of the Convention (art. 51-2) and Rule 53 para. 2 of Rules of Court A, the partly dissenting opinion of Mr Ryssdal and Mr Makarczyk, joined by Mr Spielmann and Mr Lopes Rocha is annexed to this judgment.

Initialled: R.R.

Initialled: H.P.

PARTLY DISSENTING JOINT OPINION OF JUDGES RYSSDAL AND MAKARCZYK, JOINED BY JUDGES SPIELMANN AND LOPES ROCHA

In our view, there has been a violation of Article 6 para. 1 of the Convention (art. 6-1).

The main issue here is not the impartiality of the juror, Mr Brian Forsyth, but the conduct of the judicial organs and their failure to secure the obligation to ensure the proper selection of the jury.

When proposed for selection as a juror in this case, Mr Forsyth did what could be expected of him by informing the sheriff clerk about the fact of his employment by the Crown witness, Mr McLaren. Here the clerk committed his first error, which probably determined his further conduct: he asked Mr Forsyth whether he personally knew the accused or anything about the circumstances of the case and when Mr Forsyth answered that he did not, he was in fact deciding that the latter was qualified to serve as a juror. However, as the appeal court clearly indicated, the decision on such a vital issue should have been left to the presiding judge (the sheriff). The clerk did not inform either the sheriff, the Procurator-fiscal who was to prosecute, or the defence lawyers of his conversation with Mr Forsyth, thus depriving the defence of their right to object to his serving on the jury. Later on, the sheriff clerk again failed to inform anyone when told by the Crown witness, Mr McLaren, of his connection with Mr Forsyth.

These problems would not have arisen if the list of names of potential jurors, which was provided to the parties, had contained details of their employment, or if the sheriff had asked the empanelled jurors whether they knew of any reason why they ought not to serve in the trial.

On appeal, Lord Hope, the Lord Justice General, recognised that the clerk ought to have informed the sheriff about the connection between Mr McLaren and Mr Forsyth and that, had he done so, Mr Forsyth would almost certainly have been excused under section 133 of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1975. In addition, the court gave guidance as to the steps which should be taken in future to avoid such a risk of prejudice to the accused. One of these steps was the obligation imposed on court staff to inform the presiding judge of any circumstances suggesting that a juror might have personal knowledge of the case. In our view this amounts to an implicit recognition that in the instant case the sheriff clerk failed in his duties.

It is important to note that the jury convicted Mr Pullar by a majority, rather than unanimously. The applicant could reasonably have considered that Mr Forsyth's role was central to the formation of that majority.

Consequently, we consider that the applicant was objectively justified in having doubts as to the impartiality of the jury which convicted him, and the requirements of Article 6 para. 1 of the Convention (art. 6-1) regarding an impartial tribunal were not met.

On the other hand, for the reasons given by the majority of the Court, we do not consider that there has been a violation of paragraph 3 of Article 6 (art. 6-3).

Doc. num. 40

PROBLÈMES RELATIFS A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL COMMERCIAL

PAR

P. A. LALIVE

même si l'on pense à l'équité *extra legem*, il n'en reste pas moins qu'elle est une forme de la justice.

Cela fait surgir d'autres questions: est-il possible, pour l'arbitre ou pour un juge, de rendre une décision conforme à la justice sans décider sur la base de *principes* susceptibles d'être appliqués de manière générale et égale à toute personne se trouvant dans les mêmes circonstances? Ces principes ne sont-ils pas, nécessairement, du «droit»? Peu importe, ici, qu'il s'agisse de droit national, ou de principes généraux «reconnus par les nations civilisées» et dégagés par une analyse comparative des grands systèmes juridiques, ou encore de droit «transnational», d'un droit, en formation, de la «communauté internationale des commercants». Il s'agit toujours, quoi qu'il en soit, de *droit*. Et l'on voit mal comment les arbitres pourraient s'en passer tout à fait, pour se fonder sur des considérations uniquement «pratiques».

Ces quelques observations ne prétendent pas, bien entendu, rendre compte du problème de l'équité ou des sources de droit applicables par l'arbitre. Elles tendent seulement à nuancer certaines affirmations doctrinales qui opposent, de manière bien absolue, juridiction et arbitrage, règlement judiciaire sur la base du droit et règlement arbitral «pratique», équitable et extrajuridique. Il est indéniable que beaucoup de praticiens de l'arbitrage sont convaincus de travailler «en dehors du droit», en pure équité. . . Encore conviendrait-il de rechercher dans chaque cas si ces arbitres n'étaient pas, à l'égard du droit, dans la même situation que le Bourgeois Gentilhomme de Molière à l'égard de la prose, qui en faisait sans le savoir!

Les réserves que suscite à notre avis la théorie de l'arbitrage «institution non juridique» ne doivent pas nous dissimuler ce qu'a de spécifique l'*atmosphère* de l'arbitrage. A propos des relations interétatiques, le délégué du Brésil à la Conférence de La Haye de 1907 déclarait: «L'institution arbitrale vit de la confiance, l'institution judiciaire de l'obéissance.»

Cette confiance s'est exprimée, d'abord, par la conclusion même de la convention d'arbitrage et il devra en subsister suffisamment pour que cette convention soit exécutée de bonne foi, pour que la procédure arbitrale se déroule normalement jusqu'à la sentence. Aussi est-il juste

de dire que «au-delà d'une technique juridique et procédurale, l'arbitrage est essentiellement un *état d'esprit*».[17]

L'importance de cet élément «confiance», le rôle essentiel de la bonne foi dans l'arbitrage se manifestent d'ailleurs concrètement, dans un certain nombre de cas, par l'insertion dans le compromis d'une référence expresse, soit dans le préambule, soit dans un article spécial, aux «principes de bonne volonté et de bonne foi» qui doivent guider la conduite des parties et l'exécution du compromis.[18]

On comprend aisément le rôle capital de la bonne foi pour la réussite de l'arbitrage si l'on songe que, en matière internationale tout particulièrement, il est destiné à se passer de toute sanction étatique, à se dérouler en marge de la contrainte publique, entre membres d'une communauté, celle des commerçants, qui ont avant tout besoin de crédit, au sens le plus large du mot. Au-delà même du litige — obstacle temporaire au commerce, et qui immobilise stérilement des forces, des capitaux, des marchandises — les parties se préoccupent en général de la reprise des relations d'affaires; il leur importe que cette reprise ne soit pas compromise sans nécessité par une procédure qui participerait davantage du combat judiciaire que d'une conciliation. Par-delà l'opposition momentanée des intérêts, l'intérêt commun aux relations commerciales, au maintien du crédit, contribue donc à conserver à la procédure arbitrale, dans la plupart des cas, ce minimum de bonne foi et de confiance sans lequel l'institution ne pourrait vivre.

Pourtant, la complexité de la plupart des litiges internationaux, l'importance des intérêts en jeu, pourraient expliquer une certaine réticence des parties à l'égard de toute soumission du conflit à des tiers. Et de fait, bien des conflits finissent par être réglés par la négociation directe et par la conciliation. Mais il reste de très nombreux cas où une

17. Jean Robert, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, p. 35. En revanche, il est inutile, pour faire sentir les mérites de l'arbitrage, d'aller jusqu'à dire, comme l'auteur, que la justice ordinaire, imprégnée de la notion de duel judiciaire, « engendre nécessairement une combattivité sans merci»!

18. Des clauses de ce genre, qui peuvent paraître à première vue d'une faible portée juridique, sont fréquemment insérées dans les contrats récents de concession, par exemple en matière pétrolière; voir l'article 41, litt. *a)*, de l'accord entre l'Iran et la Société NIOC et le Consortium pétrolier, ainsi que l'article 89 du contrat entre l'URSS et la Société Lena Goldfields. Cf. Wadmond, *Basic Problems of foreign oil operations*, 1960 Institute on Private investments abroad, New York, pp. 537 et 563, qui recommande de telles stipulations.

solution doit être demandée à un tiers. Il n'est guère surprenant alors, pour les diverses raisons déjà rappelées, que de très nombreux commerçants préfèrent recourir à l'arbitrage, c'est-à-dire à une formule souple, qu'ils peuvent modeler dans une large mesure eux-mêmes, du côté de la procédure comme du droit applicable, une formule dont ils attendent, à tort ou à raison, des décisions mieux adaptées à leurs besoins.

Entre les risques que présente toujours la soumission du conflit à un tiers pour décision obligatoire, en effet, les parties semblent préférer, de plus en plus, ce qu'on pourrait appeler, en raccourci, le «risque arbitral» au «risque judiciaire».

QUAND Y A-T-IL ARBITRAGE INTERNATIONAL PRIVÉ?

Pour terminer cette introduction, nous voudrions tenter, non pas tellement de définir les termes d'arbitrage «international» ou d'arbitrage «privé», mais d'esquisser les limites dans lesquelles se situera, pour les besoins du présent cours, la notion d'arbitrage «international privé».

Quand un arbitrage est-il «international»? Répondons, sans approfondir ici cette question: lorsqu'il ne relève pas, à tous les points de vue, d'*un seul Etat*, par la nature du litige, la personne des parties ou des arbitres, le lieu ou la procédure. Mais cette définition négative apparaît très large. Peut-on vraiment affirmer qu'un arbitrage est international, soit par sa substance, soit par sa procédure? Certes, il méritera le qualificatif lorsque le litige découle d'un rapport juridique susceptible de soulever un conflit de lois, par la nationalité ou le domicile des parties, ou le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, par exemple. On songe ici à la notion de contrat «international» et aux controverses sur les limites de l'autonomie de la volonté en droit international privé.[19]

On hésitera davantage à admettre qu'un arbitrage soit international par sa nature, par sa procédure seulement,[20] par exemple en raison de la nationalité étrangère de l'arbitre. Si deux Suisses en litige sur l'inter-

19. A ce sujet, voir infra, § 11.
20. Cf. Fragistas, «Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé», *Revue critique*, 1960, p. 5.

Doc. num. 41

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

In the proceedings between

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.

(Claimants)

and

The Argentine Republic
(Respondent)

ICSID Case No. ARB/03/17

and

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A.

(Claimants)

and

The Argentine Republic
(Respondent)

ICSID Case No. ARB/03/19

In the arbitration under the Rules of the
United Nations Commission on International Trade Law between

AWG Group (Claimant)

and

The Argentine Republic (Respondent)

Date: October 22, 2007

DECISION ON THE PROPOSAL FOR THE DISQUALIFICATION OF A MEMBER OF THE ARBITRAL TRIBUNAL

I. Background

1. On April 17, 2003, the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID" or "the Centre") received a Request for Arbitration ("the Request" or "the first Request") against the Argentine Republic ("the Respondent" or "Argentina") from Aguas Argentinas S.A.("AASA"), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. ("AGBAR"), Vivendi Universal S.A. ("Vivendi") and AWG Group Ltd ("AWG"), (together, "the Claimants"). AASA was a company incorporated in Argentina. Suez, and Vivendi, both incorporated in France, AGBAR, incorporated in Spain, and AWG, incorporated in the United Kingdom, were shareholders in AASA. The Request concerned the Claimants' investments in a concession for water distribution and waste water treatment services in the city of Buenos Aires and some surrounding municipalities and a series of alleged acts and omissions by Argentina, including Argentina's alleged failure or refusal to apply previously agreed adjustments to the tariff calculation and adjustment mechanisms.[1]

2. Also on April 17, 2003, the Centre received a second Request for Arbitration ("the Request" or "the second Request") against the Argentine Republic from Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. ("APSF"), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. ("AGBAR") and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. ("InterAguas" together, "the Claimants"). APSF was a company incorporated in Argentina. Suez, incorporated in France, and AGBAR and InterAguas, both incorporated in Spain, were major shareholders in APSF. This second Request concerned the Claimants' investments in a concession for water distribution and waste water treatment in the Argentine Province of Santa Fe and a series of alleged acts and omissions by Argentina, including

[1] On the same date, the Centre received a further request for arbitration under the ICSID Convention regarding water concessions in Argentina from Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. As explained below, this request would later be registered by the Centre and submitted by agreement of the parties to one same Tribunal, but that proceeding would eventually be discontinued following an agreement between the parties.

Argentina's alleged failure or refusal to apply previously agreed adjustments to the tariff calculation and adjustment mechanisms.

3. In the first Request, Claimants Suez and Vivendi, invoked Argentina's consent to dispute settlement through ICSID arbitration provided in the 1991 Bilateral Investment Treaty between France and the Argentine Republic (the "Argentina–France BIT")[2] and AGBAR relied on Argentina's consent in the 1991 Bilateral Investment Treaty between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain (the "Argentina-Spain BIT")[3]. Claimant AWG invoked Argentina's consent to arbitrate investment disputes under the 1990 Bilateral Investment Treaty between the Argentine Republic and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (the "Argentina-UK BIT")[4], which provides in Article 8(3) that in the event an investment dispute is subject to international arbitration Argentina and the investor concerned may agree to refer their dispute either to ICSID arbitration or to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL Rules") and that failing such agreement after a period of three months the parties are bound to submit their dispute to UNCITRAL Rules arbitration. Although the required three months had elapsed without agreement, AWG in its Request for Arbitration invited Argentina to agree to extend ICSID arbitration to AGW's claims under the Argentina-UK BIT.

4. In the second Request, the Claimants invoked Argentina's consent to dispute settlement through ICSID arbitration provided in the 1991 Bilateral Investment Treaty

---

2 Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments), signed on 3 July 1991 and in force since 3 March 1993; 1728 UNTS 298.

3 Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina (Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of Spain and the Argentine Republic), signed in Buenos Aires on 3 October 1991 and in force since 28 September 1992; 1699 UNTS 202.

4 Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments, signed 11 December 1990, and in force since 19 February 1993; Treaty Series No. 41 (1993).

between France and the Argentine Republic (the "Argentina–France BIT")[5] and in the 1991 Bilateral Investment Treaty between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain (the "Argentina-Spain BIT").[6]

5. On April 17, 2003, the Centre, in accordance with Rule 5 of the ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (Institution Rules), acknowledged receipt and transmitted a copy of both Requests to the Argentine Republic and to the Argentine Embassy in Washington D.C.

6. On July 17, 2003, the Acting Secretary-General of the Centre registered both Requests, pursuant to Article 36(3) of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (the "ICSID Convention" or "the Convention"). The case relating to the first Request was registered as ICSID Case No. ARB/03/19 with the formal heading of Aguas Argentinas, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic. On that same date, the Acting Secretary-General, in accordance with Institution Rule 7, notified the parties of the registration of the Request and invited them to proceed, as soon as possible, to constitute an Arbitral Tribunal. Argentina did not agree to extend ICSID jurisdiction to the claims of AWG but it did agree to allow the case, although subject to UNCITRAL rules, to be administered by ICSID. Also on July 17, 2003, the Acting Secretary-General of the Centre registered the second Request, pursuant to Article 36(3) of the Convention. This case was registered as ICSID Case No. ARB/03/17 with the formal heading of Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic.

---

[5] Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (Agreement between the Argentine Republic and the Republic of France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments), signed on 3 July 1991 and in force since 3 March 1993; 1728 UNTS 298.

[6] Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina (Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of Spain and the Argentine Republic), signed in Buenos Aires on 3 October 1991 and in force since 28 September 1992; 1699 UNTS 202.

7. The parties could not reach an agreement on the number of arbitrators to comprise the arbitral tribunals in these cases nor on the method for their appointment. Accordingly, on September 22, 2003, the Claimants requested the relevant Tribunals to be constituted in accordance with the formula set forth in Article 37(2)(b) of the ICSID Convention; *i.e.* one arbitrator appointed by each party, and the third arbitrator, who would serve as president of the tribunal, to be appointed by agreement of the parties. The Claimants appointed Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, a Swiss national, as arbitrator. The Argentine Republic in turn appointed as arbitrator Professor Pedro Nikken, a national of Venezuela.

8. In the absence of an agreement between the parties on the name of the presiding arbitrator, on October 21, 2003 the Claimants, invoking Article 38 of the ICSID Convention and Rule 4 of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), requested the Centre to make this appointment. With the agreement of both parties, the Centre appointed Professor Jeswald W. Salacuse, a national of the United States of America, as the President of the Tribunal. The Parties agreed that the same Tribunal would hear all three cases indicated above, in addition to a fourth case[7] against Argentina involving the privatization of the water system in the Province of Cordoba, which was subsequently discontinued following an agreement between the parties.

9. On February 17, 2004, the Deputy Secretary-General of ICSID, in accordance with ICSID Arbitration Rule 6(1), notified the parties that all three arbitrators had accepted their appointments and that the Tribunal was therefore deemed to be constituted and the proceedings to have begun on that date. In connection with their appointment, each member of the Tribunal made declarations pursuant to Rule 6 of the ICSID Arbitration Rules with respect to circumstances affecting reliability for exercising independent judgment.

---

[7] ICSID Case No. ARB/03/18.

10. On June 7, 2004, the Tribunal held a session with the parties at the seat of the Centre in Washington, D.C. During the session the parties in the ICSID cases confirmed their agreement that the Tribunal had been properly constituted in accordance with the relevant provisions of the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules and that they did not have any objections in this respect. Similarly, in the case governed by the UNCITRAL Rules, AWG and Argentina also agreed that the Tribunal had been properly constituted.

11. Having been duly constituted, the Tribunal under both ICSID and UNCITRAL Rules proceeded to hear the above entitled cases and to make a series of important decisions concerning their timetables and procedures on submission of documents, the jurisdiction of the tribunal[8], requests by a group of non-governmental organization to participate as amicus curiae[9], the withdrawal of certain parties, and various other matters concerning the orderly management and processing of the arbitral proceedings. From May 28 to June 1, 2007, the Tribunal with the full participation of the parties held a hearing on the merits in ICSID Case No. ARB/03/17. With respect to ICSID Case No. ARB/03/19 and the case subject to UNCITRAL Rules, with the completion of the various phases for the submission of documents, the Tribunal with the agreement of the parties fixed the dates for a hearing on the merits in these cases for the period October 29 to November 8, 2007 at the offices of the Centre in Washington, DC.

II. The Proposal for the Disqualification of Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler

12. On October 12, 2007, the Respondent filed with the Secretary of the Tribunal a Proposal (hereinafter "Respondent's Proposal") under Article 57 of the Convention and Rule 9 of the ICSID Arbitration Rules to disqualify Professor Gabrielle Kauffman-Kohler

[8] Decision on Jurisdiction, May 16, 2006.

[9] Order in response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae*, March 17, 2006.

as a member of the Tribunal "… by virtue of the objective existence of justified doubts with respect to her impartiality." (para. 1) ("…en virtud de la existencia objetiva de dudas justificadas respecto de su imparcialidad.") The alleged basis for this request arose out of the fact that Professor Kaufman-Kohler had been a member of an ICSID tribunal in the case of *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*[10], hereinafter referred to as the *Aguas del Aconquija* case, which had rendered an award against Argentina on August 20, 2007.

13. The *Aguas del Aconquija* case, which concerned a conflict between the parties arising out of the privatization of the water and sewage system in the Argentine province of Tucumán in 1995, had a protracted history beginning with an ICSID arbitration initiated in 1996 which resulted in a an award in 2000, which was subsequently subject to a decision on annulment in 2002[11] which in turn led to the constitution of a new tribunal in April 2004, of which Professor Kaufmann-Kohler, having been appointed by the claimants in the case, was a member. It was this tribunal that would render an award of $105,000,000, plus interests and costs, in favor of the claimants and against Argentina on August 20, 2007, and which has caused Argentina to seek to disqualify Professor Kaufmann-Kohler as an arbitrator in the three cases being considered by the present Tribunal. Argentina's Proposal, which will be discussed at length later in this decision, argues that the award in the *Aguas del Aconquija* case is so flawed, particularly in its findings of fact and its appraisal of the evidence, that Professor Kaufmann-Kohler's very participation in that decision "… reveals a prima facie lack of impartiality of the above mentioned arbitrator, made evident through the most prominent inconsistencies of the award that result in the total lack of reliability towards Ms Gabrielle Kaufmann-Kohler." (Respondent Proposal para. 8).

14. Once the Tribunal became aware of the Respondent's Proposal, Professor Kaufmann-Kohler immediately withdrew from Tribunal deliberations, and the two

---

[10] *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/97/3.

[11] Decision on Annulment, July 3, 2002 (English) (Spanish).

remaining members suspended proceedings in three above-entitled cases pursuant to Rule 9 of the ICSID Arbitration Rules on October 15, 2007, forwarded the Respondent's Proposal to the Claimants with a request for their observations, and invited Professor Kaufmann-Kohler to furnish any explanations that she wished to make, in accordance with ICSID Arbitration Rule 9(3).

15. By letter of October 16, 2007, Professor Kaufmann-Kohler responded in part as follows:

> "I do not wish to comment on the merits of the proposal, but to state that I have always considered it my duty as an arbitrator to be impartial and exercise independent judgment and that I intend to comply with such duty in these arbitrations as in all others in which I serve."

The Tribunal also forwarded Professor Kaufmann-Kohler's explanation to the parties for any comment they wished to make.

16. On October 17, 2007, the Claimants submitted a letter in which they requested that Argentina's challenge be dismissed and that the scheduled dates for the hearings on the merits be maintained. On October 17, 2007, Argentina submitted a new letter reaffirming its Proposal in the light of Professor Kaufmann-Kohler's statement.

17. ICSID Arbitration Rule 9(4) requires that in the event of a challenge to one member of an arbitral tribunal, "…the other members shall promptly consider and vote on the proposal in the absence of the arbitrator concerned." Professor Kaufman-Kohler having withdrawn from all deliberations of the Tribunal until the matter of the challenge against her is resolved, the undersigned other Tribunal members have considered the various documents submitted in this case, as well as the relevant legal authorities, and have arrived at the following decision.

III. Timeliness of the Respondent's Proposal

18. An orderly and fair arbitration proceeding while permitting challenges to arbitrators on specified grounds also normally requires that such challenges be made in a timely fashion. As Prof. Albert Jan van den Berg has stated in his Report on Challenge Procedure, cited by Argentina in its proposal (footnote 39), handling challenges involves a balancing of interests the first of which is that "… the arbitration should take place with due dispatch and the possibility of delaying tactics should be reduced to a minimum."[12] Recognizing that such challenges may be abused, arbitration rules normally provide that challenges that are not timely should not be considered. In the three cases for which this Tribunal is responsible, two different sets of rules are applicable: the ICSID Convention and Rules in Case Nos. ARB/03/17 and ARB/03/19 and the UNCITRAL Rules in *Anglian Water Limited (AWG) v. The Argentine Republic*. We consider first the application of the UNCITRAL rules to the last-mentioned case.

19. Article 11 of the UNCITRAL Rules governs challenges to arbitrators. Paragraph 1 of that article provides:

> A party who intends to challenge an arbitrator shall send notice of his challenge with fifteen days after the appointment of the challenged arbitrator has been notified to the challenging party or within fifteen days after the circumstances mentioned in articles 9 and 10 became known to the party.

20. The circumstances referred to in articles 9 and 10 are "… any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his [*i.e.* the challenged arbitrator's] impartiality or independence."

21. According to Argentina's Proposal, the circumstance that gave rise to such doubts was the issuance of the award in the *Aguas del Aconquija* case on August 20, 2007. It is undisputed that Argentina had knowledge of that award on that date. Therefore, under

---

[12] Reprinted in T. Varady *et al.*, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (2nd ed, 2003) p. 381.

UNCITRAL Rules, the very latest that Argentina might have lodged a challenge against Professor Kaufmann-Kohler based on knowledge of that circumstance was September 4, 2007. Since the Tribunal did not receive Argentina's Proposal to challenge Professor Kaufmann-Kohler until October 12, 2007, some fifty-two days after Argentina had knowledge of the decision in the *Aguas del Aconquija* case and some thirty-eight days after the deadline specified by article 11(1) of the UNCITRAL Rules, its Proposal may not be considered under the UNCITRAL Rules and we therefore dismiss its challenge in the *Anglian Water Group (AWG) v. Argentina* case as being untimely.

22. With respect to the two ICSID cases to be decided by the Tribunal, neither the ICSID Convention nor the ICSID Rules specify a definite, quantifiable deadline beyond which a challenge is not to be considered. However, ICSID Rules are not without limits with respect to time. Article 9(1) of the ICSID Rules provides that:

> A party proposing the disqualification of an arbitrator pursuant to Article 57 of the Convention shall promptly, and in any event before the proceeding is declared closed, file its proposal with the Secretary-General stating its reasons therefore. (emphasis supplied)

The Spanish language version of Rule 9 requires the challenging party to file its proposal *"sin demora,"* *i.e.* without delay. In the same vein, according to the French version of Rule 9, the proposal should be filed *"dans les plus brefs délais."* The application of Rule 9(1) raises the question of whether Argentina filed its proposal "promptly" or "without delay."

23. The word "promptly" is defined by the Oxford English Dictionary as "readily, quickly, directly at once, without a moment's delay."[13] Webster's Unabridged Dictionary (2nd ed) in similar vein defines the term as "readily, quickly, expeditiously."[14] In his

---

[13] Oxford English Dictionary (Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1989) p. 620.

[14] Webster's Unabridged Dictionary (New World Dictionaries/Simon and Schuster, 2nd ed, 1979) p. 1441.

authoritative work on the ICSID Convention, Prof. Christoph Schreuer specifically addresses the question of the meaning of "promptly" with respect to challenges to disqualify an arbitrator. He states:

> Promptly means that the proposal to disqualify must be made as soon as the party concerned learns of the grounds for a possible disqualification.[15]

Under the ICSID Rules, the sanction for the failure to object promptly is waiver of the right to make an objection. Thus, Schreuer also writes:

> Under Arbitration Rule 27, a party that fails to object promptly to a violation of a relevant rule is deemed to have waived its rights to object.[16]

24. Did Argentina act promptly in making its proposal to disqualify Professor Kaufman-Kohler as an arbitrator in the two cases governed by ICSID Rules? In paragraph 3 of its Proposal, Argentina defends the timing of its submission in the following terms:

> "In spite of its submission being timely, the Republic of Argentina asserts that it attempted to make this proposal more time in advance. But one thing is the simple understanding of the arbitrariness committed in the award that concludes proceeding by some one who participates therein, and a very different one is to prepare a written submission for that understanding to be reached with certainty by someone who has not known the case."

---

[15] C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) p.1198 (§10).

[16] Ibid. §10.

Article 27 of the ICSID Arbitration Rules provides:

> A party which knows or should have known that a provision of the Administrative and Financial Regulations, of these Rules, of any other rules or agreement applicable to the proceeding, or of an order of the Tribunal has not been complied with and which fails to state promptly its objections thereto, shall be deemed—subject to Article 45 of the Convention—to have waived its right to object.

25. In its letter of October 17 2007, Argentina added, as justification for its delay in filing the Proposal, that it needed some time for the analysis of the *Aguas del Aconquija* award and that:

> "…the Argentine Republic had to file the request for challenge while, at the same time, preparing for the hearing of this case, which entailed a major effort."

26. We can appreciate that an analysis of the award in the *Aguas del Aconquija* case, a decision of 265 pages, as well as a review of the transcript and other documents, is a task that might require more than a day or two. On the other hand, Argentina's delay of fifty-three days in submitting its Proposal, a document of just 23 pages, does not constitute acting promptly given the nature of the case and the fact that hearings on the merits were scheduled to take place within two weeks of the submission. The Respondent's proposal does not develop elaborate legal arguments that would have necessitated extensive legal research and the selection of various errors from the hearing transcript is also not a task that would reasonably require nearly two months to be achieved. Moreover, to facilitate the efficient functioning of the arbitration, Argentina might have notified the Tribunal much earlier than it did of its intention to challenge one of the arbitrators, setting out its basic case on that issue, with supporting documents to follow at a later time. Taking all of these factors into consideration, we conclude that Argentina did not file its Proposal to disqualify Professor Kaufmann-Kohler "promptly" within the meaning of Article 9(1) of the ICSID rules and that therefore it has waived such objection under Article 27.

IV. A Consideration of the Substance of the Respondent's Proposal of Disqualification

27. Article 56 of the ICSID Convention governs the process of challenging arbitrators. It provides that a party may propose the disqualification of a member of the

Tribunal on account of any fact indicating a *manifest* lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. (Emphasis added). Article 14 (1) states the qualities that an ICSID arbitrator must meet. It provides:

> Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, *who may be relied upon to exercise independent judgment.* (Emphasis added)

28. Thus, for purposes of deciding on Argentina's Proposal, it is essential to determine whether Professor Kaufmann-Kohler manifestly lacks the quality of being a person who may be relied upon to exercise independent judgment, as Argentina seems to allege. Although Argentina did not point to this fact, the Spanish language version of the Convention Article 14(1) appears to be slightly different from that of the English language version. The Spanish version of Article 14(1) refers to a person who "…inspira[r] plena confianza en su imparcialidad de juicio. (*i.e.* who inspires full confidence in his impartiality of judgement.) Since the treaty by its terms makes both language versions equally authentic, we will apply the two standards of independence and impartiality in making our decisions. Such an approach accords with that found in many arbitration rules which require arbitrators to be both independent and impartial.[17]

29. The concepts of independence and impartiality, though related, are often seen as distinct, although the precise nature of the distinction is not always easy to grasp.[18] Generally speaking independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence

---

[17] The Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA) state that arbitrators "shall be and remain at all times impartial and independent of the parties." The International Arbitration Rules of the American Arbitration Association (AAA) state that "[a]rbitrators acting under these rules shall be impartial and independent." The UNCITRAL Arbitration Rules also emphasize the importance of both concepts, in relation to the appointing authority's obligations concerning selection of arbitrators, an arbitrator's duty of disclosure, and in relation to grounds for challenge.

[18] On this point, see Jean-Francois Poudret and Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (Sweet and Maxwell, 2007 (translated by Berti & Ponti)), p. 348.

of a bias or predisposition toward one of the parties. Thus Webster's Unabridged Dictionary defines 'impartiality' as "freedom from favoritism, not biased in favor of one party more than another."[19] Thus it is possible in certain situations for a judge or arbitrator to be independent of the parties but not impartial.

30. Independence and impartiality are states of mind. Neither the Respondent, the two members of this tribunal, or any another body is capable of probing the inner workings of any arbitrator's mind to determine with perfect accuracy whether that person is independent or impartial. Such state of mind can only be inferred from conduct either by the arbitrator in question or persons connected to him or her. It is for that reason that Article 57 requires a showing by a challenging party of any fact indicating a manifest lack of impartiality or independence.

31. What is the fact that Respondent alleges that manifestly demonstrates Professor Kaufmann-Kohler's lack of independence and impartiality? The only fact alleged in support of that conclusion is that Professor Kaufmann-Kohler participated in and signed the award in the *Aguas del Aconquija* case, which was rendered on August 20, 2007. In that respect, Argentina's challenge to an arbitrator in this case is unlike such challenges in other many other cases.

32. Many, if not most, prior ICSID cases concerning challenges to arbitrators are based on some alleged professional or business relation between the challenged arbitrator or one of his or her associates and a party in the case.[20] That situation does not exist in the present case. The Respondent does not allege and certainly does not offer any evidence that Professor Kaufmann-Kohler, her legal and professional associates, or anyone connected to her have or had any kind of a relationship at all with any of the parties in the case, let alone a relationship that might taint her independence as an arbitrator. As recognized by the other members of this Tribunal, as well as her

---

[19] Webster's Unabridged Dictionary (\New World Dictionaries/Simon and Schuster, 2nd ed, 1979), p. 911.

[20] See for example Decision on the Challenge to the President of the Committee, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3), available online at http://www.worldbank.org/icsid/cases/9deci-e.pdf

professional associates, Professor Kaufman-Kohler is known as a distinguished university academic, lawyer, and arbitrator of the highest professional standing, and the Respondent offers no evidence or facts to challenge her reputation and standing, except for the fact that she was a member of the tribunal that unanimously rendered an award in the *Aguas del Aconquija* case.

33. Moreover, it should also be noted that the Tribunal in the present case was constituted on February 17, 2004 and has functioned without objection from any of the parties for nearly four years in what was originally four and ultimately became three complicated cases. During that time, the Tribunal has held three hearings with the parties, made decisions on numerous requests and petitions, and has had countless interactions together and with the parties in order to carry out its functions according to the treaties and rules that govern its operations. Argentina offers no evidence whatsoever with respect to Professor Kaufman-Kohler's comportment during that period of time of any act or fact that would bring into question her independence or impartiality. Indeed, there can be none. On that score, the undersigned member of the Tribunal affirm in the strongest possible way based on their own knowledge and observation throughout that time that since the constitution of the Tribunal on February 17, 2004 Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler has conducted herself in accordance with the highest professional standards and with absolutely strict and uncompromising independence and impartiality.

34. Thus the only fact from which Argentina seeks to draw an inference of lack of impartiality and independence is that Professor Kaufmann-Kohler participated in and signed the award against Argentina in the *Aguas del Aconquija*. We turn now to consider the implications of that fact. At the outset, it must be recalled that Article 57 of the ICSID Convention requires a "manifest lack of the qualities required" of an arbitrator. The term "manifest" means "obvious" or "evident." Christoph Schreuer, in his *Commentary*, observes that the wording *manifest* imposes a "relatively heavy burden of proof on the party making the proposal…" to disqualify an arbitrator.[21] Thus, in order to

[21] C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) p.1200 (§16).

conclude that Professor Kaufmann-Kohler lacks independence or impartiality, we would have to find that participation in the award was in and of itself obvious evidence of such a state of mind. We have reviewed the award in the *Aguas del Aconquija* case but can find no evidence from its text of a lack of impartiality or independence by Professor Kaufmann-Kohler. The award was a unanimous decision rendered by three distinguished arbitrators, including one appointed by Argentina. In its Proposal, Argentina contests many of the findings of fact by that tribunal and it argues that because the tribunal's interpretations of the facts and evaluation of the evidence is, in the Argentinean view, so wrong, the tribunal, or at least Professor Kaufmann-Kohler, could not have acted independently and impartially in arriving at such a decision.

35. With respect to the basis of Argentina's argument, it must be pointed out that a difference of opinion over an interpretation of a set of facts is not in and of itself evidence of lack of independence or impartiality. It is certainly common throughout the world for judges and arbitrators in carrying out their functions honestly to make determinations of fact or law with which one of the parties may disagree. The existence of such disagreement itself is by no means manifest evidence that such judge or arbitrator lacked independence or impartiality. Even if an appellate body should ultimately reverse such determination, that reversal in and of itself would by no means be evidence of a failure of impartiality or independence. A judge or arbitrator may be wrong on a point of law or wrong on a finding of fact but still be independent and impartial. We are in no way suggesting that we accept or dismiss any of Argentina's various challenges to the facts determined by the tribunal in the *Aguas del Aconquija* case. We are not equipped to make such a determination. We have not reviewed the thousands of pages of documents in that case, and we have not listened to the testimony of witnesses over eleven days as did the tribunal in the case. Determinations of facts in an arbitral or judicial proceeding are crucially dependent on an evaluation of the credibility of witnesses. The only persons capable of making that determination in the *Aguas del Aconquija* case were the three arbitrators who participated in the hearings and actually listened to the witnesses. While we, as two members of the Tribunal, have jurisdiction to judge the independence and

impartiality of Professor Kaufmann-Kohler, we have no jurisdiction to review the substance of the *Aguas del Aconquija* award.

36. Even though Professor Kaufman-Kohler is independent of the parties, is it still possible to conclude that she is not impartial toward the parties, and specifically Argentina, because of her participation in the *Aguas del Aconquija* award? In more general terms, does the fact that an arbitrator or a judge has made a decision that a party in one case interprets as against its interests mean that such judge or arbitrator cannot be impartial to that party in another case? Further, does the fact that a judge or arbitrator had made a determination of law or a finding of fact in one case mean that such judge cannot decide the law and the facts impartially in another case? We believe that the answer to all three questions is no. A finding of an arbitrator's or a judge's lack of impartiality requires far stronger evidence than that such arbitrator participated in a unanimous decision with two other arbitrators in a case in which a party in that case is currently a party in a case now being heard by that arbitrator or judge. To hold otherwise would have serious negative consequences for any adjudicatory system.

37. It is also important to underscore that although the *Aguas del Aconquija* case and the cases being heard by the present Tribunal all involve Argentina as a respondent and arose out of the privatization of water and sewage systems in that country, the two situations are distinctly different. For one thing, the cases being heard by the present Tribunal are linked to the measures and actions taken by the Argentine government to deal with the serious crisis that struck the country in 2001. Those measures and actions were not in any way involved in the *Aguas del Aconquija* case, which arose out of events some five years earlier. Secondly, the present Tribunal will be required to apply Argentina's bilateral investment treaties with Spain and the United Kingdom, neither of which was applicable in the *Aguas del Aconquija.* And finally, the application of general international legal principles, as well as the determination of damages (if any), are highly fact-specific, and the facts in the cases being heard by the present Tribunal are far different from those found in the *Aguas del Aconquija* case.

38. After analyzing Argentina's various contentions in its Proposal, we find only Argentina's belief, unsubstantiated by objective evidence, that the award in the *Aguas del Aconquija* case, because of alleged improper findings of fact, is sufficient to demonstrate Professor Kaufmann-Kohler's lack of independence and impartiality. Paragraph 47 of Argentina's Proposal states: "Based on all the considerations hereinabove stated, the Republic of Argentina asserts that it is manifest that Mrs. Kaufmann-Kohler may not be relied upon to exercise independent judgment with respect to the Claimants' claim."

39. Although Argentina does not ask the question specifically in its Proposal, the above-quoted statement raises the question of whether, in applying the standards of Article 14 of the Convention to challenges, one is to use a subjective standard based on the belief of the complaining party or an objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party. In other words, when the English version of article 14 calls for a person "…who may be relied upon to exercise independent judgment" and the Spanish versions requires one "...who inspires full confidence in his impartiality of judgment" are we to look only to the challenger's belief or lack thereof in the presence of that quality or are we to require a showing of evidence that a reasonable person would accept as establishing the absence of the qualities required by Article 14? We have concluded that an objective standard is required by the Convention.

40. Implicit in Article 57 and its requirement for a challenger to allege a fact indicating a *manifest* lack of the qualities required of an arbitrator by Article 14, is the requirement that such lack be proven by objective evidence and that the mere belief by the challenge of the contest arbitrator's lack of independence or impartiality is not sufficient to disqualify the contested arbitrator. Previous ICSID decisions on challenges to arbitrators support our position. For example, the Challenge Decision in the *SGS v. Pakistan* case[22] confirmed this view in the following terms:

---

[22] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13). Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Arbitrator of December 19, 2002, 8 *ICSID Rep.* 398 (2005)

> [T]he party challenging an arbitrator must establish facts, of a kind or character as reasonably to give rise to the inference that the person challenged clearly may not be relied upon to exercise independent judgment in the particular case where the challenge is made."[23]

41. Two arbitrators in *Amco Asia Corp. v. Indonesia*[24] held that mere appearance of partiality was not a sufficient ground for disqualification of the arbitrator. The challenging party must prove not only facts indicating the lack of independence, but also that the lack is 'manifest' or 'highly probable', not just 'possible' or 'quasi-certain'.[25] The decision on the challenge to the President of the annulment committee in *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3) took a similar approach in stating that that the challenging party shall rely on established facts and "not on any mere speculation or inference."[26]

> Indeed, the application of a subjective, self-judging standard instead of an objective would enable any party in arbitration who becomes discontented with the process for any reason to end it at any time at its sole discretion simply by claiming that an arbitrator is not independent or impartial, a result that would undermine and indeed destroy the system of investor-State arbitration that was so carefully established by the states that have agreed to the Convention.

---

[23] SGS Challenge Decision, page 5.

[24] ICSID Case ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator (June 24, 1982) (unreported). Referred to in M.W. Tupman, *"Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arsitration"* 38 Int'l & Comp. L.Q. 44 (1989) p.44. The case is also referred to in C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) p.1200 (§18).

[25] Ibid. p.45 (Decision at p.8).

[26] Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on Challenge to the President of the Committee, para. 25.

42. After carefully examining the various allegations contained in Argentina's Proposal, we find no evidence whatsoever that indicates in any way that Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler is not independent and impartial in the above-entitled cases. We therefore hold that the Proposal by Argentina to disqualify her is without foundation.

IV. Conclusion

43. We conclude that the Proposal by Argentina to disqualify Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler must be dismissed because it was not filed in a timely manner and because it failed to prove any fact indicating a manifest of lack of independence or impartiality. In making this decision, we have been mindful both of the sincerity with which Argentina has advance and argued its Proposal and the duty imposed on us by the ICSID Convention and Rules to decide this matter fairly and promptly in accordance with the prevailing law.

44. As from today, we terminate the state of suspension of the proceedings in the above entitled cases and affirm the schedule of hearings fixed by agreement of the parties to be held from October 28, 2007 through November 8, 2007 at the offices of the Centre in Washington, D.C.

Professor Jeswald W. Salacuse
President

Professor Pedro Nikken
Arbitrator

Doc. num. 42

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING APPLICATION OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION

(GEORGIA *v.* RUSSIAN FEDERATION)

PRELIMINARY OBJECTIONS

JUDGMENT OF 1 APRIL 2011

2011

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE À L'APPLICATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE

(GÉORGIE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE)

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

ARRÊT DU 1er AVRIL 2011

Official citation:

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. *Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, p. 70

Mode officiel de citation:

Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, p. 70

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071125-8

Sales number
N° de vente: **1014**

1 APRIL 2011

JUDGMENT

APPLICATION OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION

(GEORGIA *v.* RUSSIAN FEDERATION)

PRELIMINARY OBJECTIONS

APPLICATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE

(GÉORGIE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE)

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

1er AVRIL 2011

ARRÊT

TABLE OF CONTENTS

Paragraphs

CHRONOLOGY OF THE PROCEDURE 1-19

I. INTRODUCTION 20-22

II. FIRST PRELIMINARY OBJECTION — EXISTENCE OF A DISPUTE 23-114

1. The meaning of "dispute" 26-30
2. The evidence about the existence of a dispute 31-39
3. Relevant agreements and Security Council resolutions 40-49
4. Documents and statements from the period before CERD entered into force between the Parties on 2 July 1999 50-64
5. Documents and statements from the period after CERD entered into force between the Parties and before August 2008 65-105
6. August 2008 106-113
7. Conclusion 114

III. SECOND PRELIMINARY OBJECTION — PROCEDURAL CONDITIONS IN ARTICLE 22 OF CERD 115-184

1. Introduction 115-121
2. Whether Article 22 of CERD establishes procedural conditions for the seisin of the Court 122-147
   (a) Ordinary meaning of Article 22 of CERD 123-141
   (b) *Travaux préparatoires* 142-147
3. Whether the conditions for the seisin of the Court under Article 22 of CERD have been fulfilled 148-184
   (a) The concept of negotiations 150-162
   (b) Whether the Parties have held negotiations on matters concerning the interpretation or application of CERD 163-184

IV. THIRD AND FOURTH PRELIMINARY OBJECTIONS 185

LAPSE OF THE COURT'S ORDER OF 15 OCTOBER 2008 186

OPERATIVE CLAUSE 187

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

QUALITÉS 1-19

I. INTRODUCTION 20-22

II. PREMIÈRE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE — L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND 23-114

1. Le sens du mot «différend» 26-30
2. Les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un différend 31-39
3. Les accords pertinents et les résolutions du Conseil de sécurité 40-49
4. Les documents et déclarations antérieurs au 2 juillet 1999, date à laquelle la CIEDR est entrée en vigueur entre les Parties 50-64
5. Les documents et déclarations postérieurs à l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties et antérieurs au mois d'août 2008 65-105
6. Le mois d'août 2008 106-113
7. Conclusion 114

III. DEUXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE — CONDITIONS PROCÉDURALES POSÉES À L'ARTICLE 22 DE LA CIEDR 115-184

1. Introduction 115-121
2. Le point de savoir si l'article 22 de la CIEDR établit des conditions procédurales pour la saisine de la Cour 122-147

a) Le sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR 123-141
b) Les travaux préparatoires 142-147

3. Le point de savoir s'il a été satisfait aux conditions énoncées à l'article 22 pour la saisine de la Cour 148-184

a) La notion de négociation 150-162
b) Le point de savoir si les Parties ont mené des négociations sur des questions concernant l'interprétation ou l'application de la CIEDR 163-184

IV. TROISIÈME ET QUATRIÈME EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES 185

CADUCITÉ DE L'ORDONNANCE DE LA COUR DU 15 OCTOBRE 2008 186

DISPOSITIF 187

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2011

2011
1 April
General List
No. 140

1 April 2011

CASE CONCERNING APPLICATION OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION

(GEORGIA *v.* RUSSIAN FEDERATION)

PRELIMINARY OBJECTIONS

Article 22 of CERD invoked by Georgia as a basis for the jurisdiction of the Court — Four preliminary objections to the jurisdiction of the Court raised by the Russian Federation.

*

First preliminary objection – Existence of a dispute.

Contention by the Russian Federation that there is no dispute between the Parties with respect to the interpretation or application of CERD — Meaning of the word "dispute" in Article 22 of CERD — Evidence as to the existence of a "dispute" — The Court limits itself to official documents and statements — Distinction between documents and statements issued before and after CERD entered into force between the Parties — Primary attention given by the Court to statements made or endorsed by the Executives — Agreements and the Security Council resolutions relating to the situation in Abkhazia and South Ossetia.

Documents and statements from the period before CERD entered into force between the Parties — No legal significance given by the Court to these documents and statements for the purposes of the case — No basis for a finding that there was a dispute between the Parties about racial discrimination by July 1999 — Even if there had been such a dispute prior to 2 July 1999, it could not have been a dispute with respect to the interpretation or application of CERD.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2011

2011
1er avril
Rôle général
no 140

1er avril 2011

AFFAIRE RELATIVE À L'APPLICATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE

(GÉORGIE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE)

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

Article 22 de la CIEDR invoqué par la Géorgie comme base de compétence de la Cour — Quatre exceptions préliminaires d'incompétence soulevées par la Fédération de Russie.

*

Première exception préliminaire — Existence d'un différend.

Affirmation de la Fédération de Russie selon laquelle il n'existe entre les Parties aucun différend touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR — Sens du mot « différend» employé à l'article 22 de la CIEDR — Eléments de preuve relatifs à l'existence d'un « différend» — Examen de la Cour limité aux documents et déclarations officiels — Distinction entre documents et déclarations antérieurs et postérieurs à l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties — Attention toute particulière accordée par la Cour aux déclarations faites ou entérinées par le pouvoir exécutif — Accords et résolutions du Conseil de sécurité relatifs à la situation en Abkhazie et en Ossétie du Sud.

Documents et déclarations datant de la période antérieure à l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties — Absence de valeur juridique accordée par la Cour à ces documents et déclarations aux fins de l'espèce — Absence d'élément permettant de conclure à l'existence, en juillet 1999, d'un différend entre les Parties portant sur la discrimination raciale — Tout éventuel différend de cette nature antérieur au 2 juillet 1999 n'ayant, en tout état de cause, pu toucher l'interprétation ou l'application de la CIEDR.

Documents and statements from the period after CERD entered into force between the Parties and before August 2008 — Reports made after 1999 to human rights treaty monitoring committees — No allegations of non-compliance by the Russian Federation with its obligations under CERD — Reports to the committees not significant in determining the existence of a dispute — Documents and statements issued by the Parties during this period — No legal significance for the purposes of the case — No legal dispute between Georgia and the Russian Federation during that period with respect to the interpretation or application of CERD.

Events in August 2008 — Documents and statements issued in the period between the beginning of armed hostilities and the filing of the Application — Georgia's claims expressly referred to alleged ethnic cleansing by Russian forces — Claims made against the Russian Federation directly and rejected by the latter — Existence of a dispute between the Parties about the Russian Federation's compliance with its obligations under CERD.

First preliminary objection dismissed.

*

Second preliminary objection — Procedural conditions in Article 22 of CERD.

Contention by the Russian Federation that two procedural preconditions in Article 22 of CERD were not met — Question of whether Article 22 establishes preconditions for the seisin of the Court — Ordinary meaning of Article 22 of CERD — The Court's Order on Provisional Measures without prejudice to the definitive decision as to its jurisdiction to deal with the merits — Functions of the requirement for prior resort to negotiations — Reference in Article 22 of CERD to "negotiation or [to] the procedures expressly provided for" in CERD — Words "dispute . . . which is not settled" by the means of peaceful resolution specified in Article 22 must be given effect — Express choice of two modes of dispute settlement, namely negotiations or resort to special procedures under CERD, suggests an affirmative duty to resort to them prior to the seisin of the Court — Use of future perfect tense in the French version of the expression "which is not settled" reinforces the idea that an attempt to settle the dispute must have taken place before referral to the Court can be pursued — Other three authentic texts of CERD do not contradict this interpretation — Jurisprudence of the Court concerning compromissory clauses comparable to Article 22 of CERD — Reference to negotiations is interpreted as constituting a precondition to seisin — In their ordinary meaning, the terms of Article 22 of CERD establish preconditions to the seisin of the Court — No need to resort to supplementary means of interpretation — Extensive arguments made by the Parties relating to the travaux préparatoires *of Article 22 — Resort by the Court to the* travaux préparatoires *in other cases in order to confirm its interpretation of the relevant texts —* Travaux préparatoires *do not suggest a different conclusion from that at which the Court has already arrived through the main method of ordinary meaning interpretation.*

Question of whether the conditions for the seisin of the Court under Article 22

Documents et déclarations datant de la période postérieure à l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties et antérieure au mois d'août 2008 — Rapports présentés après 1999 aux organes de suivi des traités relatifs aux droits de l'homme — Aucune allégation de manquement de la Fédération de Russie à ses obligations au titre de la CIEDR — Rapports présentés aux comités étant dépourvus de pertinence aux fins de déterminer l'existence d'un différend — Documents et déclarations des Parties datant de cette période — Absence de valeur juridique aux fins de l'espèce — Absence, durant cette période, de différend d'ordre juridique entre la Géorgie et la Fédération de Russie au sujet de l'interprétation ou de l'application de la CIEDR.

Evénements du mois d'août 2008 — Documents et déclarations datant de la période allant du début des hostilités armées jusqu'au dépôt de la requête — Référence expresse dans les accusations formulées par la Géorgie à un prétendu nettoyage ethnique par les forces russes — Accusations portées directement à l'encontre de la Fédération de Russie et rejetées par celle-ci — Existence d'un différend entre les Parties au sujet du respect par la Fédération de Russie de ses obligations au titre de la CIEDR.

Première exception préliminaire rejetée.

*

Deuxième exception préliminaire — Conditions procédurales posées à l'article 22 de la CIEDR.

Affirmation de la Fédération de Russie selon laquelle il n'a pas été satisfait aux deux conditions procédurales préalables énoncées à l'article 22 de la CIEDR — Question de savoir si l'article 22 établit des conditions préalables à la saisine de la Cour — Sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR — Ordonnance en indication de mesures conservatoires ne préjugeant en rien la décision finale de la Cour quant à sa compétence pour connaître de l'affaire au fond — Fonctions de l'exigence d'un recours préalable à des négociations — Référence faite dans l'article 22 de la CIEDR à la « négociation ou [aux] procédures expressément prévues » par la Convention — Nécessité de donner effet aux termes « différend … qui n'aura pas été réglé » par les moyens de règlement pacifique énoncés à l'article 22 — Choix exprès de deux modes de règlement des différends, à savoir des négociations ou les procédures spécialement prévues par la Convention, dénotant une obligation positive de recourir à ces modes de règlement préalablement à la saisine de la Cour — Emploi du futur antérieur dans la version française de l'expression « which is not settled » [« qui n'aura pas été réglé »] renforçant l'idée qu'il doit avoir été tenté de régler le différend avant que la saisine de la Cour puisse être engagée — Interprétation non infirmée par les trois autres textes de la Convention faisant également foi — Jurisprudence de la Cour relative à des clauses compromissoires comparables à l'article 22 de la CIEDR — Référence aux négociations interprétée comme posant une condition préalable à la saisine de la Cour — Termes de l'article 22 de la CIEDR, pris dans leur sens ordinaire, établissant des conditions préalables à la saisine de la Cour — Nul besoin de recourir à d'autres moyens d'interprétation — Nombreux arguments présentés par les Parties relativement aux travaux préparatoires de l'article 22 — Cour ayant, dans d'autres affaires, examiné les travaux préparatoires pour confirmer son interprétation des textes pertinents — Travaux préparatoires ne suggérant pas une conclusion différente de celle à laquelle la Cour est parvenue par la méthode principale de l'interprétation selon le sens ordinaire.

Point de savoir s'il a été satisfait aux conditions énoncées à l'article 22 pour la

of CERD have been fulfilled — No claim from Georgia that, prior to seising the Court, it used or attempted to use the procedures expressly provided for in CERD — Examination limited to the question of whether the precondition of negotiations was fulfilled — Concept of negotiations — Nature of the precondition of negotiations — Distinction between negotiations and protests or disputations — No need to reach an actual agreement between the Parties — In the absence of evidence of a genuine attempt to negotiate, the precondition of negotiation is not met — Where negotiations are attempted the precondition of negotiation is met only when there has been a failure of negotiations or when negotiations have become futile or deadlocked — General criteria provided by the jurisprudence of the Court to ascertain whether negotiations have taken place — Negotiations must relate to the subject-matter of the treaty containing the compromissory clause.

Question of whether the Parties have held negotiations on matters concerning the interpretation or application of CERD — Only possible for the Parties to negotiate in the period during which a dispute capable of falling under CERD has arisen between the Parties — Negotiations prior to this period are of no relevance — Documents and statements submitted by Georgia as evidence of negotiations — Facts in the record show that Georgia did not attempt to negotiate CERD-related matters with the Russian Federation — Parties did not engage in negotiations with respect to the Russian Federation's compliance with its substantive obligations under CERD — As neither of the two modes of dispute settlement constituting preconditions to the seisin of the Court was attempted by Georgia, the Court does not need to examine whether these two preconditions are cumulative or alternative.

Second preliminary objection of the Russian Federation upheld — Court not required to consider other preliminary objections raised by the Russian Federation — Case cannot proceed to the merits phase.

*

Lapse of the Order of the Court of 15 October 2008 — Parties under a duty to comply with their obligations under CERD.

JUDGMENT

Present: *President* Owada; *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; *Judge* ad hoc Gaja; *Registrar* Couvreur.

In the case concerning application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination,

between

Georgia,

saisine de la Cour — Géorgie n'ayant pas prétendu qu'avant de saisir la Cour, elle avait eu recours, ou tenté d'avoir recours, aux procédures expressément prévues par la CIEDR — Examen limité à la question de savoir s'il a été satisfait à la condition préalable de négociation — Notion de négociation — Nature de la condition préalable de négociation — Distinction entre négociations et protestations ou contestations— Nul besoin qu'un accord soit effectivement conclu entre les Parties au différend — Condition préalable de négociation ne pouvant être réalisée à défaut d'élément démontrant qu'une véritable tentative de négocier a eu lieu — En cas de tentative de négociation, condition préalable de négociation ne pouvant être réalisée que si les négociations ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse — Critères généraux établis par la jurisprudence de la Cour à prendre en considération pour déterminer si des négociations ont eu lieu — Négociations devant porter sur l'objet de l'instrument contenant la clause compromissoire.

Point de savoir si les Parties ont mené des négociations sur des questions concernant l'interprétation ou l'application de la CIEDR — Parties n'ayant pu mener de telles négociations que pendant la période au cours de laquelle un différend susceptible de relever de la CIEDR a surgi entre elles — Négociations antérieures à cette période dénuées de pertinence — Documents et déclarations présentés par la Géorgie pour attester l'existence de négociations — Faits versés au dossier démontrant que la Géorgie n'a pas tenté de négocier avec la Fédération de Russie sur des questions ayant trait à la CIEDR — Parties n'ayant pas entamé de négociations concernant le respect par la Fédération de Russie de ses obligations de fond au titre de la CIEDR — Géorgie n'ayant tenté de recourir à aucun des deux modes de règlement des différends qui constituent les conditions préalables à la saisine de la Cour, nul besoin pour celle-ci de rechercher si ces deux conditions sont cumulatives ou alternatives.

Deuxième exception préliminaire de la Fédération de Russie retenue — Cour n'ayant pas à se pencher sur les autres exceptions à sa compétence soulevées par la Fédération de Russie — Cour ne pouvant connaître du fond de l'affaire.

*

Caducité de l'ordonnance du 15 octobre 2008 — Parties ayant le devoir de s'acquitter de leurs obligations découlant de la CIEDR.

ARRÊT

Présents : M. OWADA, *président*; M. TOMKA, *vice-président*; MM. KOROMA, AL-KHASAWNEH, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, Mmes XUE, DONOGHUE, *juges*; M. GAJA, *juge* ad hoc; M. COUVREUR, *greffier*.

En l'affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale,

entre

la Géorgie,

represented by

Ms Tina Burjaliani, First Deputy-Minister of Justice,
H.E. Mr. Shota Gvineria, Ambassador of Georgia to the Kingdom of the Netherlands,

as Agents;

Mr. Payam Akhavan, LL.M., S.J.D. (Harvard), Professor of International Law, McGill University, member of the Bar of New York,

as Co-Agent and Advocate;

Mr. James R. Crawford, S.C., LL.D., F.B.A., Whewell Professor of International Law, University of Cambridge, member of the Institut de droit international, Barrister, Matrix Chambers,
Mr. Philippe Sands, Q.C., Professor of Law, University College London, Barrister, Matrix Chambers,
Mr. Paul S. Reichler, Foley Hoag LLP, Washington D.C., member of the Bars of the United States Supreme Court and the District of Columbia,

as Advocates;

Ms Nino Kalandadze, Deputy-Minister for Foreign Affairs,
Mr. Giorgi Mikeladze, Consul, Embassy of Georgia in the Kingdom of the Netherlands,
Ms Khatuna Salukvadze, Head of the Political Department, Ministry of Foreign Affairs,
Ms Nino Tsereteli, Deputy Head of the Department of State Representation to International Human Rights Courts, Ministry of Justice,

Mr. Zachary Douglas, Barrister, Matrix Chambers, Lecturer, Faculty of Law, University of Cambridge,
Mr. Andrew B. Loewenstein, Foley Hoag LLP, member of the Bar of the Commonwealth of Massachusetts,
Ms Clara E. Brillembourg, Foley Hoag LLP, member of the Bars of the District of Columbia and New York,
Ms Amy Senier, Foley Hoag LLP, member of the Bars of the Commonwealth of Massachusetts and New York,

as Advisers,

and

the Russian Federation,

represented by

H.E. Mr. Kirill Gevorgian, Director, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation,
H.E. Mr. Roman Kolodkin, Ambassador of the Russian Federation to the Kingdom of the Netherlands,

as Agents;

Mr. Alain Pellet, Professor at the University Paris Ouest, Nanterre-La Défense, Member and former Chairman of the International Law Commission, associate member of the Institut de droit international,
Mr. Andreas Zimmermann, Dr. jur. (Heidelberg University), LL.M. (Harvard), Professor of International Law at the University of Potsdam, Direc-

représentée par

Mme Tina Burjaliani, premier vice-ministre de la justice,
S. Exc. M. Shota Gvineria, ambassadeur de Géorgie auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agents;

M. Payam Akhavan, LL.M., S.J.D. (Harvard), professeur de droit international à l'Université McGill, membre du barreau de New York,

comme coagent et avocat;

M. James R. Crawford, S.C., LL.D., F.B.A., professeur de droit international à l'Université de Cambridge, titulaire de la chaire Whewell, membre de l'Institut de droit international, avocat, Matrix Chambers,
M. Philippe Sands, Q.C., professeur de droit à l'University College de Londres, avocat, Matrix Chambers,
M. Paul S. Reichler, cabinet Foley Hoag LLP, Washington, D.C., membre des barreaux de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique et du district de Columbia,

comme avocats;

Mme Nino Kalandadze, vice-ministre des affaires étrangères,
M. Giorgi Mikeladze, consul à l'ambassade de Géorgie au Royaume des Pays-Bas,
Mme Khatuna Salukvadze, chef du département des affaires politiques au ministère des affaires étrangères,
Mme Nino Tsereteli, chef adjoint chargé de la représentation de l'Etat auprès des juridictions internationales des droits de l'homme au ministère de la justice,
M. Zachary Douglas, avocat, Matrix Chambers, chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Cambridge,
M. Andrew B. Loewenstein, cabinet Foley Hoag LLP, membre du barreau du Commonwealth du Massachusetts,
Mme Clara E. Brillembourg, cabinet Foley Hoag LLP, membre des barreaux du district de Columbia et de New York,
Mme Amy Senier, cabinet Foley Hoag LLP, membre des barreaux du Commonwealth du Massachusetts et de New York,

comme conseillers,

et

la Fédération de Russie,

représentée par

S. Exc. M. Kirill Gevorgian, directeur du département des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie,
S. Exc. M. Roman Kolodkin, ambassadeur de la Fédération de Russie auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agents;

M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris Ouest, Nanterre-La Défense, membre et ancien président de la Commission du droit international, membre associé de l'Institut de droit international,
M. Andreas Zimmermann, docteur en droit (Université de Heidelberg), LL.M. (Harvard), professeur de droit international à l'Université de

tor of the Potsdam Center of Human Rights, Member of the Permanent Court of Arbitration,
Mr. Samuel Wordsworth, member of the English Bar, member of the Paris Bar, Essex Court Chambers,

as Counsel and Advocates;

Mr. Evgeny Raschevsky, Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,
Mr. M. Kulakhmetov, Adviser to the Minister for Foreign Affairs of the Russian Federation,
Mr. V. Korchmar, Principal Counsellor, Fourth CIS Department, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation,

Mr. Grigory Lukyantsev, Senior Counsellor, Permanent Mission of the Russian Federation to the United Nations, New York,

Mr. Ivan Volodin, Acting Head of Section, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation,
Mr. Maxim Musikhin, Counsellor, Embassy of the Russian Federation in the Kingdom of the Netherlands,
Ms Diana Taratukhina, Third Secretary, Permanent Mission of the Russian Federation to the United Nations, New York,

Mr. Arsen Daduani, Third Secretary, Embassy of the Russian Federation in the Kingdom of the Netherlands,
Mr. Sergey Leonidchenko, Attaché, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation,
Ms Svetlana Shatalova, Third Secretary, Embassy of the Russian Federation in the United States of America,
Ms Daria Golubkova, expert, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation,
Mr. M. Tkhostov, Deputy Chief of Administration, Government of North Ossetia-Alania,
Ms Amy Sander, member of the English Bar, Essex Court Chambers,
Mr. Christian Tams, LL.M., Ph.D. (Cambridge), Professor of International Law, University of Glasgow,
Ms Alina Miron, Researcher, Centre for International Law (CEDIN), University Paris Ouest, Nanterre-La Défense,
Ms Elena Krotova, Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,
Ms Anna Shumilova, Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,
Mr. Sergey Usoskin, Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,

as Advisers,

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 12 August 2008, the Government of Georgia filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Russian Federation in respect of a dispute concerning "actions on and around the territory of Georgia"

Potsdam, directeur du centre des droits de l'homme de Potsdam, membre de la Cour permanente d'arbitrage,
M. Samuel Wordsworth, membre des barreaux d'Angleterre et de Paris, Essex Court Chambers,

comme conseils et avocats;

M. Evgeny Raschevsky, cabinet Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,
M. M. Kulakhmetov, conseiller du ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie,
M. V. Korchmar, conseiller principal au quatrième département de la Communauté d'Etats indépendants du ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie,
M. Grigory Lukyantsev, conseiller principal à la mission permanente de la Fédération de Russie auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York,
M. Ivan Volodin, chef de division par intérim du département des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie,
M. Maxim Musikhin, conseiller à l'ambassade de la Fédération de Russie au Royaume des Pays-Bas,
Mme Diana Taratukhina, troisième secrétaire à la mission permanente de la Fédération de Russie auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York,
M. Arsen Daduani, troisième secrétaire à l'ambassade de la Fédération de Russie au Royaume des Pays-Bas,
M. Sergey Leonidchenko, attaché au département des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie,
Mme Svetlana Shatalova, attachée à l'ambassade de la Fédération de Russie aux Etats-Unis d'Amérique,
Mme Daria Golubkova, expert au ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie,
M. M. Tkhostov, chef adjoint de l'administration, gouvernement d'Ossétie du Nord-Alanie,
Mme Amy Sander, membre du barreau d'Angleterre, Essex Court Chambers,
M. Christian Tams, LL.M., docteur en droit (Université de Cambridge), professeur de droit international à l'Université de Glasgow,
Mme Alina Miron, chercheur au centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Université de Paris Ouest, Nanterre-La Défense,
Mme Elena Krotova, cabinet Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,
Mme Anna Shumilova, cabinet Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,
M. Sergey Usoskin, cabinet Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,

comme conseillers,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant:

1. Le 12 août 2008, le Gouvernement de la Géorgie a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la Fédération de Russie au sujet d'un différend relatif à des «actes commis sur le territoire de la Géorgie et dans

in breach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter "CERD") of 21 December 1965.

In its Application, Georgia, referring to Article 36, paragraph 1, of the Statute, relied on Article 22 of CERD to found the jurisdiction of the Court and also reserved the right to invoke Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948 as an additional basis for jurisdiction.

2. In accordance with Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Application was communicated forthwith to the Government of the Russian Federation by the Registrar; and, in accordance with paragraph 3 of that Article, all States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. On 14 August 2008, Georgia, referring to Article 41 of the Statute and to Articles 73, 74 and 75 of the Rules of Court, filed in the Registry of the Court a Request for the indication of provisional measures in order "to preserve [its] rights under CERD to protect its citizens against violent discriminatory acts by Russian armed forces, acting in concert with separatist militia and foreign mercenaries". In accordance with Article 73, paragraph 2, of the Rules of Court, the Registry transmitted a certified copy of this Request forthwith to the Russian Government.

4. On 15 August 2008, the President, referring to Article 74, paragraph 4, of the Rules of Court, addressed a communication to the two Parties, urgently calling upon them "to act in such a way as will enable any order the Court may take on the request for provisional measures to have its appropriate effects".

5. On 25 August 2008, Georgia, referring to "the rapidly changing circumstances in Abkhazia and South Ossetia", filed in the Registry an "Amended Request for the Indication of Provisional Measures of Protection"; the Registry immediately transmitted a certified copy of this Request to the Russian Government.

6. Since the Court included upon the Bench no judge of Georgian nationality, Georgia availed itself of its right under Article 31, paragraph 2, of the Statute and chose Mr. Giorgio Gaja to sit as judge *ad hoc* in the case.

7. By an Order of 15 October 2008, the Court, after hearing the Parties, indicated certain provisional measures to both Parties. The Court also directed each Party to inform it about compliance with the provisional measures.

8. By an Order of 2 December 2008, the President of the Court, taking account of the agreement of the Parties, fixed 2 September 2009 as the time-limit for the filing of a Memorial by Georgia and 2 July 2010 as the time-limit for the filing of a Counter-Memorial by the Russian Federation. Georgia's Memorial was filed within the time-limit thus prescribed.

9. On 26 January 2009, the Agent of Georgia submitted a "Report of Georgia to the Court in Compliance with Paragraph 149 (D) of the Order of 15 October 2008". On 8 July 2009, the Agent of the Russian Federation submitted to the Court a "Report of the Russian Federation on Compliance with the Provisional Measures indicated by the Order of the Court of 15 October 2008".

10. On 31 July 2009, in accordance with Article 43 of the Rules of Court, the Registrar addressed the notification provided for in Article 63, paragraph 1, of the Statute to all States parties to CERD; on the same day, the Registrar also sent to the Secretary-General of the United Nations the notification provided for in Article 34, paragraph 3, of the Statute.

les environs» en violation de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «CIEDR») du 21 décembre 1965.

Dans sa requête, la Géorgie, se référant au paragraphe 1 de l'article 36 du Statut, a invoqué, pour fonder la compétence de la Cour, l'article 22 de la CIEDR et s'est réservé le droit d'invoquer, comme base additionnelle de compétence, l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948.

2. Conformément au paragraphe 2 de l'article 40 du Statut, la requête a été immédiatement communiquée au Gouvernement de la Fédération de Russie par le greffier; conformément au paragraphe 3 de cet article, tous les Etats admis à ester devant la Cour ont par ailleurs été informés de la requête.

3. Le 14 août 2008, la Géorgie, se référant à l'article 41 du Statut et aux articles 73, 74 et 75 du Règlement, a déposé au Greffe de la Cour une demande en indication de mesures conservatoires «à l'effet de sauvegarder les droits qu'[elle tenait] de la [CIEDR] s'agissant de protéger ses ressortissants des violences à caractère discriminatoire que leur inflige[aient] les forces armées russes opérant de concert avec des milices séparatistes et des mercenaires étrangers». Conformément au paragraphe 2 de l'article 73 du Règlement, le Greffe a immédiatement fait tenir au Gouvernement russe une copie certifiée conforme de cette demande.

4. Le 15 août 2008, le président, se référant au paragraphe 4 de l'article 74 du Règlement, a adressé aux deux Parties une communication, les invitant instamment à «agir de manière que toute ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus».

5. Le 25 août 2008, la Géorgie, invoquant «l'évolution rapide de la situation en Abkhazie et en Ossétie du Sud», a soumis au Greffe une «demande en indication de mesures conservatoires modifiée»; le Greffe a immédiatement fait tenir au Gouvernement russe une copie certifiée conforme de cette demande.

6. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de nationalité géorgienne, la Géorgie s'est prévalue du droit que lui confère le paragraphe 2 de l'article 31 du Statut et a désigné M. Giorgio Gaja pour siéger en qualité de juge *ad hoc* en l'affaire.

7. Par ordonnance du 15 octobre 2008, la Cour, après avoir entendu les Parties, a indiqué certaines mesures conservatoires aux deux Parties. Elle leur a également demandé de la tenir informée de l'exécution de ces mesures.

8. Par ordonnance du 2 décembre 2008, le président de la Cour, compte tenu de l'accord des Parties, a fixé au 2 septembre 2009 et au 2 juillet 2010, respectivement, les dates d'expiration du délai pour le dépôt d'un mémoire de la Géorgie et d'un contre-mémoire de la Fédération de Russie. Le mémoire de la Géorgie a été déposé dans le délai ainsi prescrit.

9. Le 26 janvier 2009, l'agent de la Géorgie a remis un document intitulé «Rapport soumis à la Cour par la Géorgie en exécution de l'alinéa D du paragraphe 149 de l'ordonnance du 15 octobre 2008». Le 8 juillet 2009, l'agent de la Fédération de Russie a présenté à la Cour un document intitulé «Rapport de la Fédération de Russie sur la mise en œuvre des mesures conservatoires indiquées par la Cour dans son ordonnance du 15 octobre 2008».

10. Conformément à l'article 43 du Règlement, le greffier a adressé, le 31 juillet 2009, la notification prévue au paragraphe 1 de l'article 63 du Statut à tous les Etats parties à la CIEDR; le même jour, le greffier a en outre adressé au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies la notification prévue au paragraphe 3 de l'article 34 du Statut.

11. On 1 December 2009, within the time-limit set by Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, as amended on 5 December 2000, the Russian Federation raised preliminary objections to the jurisdiction of the Court. Consequently, by an Order of 11 December 2009, the Court, noting that by virtue of Article 79, paragraph 5, of the Rules of Court, the proceedings on the merits were suspended, fixed 1 April 2010 as the time-limit for the presentation by Georgia of a written statement of its observations and submissions on the preliminary objections made by the Russian Federation. Georgia filed such a statement within the time-limit so prescribed, and the case thus became ready for hearing in respect of the preliminary objections.

12. By a letter dated 1 April 2010, the Registrar, in accordance with Article 69, paragraph 3, of the Rules of Court, transmitted to the United Nations copies of the written pleadings filed in the case and asked the Secretary-General of the United Nations to inform him whether or not the Organization intended to present observations in writing within the meaning of the said provision. The Registrar further stated that, in view of the fact that the current phase of the proceedings related to the question of jurisdiction, any written observations should be limited to that question. In a letter dated 30 July 2010, the Senior Legal Officer in charge of the Office of the Legal Counsel indicated that the United Nations did not intend to submit any such observations.

13. Pursuant to Article 53, paragraph 2, of the Rules of Court, the Court, after ascertaining the views of the Parties, decided that copies of the pleadings and documents annexed would be made accessible to the public on the opening of the oral proceedings.

14. Public hearings on the preliminary objections raised by the Russian Federation were held from Monday 13 September to Friday 17 September 2010, at which the Court heard the oral arguments and replies of:

For the Russian Federation: H.E. Mr. Kirill Gevorgian,
H.E. Mr. Roman Kolodkin,
Mr. Samuel Wordsworth,
Mr. Alain Pellet,
Mr. Andreas Zimmermann.

For Georgia: Ms Tina Burjaliani,
Mr. Paul S. Reichler,
Mr. James R. Crawford,
Mr. Payam Akhavan,
Mr. Philippe Sands.

15. At the hearings, Members of the Court put questions to the Parties, to which replies were given in writing, within the time-limit fixed by the President in accordance with Article 61, paragraph 4, of the Rules of Court. In accordance with Article 72 of the Rules of Court, each of the Parties submitted comments on the written replies provided by the other.

*

16. In the Application, the following requests were made by Georgia:

> "The Republic of Georgia, on it own behalf and as *parens patriae* for its citizens, respectfully requests the Court to adjudge and declare that the Russian Federation, through its State organs, State agents, and other persons

11. Le 1er décembre 2009, dans le délai prescrit au premier paragraphe de l'article 79 du Règlement de la Cour, tel que modifié le 5 décembre 2000, la Fédération de Russie a soulevé des exceptions préliminaires à la compétence de la Cour. En conséquence, par ordonnance du 11 décembre 2009, la Cour, constatant qu'en vertu des dispositions du paragraphe 5 de l'article 79 du Règlement la procédure sur le fond était suspendue, a fixé au 1er avril 2010 la date d'expiration du délai dans lequel la Géorgie pourrait présenter un exposé écrit contenant ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie. La Géorgie a déposé un tel exposé dans le délai ainsi fixé, et l'affaire s'est alors trouvée en état pour ce qui est des exceptions préliminaires.

12. Par une lettre en date du 1er avril 2010, le greffier a, conformément au paragraphe 3 de l'article 69 du Règlement de la Cour, communiqué à l'Organisation des Nations Unies la procédure écrite en l'affaire et demandé au Secrétaire général de lui indiquer si l'Organisation entendait présenter des observations écrites au sens de ladite disposition. Le greffier a en outre précisé que, la procédure ne portant à ce stade que sur la compétence, les observations écrites devaient être limitées à cette question. Par une lettre en date du 30 juillet 2010, l'administrateur général chargé du bureau du conseiller juridique a indiqué que l'Organisation des Nations Unies n'avait pas l'intention de présenter de telles observations.

13. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 du Règlement, la Cour, après s'être renseignée auprès des Parties, a décidé que des exemplaires des pièces de procédure et documents annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale.

14. Des audiences publiques sur les exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie ont été tenues du lundi 13 septembre au vendredi 17 septembre 2010, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses:

Pour la Fédération de Russie: S. Exc. M. Kirill Gevorgian,
S. Exc. M. Roman Kolodkin,
M. Samuel Wordsworth,
M. Alain Pellet,
M. Andreas Zimmermann.

Pour la Géorgie: Mme Tina Burjaliani,
M. Paul S. Reichler,
M. James R. Crawford,
M. Payam Akhavan,
M. Philippe Sands.

15. A l'audience, des membres de la Cour ont posé aux Parties des questions, auxquelles celles-ci ont répondu par écrit dans le délai fixé par le président, conformément au paragraphe 4 de l'article 61 du Règlement de la Cour. En application de l'article 72 du Règlement, chacune des Parties a présenté des observations sur les réponses écrites fournies par la Partie adverse.

*

16. Dans la requête, les demandes ci-après ont été formulées par la Géorgie:

> «La République de Géorgie, en son nom propre et en qualité de *parens patriae* de ses citoyens, prie respectueusement la Cour de dire et juger que la Fédération de Russie, par l'intermédiaire de ses organes et

and entities exercising governmental authority, and through the South Ossetian and Abkhaz separatist forces and other agents acting on the instructions of or under the direction and control of the Russian Federation, has violated its obligations under CERD by:

(a) engaging in acts and practices of 'racial discrimination against persons, groups of persons or institutions' and failing 'to ensure that all public authorities and public institutions, national and local, shall act in conformity with this obligation' contrary to Article 2 (1) *(a)* of CERD;

(b) 'sponsoring, defending and supporting racial discrimination' contrary to Article 2 (1) *(b)* of CERD;

(c) failing to 'prohibit and bring to an end, by all appropriate means, including legislation as required by circumstances, racial discrimination' contrary to Article 2 (1) *(d)* of CERD;

(d) failing to condemn 'racial segregation' and failing to 'eradicate all practices of this nature' in South Ossetia and Abkhazia, contrary to Article 3 of CERD;

(e) failing to 'condemn all propaganda and all organizations . . . which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form' and failing 'to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination', contrary to Article 4 of CERD;

(f) undermining the enjoyment of the enumerated fundamental human rights in Article 5 by the ethnic Georgian, Greek and Jewish populations in South Ossetia and Abkhazia, contrary to Article 5 of CERD;

(g) failing to provide 'effective protection and remedies' against acts of racial discrimination, contrary to Article 6 of CERD.

The Republic of Georgia, on it own behalf and as *parens patriae* for its citizens, respectfully requests the Court to order the Russian Federation to take all steps necessary to comply with its obligations under CERD, including:

(a) immediately ceasing all military activities on the territory of the Republic of Georgia, including South Ossetia and Abkhazia, and immediate withdrawing of all Russian military personnel from the same;

(b) taking all necessary and appropriate measures to ensure the prompt and effective return of IDPs to South Ossetia and Abkhazia in conditions of safety and security;

(c) refraining from the unlawful appropriation of homes and property belonging to IDPs;

(d) taking all necessary measures to ensure that the remaining ethnic Georgian populations of South Ossetia and the Gali District are not subject to discriminatory treatment including but not limited to protecting them against pressures to assume Russian citizenship, and respect for their right to receive education in their mother tongue;

(e) paying full compensation for its role in supporting and failing to bring to an end the consequences of the ethnic cleansing that occurred in the

agents et d'autres personnes et entités exerçant une autorité gouvernementale, ainsi que par l'intermédiaire des forces séparatistes sud-ossètes et abkhazes et d'autres agents opérant sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle, a violé les obligations que lui impose la CIEDR :

a) en se livrant à des actes et pratiques de « discrimination raciale contre des personnes, groupes de personnes ou institutions » et en ne faisant pas « en sorte que toutes les autorités publiques et institutions publiques, nationales et locales, se conforment à cette obligation », en violation de l'alinéa *a)* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention ;

b) en « encourageant, défendant ou appuyant la discrimination raciale », en violation de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention ;

c) en n'« interdisant pas, par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives, ... la discrimination raciale ... et en n'y mettant pas fin », en violation de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention ;

d) en ne condamnant pas la « ségrégation raciale » et en n'« éliminant pas ... toutes les pratiques de cette nature » en Ossétie du Sud et en Abkhazie, en violation de l'article 3 de la Convention ;

e) en ne « condamnant pas toute propagande et toutes organisations ... qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales » et en n'« adoptant pas immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination », en violation de l'article 4 de la Convention ;

f) en portant atteinte à la jouissance, par les populations de souches géorgienne, grecque et juive d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie, des droits de l'homme fondamentaux énumérés à l'article 5 de la Convention, en violation de cet article 5 ;

g) en n'assurant pas « une protection et une voie de recours effectives » contre les actes de discrimination raciale, en violation de l'article 6 de la Convention.

La République de Géorgie, en son nom propre et en qualité de *parens patriae* de ses citoyens, prie respectueusement la Cour d'ordonner à la Fédération de Russie de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'acquitter des obligations que lui impose la CIEDR, notamment :

a) de cesser immédiatement toutes ses activités militaires sur le territoire de la République de Géorgie, y compris en Ossétie du Sud et en Abkhazie, et d'en retirer immédiatement tout son personnel militaire ;

b) de prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer le retour rapide, effectif et en toute sécurité en Ossétie du Sud et en Abkhazie des personnes déplacées ;

c) de s'abstenir de toute appropriation illicite d'habitations et de biens appartenant à des personnes déplacées ;

d) de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les populations géorgiennes de souche restées en Ossétie du Sud et dans le district de Gali ne soient pas victimes de discrimination et, notamment, pour qu'elles soient protégées des pressions visant à leur faire prendre la nationalité russe et que leur droit à recevoir une éducation dans leur langue maternelle soit respecté ;

e) de réparer intégralement le préjudice qu'elle a causé en appuyant le nettoyage ethnique pratiqué lors des conflits de 1991-1994 et en ne mettant

1991-1994 conflicts, and its subsequent refusal to allow the return of IDPs;

(f) not to recognize in any manner whatsoever the *de facto* South Ossetian and Abkhaz separatist authorities and the fait accompli created by ethnic cleansing;

(g) not to take any measures that would discriminate against persons, whether legal or natural, having Georgian nationality or ethnicity within its jurisdiction or control;

(h) allow Georgia to fulfil its obligations under CERD by withdrawing its forces from South Ossetia and Abkhazia and allowing Georgia to restore its authority and jurisdiction over those regions; and

(i) to pay full compensation to Georgia for all injuries resulting from its internationally wrongful acts."

17. In the written proceedings on the merits, the following submissions were presented on behalf of the Government of Georgia in its Memorial:

"On the basis of the evidence and legal argument presented in this *Memorial*, Georgia requests the Court to adjudge and declare:

1. that the Russian Federation, through its State organs, State agents and other persons and entities exercising governmental authority, and through the *de facto* governmental authorities in South Ossetia and Abkhazia and militias operating in those areas, is responsible for violations of Articles 2 (1) *(a)*, 2 (1) *(b)*, 2 (1) *(d)*, 3 and 5 of the 1965 Convention by the following actions: (i) the ethnic cleansing of Georgians in South Ossetia; (ii) the frustration of the right of return of Georgians to their homes in South Ossetia and Abkhazia; and (iii) the destruction of Georgian culture and identity in South Ossetia and Abkhazia;
2. that the Russian Federation is responsible for the violation of the Court's Order on Provisional Measures of 15 October 2008 by the following actions: (i) acts of discrimination, including by violence, against Georgians in South Ossetia and Abkhazia; (ii) the frustration of the right of return of Georgians to their homes in South Ossetia and Abkhazia; (iii) the destruction of Georgian culture and identity in South Ossetia and Abkhazia; and (iv) the obstruction of access to humanitarian assistance;
3. that the Russian Federation is under an obligation to cease all actions in contravention of its obligations under Articles 2 (1) *(a)*, 2 (1) *(b)*, 2 (1) *(d)*, 3 and 5 of the 1965 Convention and the Court's Order on Provisional Measures, including all acts of discrimination as well as all support, defence, sponsorship of, or efforts to consolidate, such discrimination, and to provide appropriate assurances and guarantees that it will refrain from all such acts in the future;

4. that the Russian Federation is under an obligation to re-establish the situation that existed before its violations of Articles 2 (1) *(a)*, 2 (1) *(b)*, 2 (1) *(d)*, 3 and 5 of the 1965 Convention, in particular by taking prompt and effective measures to secure the return of the internally displaced Georgians to their homes in South Ossetia and Abkhazia;

pas fin à ses conséquences, et en refusant ultérieurement d'autoriser le retour des personnes déplacées ;

f) de ne pas reconnaître, de quelque façon que ce soit, les autorités séparatistes *de facto* sud-ossètes et abkhazes, ni le fait accompli créé par le nettoyage ethnique ;

g) de ne prendre aucune mesure discriminatoire contre les personnes, physiques ou morales, de nationalité ou de souche géorgiennes se trouvant sous sa juridiction ou son autorité ;

h) de permettre à la Géorgie d'exécuter les obligations que lui impose la CIEDR en retirant ses forces d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie et de permettre à la Géorgie de rétablir son autorité et sa juridiction sur ces régions ;

i) d'indemniser intégralement la Géorgie pour tous les préjudices découlant de ses faits internationalement illicites. »

17. Au cours de la procédure écrite sur le fond, les conclusions ci-après ont été présentées au nom du Gouvernement de la Géorgie dans son mémoire :

« Sur la base des éléments de preuve et des arguments juridiques soumis dans le présent *mémoire*, la Géorgie prie la Cour de dire et juger :

1. que la Fédération de Russie a, par l'intermédiaire de ses organes et agents et d'autres personnes ou entités exerçant une autorité gouvernementale, ainsi que par l'intermédiaire des autorités gouvernementales *de facto* d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie et des milices opérant dans ces régions, violé les dispositions des alinéas *a)*, *b)* et *d)* du paragraphe 1 de l'article 2, de l'article 3 et de l'article 5 de la convention de 1965 par les actions suivantes : i) nettoyage ethnique à l'encontre des Géorgiens d'Ossétie du Sud ; ii) déni du droit de retour des Géorgiens en Ossétie du Sud et en Abkhazie ; et iii) destruction de la culture et de l'identité géorgiennes en Ossétie du Sud et en Abkhazie ;
2. que, par les actions ci-après, la Fédération de Russie a violé les prescriptions de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires qu'a rendue la Cour le 15 octobre 2008 : i) actes de discrimination, y compris par la violence, à l'encontre de Géorgiens en Ossétie du Sud et en Abkhazie ; ii) déni du droit de retour des Géorgiens dans leurs foyers en Ossétie du Sud et en Abkhazie ; iii) destruction de la culture et de l'identité géorgiennes en Ossétie du Sud et en Abkhazie ; et iv) obstruction de l'accès à l'aide humanitaire ;
3. que la Fédération de Russie a l'obligation de mettre un terme à toutes les actions commises en violation des obligations qui lui incombent en vertu des alinéas *a)*, *b)* et *d)* du paragraphe 1 de l'article 2, de l'article 3 et de l'article 5 de la convention de 1965 et de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour, notamment à tous les actes de discrimination et à toute action visant à défendre, encourager ou appuyer une telle discrimination, ainsi qu'à tout effort visant à la renforcer, et de fournir des assurances et des garanties appropriées qu'elle s'abstiendra à l'avenir de se livrer à tout acte de cette nature ;
4. que la Fédération de Russie a l'obligation de rétablir la situation qui prévalait avant la commission des violations des alinéas *a)*, *b)* et *d)* du paragraphe 1 de l'article 2, de l'article 3 et de l'article 5 de la convention de 1965, notamment en prenant sans tarder des mesures efficaces pour faire en sorte que les Géorgiens déplacés dans leur propre pays puissent regagner leurs foyers en Ossétie du Sud et en Abkhazie ;

5. that the Russian Federation is under an obligation to compensate for the damage caused by its violations of Articles 2 (1) *(a)*, 2 (1) *(b)*, 2 (1) *(d)*, 3 and 5 of the 1965 Convention and of the Court's Order on Provisional Measures with such compensation to be quantified in a separate phase of these proceedings."

18. In the preliminary objections, the following submissions were presented on behalf of the Government of the Russian Federation:

"For the reasons advanced above, the Russian Federation requests the Court to adjudge and declare that it lacks jurisdiction over the claims brought against the Russian Federation by Georgia, referred to it by the Application of Georgia of 12 August 2008."

In the written statement of its observations and submissions on the preliminary objections, the following submissions were presented on behalf of the Government of Georgia:

"For these reasons Georgia respectfully requests the Court:

1. to dismiss the *preliminary objections* presented by the Russian Federation;
2. to hold that it has jurisdiction to hear the claims presented by Georgia, and that these claims are admissible."

19. At the oral proceedings on the preliminary objections, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of the Russian Federation,

at the hearing of 15 September 2010:

"The Russian Federation requests the Court to adjudge and declare that it lacks jurisdiction over the claims brought against the Russian Federation by Georgia, referred to it by the Application of Georgia of 12 August 2008."

On behalf of the Government of Georgia,

at the hearing of 17 September 2010:

"Georgia respectfully requests the Court:

1. to dismiss the preliminary objections presented by the Russian Federation;
2. to hold that the Court has jurisdiction to hear the claims presented by Georgia and that these claims are admissible."

* * *

I. Introduction

20. It is recalled that in its Application, Georgia relied on Article 22 of CERD to found the jurisdiction of the Court (see paragraph 1 above). Article 22 of CERD reads as follows:

5. que la Fédération de Russie a l'obligation de réparer le préjudice causé par ses violations des alinéas *a)*, *b)* et *d)* du paragraphe 1 de l'article 2, de l'article 3 et de l'article 5 de la convention de 1965 ainsi que [des prescriptions] de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour, le montant de cette réparation restant à établir au cours d'une phase distincte de la présente instance.»

18. Les conclusions ci-après ont été présentées au nom du Gouvernement de la Fédération de Russie dans les exceptions préliminaires:

> «Pour les motifs exposés ci-dessus, la Fédération de Russie prie la Cour de dire et juger qu'elle n'a pas compétence pour connaître des demandes que la Géorgie a formulées dans sa requête du 12 août 2008 contre la Fédération de Russie.»

Les conclusions ci-après ont été présentées au nom du Gouvernement de la Géorgie dans les observations écrites sur les exceptions préliminaires:

> «Pour ces motifs, la Géorgie prie la Cour
>
> 1. de rejeter les *exceptions préliminaires* soulevées par la Fédération de Russie;
> 2. de se déclarer compétente pour connaître des demandes présentées par la Géorgie, et de dire que ces demandes sont recevables.»

19. Dans la procédure orale sur les exceptions préliminaires, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement de la Fédération de Russie,

à l'audience du 15 septembre 2010:

> «La Fédération de Russie prie la Cour de dire et juger qu'elle n'a pas compétence pour connaître des demandes que la Géorgie a formulées dans sa requête du 12 août 2008 contre la Fédération de Russie.»

Au nom du Gouvernement de la Géorgie,

à l'audience du 17 septembre 2010:

> «La Géorgie prie la Cour
>
> 1. de rejeter les exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie;
> 2. de se déclarer compétente pour connaître des demandes présentées par la Géorgie, et de dire que ces demandes sont recevables.»

* * *

I. Introduction

20. Il est rappelé que, dans sa requête, la Géorgie a invoqué l'article 22 de la CIEDR pour fonder la compétence de la Cour (voir paragraphe 1 ci-dessus). Cet article se lit comme suit:

> "Any dispute between two or more States parties with respect to the interpretation or application of this Convention, which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention, shall, at the request of any of the parties to the dispute, be referred to the International Court of Justice for decision, unless the disputants agree to another mode of settlement."

CERD entered into force between the Parties on 2 July 1999.

21. It is further recalled that in its Application, Georgia also reserved the right to invoke Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948 as an additional basis for jurisdiction (see paragraph 1 above). Georgia did not however subsequently invoke this Convention as a basis for the Court's jurisdiction.

22. The Russian Federation has raised four preliminary objections to the Court's jurisdiction under Article 22 of CERD. According to the first preliminary objection put forward by the Russian Federation, there was no dispute between the Parties regarding the interpretation or application of CERD at the date Georgia filed its Application. In its second preliminary objection, the Russian Federation argues that the procedural requirements of Article 22 of CERD for recourse to the Court have not been fulfilled. The Russian Federation contends in its third objection that the alleged wrongful conduct took place outside its territory and therefore the Court lacks jurisdiction *ratione loci* to entertain the case. During the oral proceedings, the Russian Federation stated that this objection did not possess an exclusively preliminary character. Finally, according to the Russian Federation's fourth objection, any jurisdiction the Court might have is limited *ratione temporis* to the events which occurred after the entry into force of CERD as between the Parties, that is, 2 July 1999.

II. First Preliminary Objection — Existence of a Dispute

23. The Russian Federation's first preliminary objection is that "there was no dispute between Georgia and Russia with respect to the interpretation or application of CERD concerning the situation in and around Abkhazia and South Ossetia prior to 12 August 2008, i.e., the date Georgia submitted its application". In brief, it presented two arguments in support of that objection. First, if there was any dispute involving any allegations of racial discrimination committed in the territory of Abkhazia and South Ossetia, the parties to that dispute were Georgia on the one side and Abkhazia and South Ossetia on the other, but not the Russian Federation. Secondly, even if there was a dispute between Georgia and the Russian Federation, any such dispute was not one related to the application or interpretation of CERD.

«Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement.»

La CIEDR est entrée en vigueur entre les Parties le 2 juillet 1999.

21. Il est rappelé en outre que, dans sa requête, la Géorgie s'est également réservé le droit d'invoquer, comme base additionnelle de compétence, l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (voir paragraphe 1 ci-dessus). Par la suite, la Géorgie n'a cependant pas invoqué cette convention comme base de compétence de la Cour.

22. La Fédération de Russie a soulevé quatre exceptions préliminaires à la compétence de la Cour fondée sur l'article 22 de la CIEDR. Selon la première exception préliminaire, il n'existait pas de différend entre les Parties touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR à la date à laquelle la Géorgie a déposé sa requête. Dans sa deuxième exception préliminaire, la Fédération de Russie fait valoir que les exigences de procédure relatives à la saisine de la Cour, posées à l'article 22 de la CIEDR, n'ont pas été respectées. Dans sa troisième exception préliminaire, elle affirme que le comportement illicite qui lui est reproché s'est manifesté en dehors de son territoire et que, partant, la Cour n'a pas compétence *ratione loci* pour connaître de l'affaire. A l'audience, elle a précisé que cette exception ne revêtait pas un caractère exclusivement préliminaire. Enfin, selon la quatrième exception préliminaire de la Fédération de Russie, l'éventuelle compétence de la Cour est limitée *ratione temporis* aux événements qui se sont produits après l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties, soit le 2 juillet 1999.

II. Première exception préliminaire — l'existence d'un différend

23. La première exception préliminaire de la Fédération de Russie consiste à dire que, «avant le 12 août 2008, date à laquelle la Géorgie a déposé sa requête, il n'existait entre les deux Etats aucun différend touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR, au regard de la situation qui régnait en Abkhazie, en Ossétie du Sud et dans les environs». Pour résumer, la Fédération de Russie a présenté à l'appui de cette exception les deux arguments suivants : premièrement, s'il existait un quelconque différend portant sur des actes de discrimination raciale qui auraient été commis sur le territoire de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud, ce différend opposerait la Géorgie, d'une part, à l'Abkhazie et à l'Ossétie du Sud, de l'autre, et non à la Fédération de Russie; deuxièmement, quand bien même il existerait un différend entre la Géorgie et la Fédération de Russie, celui-ci ne saurait toucher l'application ou l'interprétation de la CIEDR.

24. Georgia, in response, contends that the record shows that, over a period of more than a decade prior to the filing of its Application, it has consistently raised its serious concerns with the Russian Federation over unlawful acts of racial discrimination that are attributable to that State, making it clear that there exists a long-standing dispute between the two States with regard to matters falling under CERD.

25. The Parties, in elaborating their positions, addressed the legal requirements for the existence of a dispute and the facts in the record in this case.

1. The Meaning of "Dispute"

26. On the law, the Russian Federation contends in the first place that the word "dispute" in Article 22 of CERD has a special meaning which is narrower than that to be found in general international law and accordingly more difficult to satisfy. The Russian Federation submits that, under CERD, States parties are not considered to be in "dispute" until a "matter" between those parties has crystallized through a five-stage process involving the procedures established under the Convention. This contention depends on the wording of Articles 11 to 16 of CERD and the distinctions they are said to make between "matter", "complaints" and "disputes". Under Article 11, paragraph 1, of CERD, a State party which considers that another State party is not giving effect to the provisions of the Convention "may bring the matter to the attention of the Committee [on the Elimination of Racial Discrimination established by and elected under the Convention]". According to the Russian Federation, Article 11 sets out a procedure to be followed under CERD, including transmission of "the matter" to the State party concerned, its making of written explanations to the Committee clarifying the matter and the remedy, if any, it has taken (para. 1). If the matter is not adjusted to the satisfaction of both parties, either by bilateral negotiations or any other procedure within six months either State has the right to refer the matter again to the Committee (para. 2). The Committee is to deal with the matter after it has ascertained that domestic remedies have been exhausted (para. 3). It may "[i]n any matter referred to it" call upon the States concerned to supply any other relevant information (para. 4) and the States concerned are entitled to representation in the proceedings of the Committee while "the matter is under consideration" (para. 5).

27. The Russian Federation points out that it is only after those five stages are completed that in Article 12 the word "dispute" (in the phrase "parties to the dispute") appears. In its submission:

> "In contrast to Article 11, where the term 'dispute' is carefully avoided, there are some six references to 'States parties to the dispute'

24. En réponse, la Géorgie affirme qu'il ressort du dossier de l'affaire que, pendant plus d'une dizaine d'années et jusqu'au dépôt de sa requête, elle n'a cessé de faire part à la Fédération de Russie de sa vive préoccupation face aux actes illicites de discrimination raciale attribuables à cet Etat, ce qui atteste clairement l'existence d'un différend de longue date entre les deux Etats au sujet de questions relevant de la CIEDR.

25. Les Parties, en développant leurs positions respectives, ont examiné les conditions juridiques requises pour qu'un différend existe ainsi que les faits qui ressortent du dossier de l'affaire.

1. Le sens du mot « différend »

26. Du point de vue du droit, la Fédération de Russie soutient pour commencer que le mot « différend » employé à l'article 22 de la CIEDR revêt un sens spécial plus étroit que celui qui lui est donné en droit international général et que, partant, l'existence d'un tel différend est plus difficile à établir. Elle affirme que, en vertu de la CIEDR, les Etats parties ne sont pas censés avoir un « différend » tant qu'une « question » les opposant n'a pas fait l'objet d'un processus de cristallisation en cinq étapes faisant intervenir les procédures prévues par la Convention. Cette affirmation est fondée sur le libellé des articles 11 à 16 de la CIEDR et sur les distinctions qui y seraient établies entre les termes « question », « plaintes » et « différends ». Aux termes du paragraphe 1 de l'article 11 de la CIEDR, un Etat partie qui estime qu'un autre Etat partie n'applique pas les dispositions de la Convention « peut appeler l'attention du Comité [pour l'élimination de la discrimination raciale, créé par ladite Convention et dont les membres sont élus en vertu de cet instrument] ». Selon la Fédération de Russie, l'article 11 énonce la procédure à suivre en application de la CIEDR, notamment la communication de « la question » à l'Etat partie intéressé, qui soumet au Comité des explications écrites au sujet de cette question et indique, le cas échéant, les mesures qu'il a prises (par. 1). Si, dans un délai de six mois, la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux Etats, par voie de négociations bilatérales ou par toute autre procédure, l'un comme l'autre ont le droit de la soumettre de nouveau au Comité (par. 2). Celui-ci examine la question après s'être assuré que les recours internes ont été épuisés (par. 3). Il peut, « [d]ans toute affaire qui lui est soumise », demander aux Etats en présence de lui fournir tout renseignement complémentaire pertinent (par. 4). Enfin, les Etats intéressés ont le droit de se faire représenter dans les travaux du Comité « pendant toute la durée des débats » (par. 5).

27. La Fédération de Russie fait observer que ce n'est qu'une fois ces cinq étapes menées à leur terme qu'un « différend » au sens de l'article 12 (dans l'expression : « parties au différend ») se fait jour. La Fédération de Russie relève que :

> « [à] la différence de l'article 11, dans lequel le mot « différend » est soigneusement évité, l'article 12 ne contient pas moins de six occur-

> in Article 12. This cannot be inadvertent — the parties evidently wished to distinguish between the communication and adjustment of a non-crystallized matter, and the point at which that matter had been escalated via a five-stage process such that it could then, but only then, be properly characterized as a dispute."

The same distinction, says the Russian Federation, between the non-crystallized "matter" and the "dispute" is reflected in the relevant parts of the Committee's Rules of Procedure. Article 16 also uses both terms in establishing that the provisions of CERD "concerning the settlement of disputes or complaints shall be applied without prejudice to other procedures for settling disputes or complaints" laid down in other instruments. The reference to "complaints" in that provision is explained, according to the Russian Federation, by the drafting history which shows that the term "complaint" was the term originally used for "matter" in Article 11. The wording, confirmed by the drafting history, in the Russian Federation's submissions, leads to the conclusion that:

> "as a matter of the interpretation of the word 'dispute' in Article 22 in its relevant context, a specific degree of crystallization is required for there to be a 'dispute' at all. And, even on Georgia's case on the relevant facts, that degree of crystallization is manifestly absent."

*

28. Georgia, in its submissions, rejects the argument that the term "dispute" in Article 22 has a special meaning. It contends that the relevant provisions of CERD, particularly Articles 12 and 13, use the terms "matter", "issue" and "dispute" without distinction or any trace of any special meaning. While in Article 12, paragraph 1, the term "dispute" (in the phrase "parties to the dispute") does appear early in the provision, the subject-matter of the process for amicable solution remains identified as "the matter". Further, although the word "dispute" is used in paragraphs 2, 5, 6 and 7 of Article 12, once the process prescribed in that provision is completed, Article 13, paragraph 1, which regulates the final stage of the process, uses the terms "matter", "issue" and "dispute". Moreover, the usage by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination in Article 72 of its Rules is not consistent on this matter, whatever weight may be given to them in the interpretation of the Convention.

* *

> rences de l'expression «Etats parties au différend». Il ne peut s'agir d'une erreur; les parties tenaient manifestement à faire la distinction entre, d'une part, la transmission et le règlement d'une question non cristallisée et, d'autre part, le stade auquel, après s'être ... intensifiée tout au long d'un processus en cinq étapes — et à ce moment-là seulement —, cette question pouvait être véritablement qualifiée de différend.»

Cette même distinction entre la «question» non cristallisée et le «différend» se retrouve, selon la Fédération de Russie, dans les dispositions pertinentes du règlement intérieur du Comité. Elle est également établie à l'article 16 de la CIEDR, aux termes duquel les dispositions de celle-ci «concernant les mesures à prendre pour régler un différend ou liquider une plainte s'appliquent sans préjudice des autres procédures de règlement des différends ou de liquidation des plaintes» prévues dans d'autres instruments. La Fédération de Russie précise que l'emploi du mot «plaintes» dans cet article trouve son explication dans l'histoire rédactionnelle de la Convention, dont il ressort que ce terme était utilisé à l'origine à l'article 11, en lieu et place du mot «question». Selon elle, ce libellé, tel que confirmé par l'histoire rédactionnelle, porte à conclure que:

> «si l'on interprète le terme «différend» figurant à l'article 22 dans son contexte pertinent, un certain degré de cristallisation est requis pour qu'il puisse simplement y avoir un «différend». Or, même en tenant compte de l'argumentation de la Géorgie sur les faits de l'espèce, ce degré de cristallisation n'a manifestement pas été atteint.»

*

28. La Géorgie, quant à elle, rejette l'argument selon lequel le terme «différend» employé à l'article 22 a un sens spécial. Elle soutient que, dans les dispositions pertinentes de la CIEDR, et notamment dans les articles 12 et 13, les termes «affaire», «question» et «différend» sont employés sans distinction et sans la moindre indication qu'un sens particulier devrait leur être conféré. En ce qui concerne l'article 12, si le terme «différend» (qui figure dans l'expression «parties au différend») apparaît dès le début du paragraphe 1, l'objet du processus de règlement amiable continue d'être qualifié de «question». De plus, bien que le terme «différend» soit employé aux paragraphes 2, 5, 6 et 7 de l'article 12, il n'en demeure pas moins que, une fois achevé le processus visé par cette disposition, le paragraphe 1 de l'article 13 — qui régit la dernière étape du processus — utilise les termes «question», «litige» et «différend». Enfin, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale n'a pas fait preuve de cohérence en la matière dans la formulation de l'article 72 de son règlement intérieur, quel que soit le poids à accorder à celui-ci aux fins de l'interprétation de la Convention.

* *

29. The Court does not consider that the words "matter", "complaint", "dispute" and "issue" are used in Articles 11 to 16 in such a systematic way that requires that a narrower interpretation than usual be given to the word "dispute" in Article 22. Further, the word "dispute" appears in the first part of Article 22 in exactly the same way as it appears in several other compromissory clauses adopted around the time CERD was being prepared: "Any dispute between two or more States parties with respect to the interpretation or application of this Convention . . ." (e.g., Optional Protocol of Signature to the Conventions on the Law of the Sea of 1958 concerning the Compulsory Settlement of Disputes, Article 1; Single Convention on Narcotic Drugs of 1961, Article 48; Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 1965, Article 64). That consistency of usage suggests that there is no reason to depart from the generally understood meaning of "dispute" in the compromissory clause contained in Article 22 of CERD. Finally, the submissions made by the Russian Federation on this matter did not in any event indicate the particular form that narrower interpretation was to take. Accordingly, the Court rejects this first contention of the Russian Federation and turns to the general meaning of the word "dispute" when used in relation to the jurisdiction of the Court.

30. The Court recalls its established case law on that matter, beginning with the frequently quoted statement by the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case in 1924: "A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons." (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11.) Whether there is a dispute in a given case is a matter for "objective determination" by the Court (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74). "It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other" (*South West Africa (Ethiopia* v. *South Africa; Liberia* v. *South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328) (and most recently *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 40, para. 90). The Court's determination must turn on an examination of the facts. The matter is one of substance, not of form. As the Court has recognized (for example, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon* v. *Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 315, para. 89), the existence of a dispute may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for. While the existence of a dispute and the undertaking of negotiations are distinct as a matter of principle, the negotiations may help demonstrate the existence of the dispute and delineate its subject-matter.

29. La Cour ne considère pas que les termes «question», «plainte», «différend» et «litige» sont employés aux articles 11 à 16 de la Convention d'une façon si méthodique qu'elle justifie une interprétation plus étroite qu'à l'accoutumée du terme «différend» à l'article 22. En outre, le terme «différend» apparaît, au début de l'article 22 de la CIEDR, de la même manière que dans les clauses compromissoires de plusieurs autres conventions adoptées à l'époque de l'élaboration de la CIEDR: «Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention...» (par exemple, l'article premier du protocole de signature facultative des conventions sur le droit de la mer de 1958 concernant le règlement obligatoire des différends, l'article 48 de la convention unique sur les stupéfiants de 1961 ou l'article 64 de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965). Cette uniformité d'usage laisse à penser qu'il n'y a pas de raison de s'écarter du sens généralement admis du terme «différend» dans la clause compromissoire contenue dans l'article 22 de la CIEDR. Enfin, la Fédération de Russie n'a, en tout état de cause, nullement précisé dans son argumentation sur ce point quelle devait être l'interprétation plus étroite de ce terme. Aussi la Cour écarte-t-elle ce premier argument de la Fédération de Russie et en vient-elle à l'examen du sens général du mot «différend» lorsque celui-ci est employé au regard de sa compétence.

30. La Cour rappelle sa jurisprudence constante sur cette question, à commencer par le prononcé fréquemment cité de la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* de 1924: «Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes.» (*Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11.) La question de savoir s'il existe un différend dans une affaire donnée demande à être «établie objectivement» par la Cour (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74). Il convient de «démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328) (et, plus récemment, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 40, par. 90). La Cour, pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme. Comme la Cour l'a reconnu (voir, par exemple, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 315, par. 89), l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait. Bien que l'existence d'un différend et la tenue de négociations soient par principe deux choses distinctes, les négociations peuvent aider à démontrer l'existence du différend et à en circonscrire l'objet.

The dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 25-26, paras. 42-44; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 130-131, paras. 42-44); the Parties were in agreement with this proposition. Further, in terms of the subject-matter of the dispute, to return to the terms of Article 22 of CERD, the dispute must be "with respect to the interpretation or application of [the] Convention". While it is not necessary that a State must expressly refer to a specific treaty in its exchanges with the other State to enable it later to invoke that instrument before the Court (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83), the exchanges must refer to the subject-matter of the treaty with sufficient clarity to enable the State against which a claim is made to identify that there is, or may be, a dispute with regard to that subject-matter. An express specification would remove any doubt about one State's understanding of the subject-matter in issue and put the other on notice. The Parties agree that that express specification does not appear in this case.

2. The Evidence about the Existence of a Dispute

31. The Court now turns to the evidence submitted to it by the Parties to determine whether it demonstrates, as Georgia contends, that at the time it filed its Application, on 12 August 2008, it had a dispute with the Russian Federation with respect to the interpretation or application of CERD. The Court needs to determine (1) whether the record shows a disagreement on a point of law or fact between the two States; (2) whether that disagreement is with respect to "the interpretation or application" of CERD, as required by Article 22 of CERD; and (3) whether that disagreement existed as of the date of the Application. To that effect, it needs to determine whether Georgia made such a claim and whether the Russian Federation positively opposed it with the result that there is a dispute between them in terms of Article 22 of CERD.

32. Before the Court considers the evidence bearing on the answers to those issues, it observes that disputes undoubtedly did arise between June 1992 and August 2008 in relation to events in Abkhazia and South Ossetia. Those disputes involved a range of matters including the status of Abkhazia and South Ossetia, outbreaks of armed conflict and alleged breaches of international humanitarian law and of human rights, including the rights of minorities. It is within that complex situation that the dispute which Georgia alleges to exist and which the Russian Federation denies is to be identified. One situation may contain disputes which relate

En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 25-26, par. 42-44; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 130-131, par. 42-44), ce dont les Parties conviennent. De plus, en ce qui concerne son objet, le différend doit, pour reprendre les termes de l'article 22 de la CIEDR, «touch[er] l'interprétation ou l'application de la ... Convention». S'il n'est pas nécessaire qu'un Etat mentionne expressément, dans ses échanges avec l'autre Etat, un traité particulier pour être ensuite admis à invoquer ledit traité devant la Cour (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83), il doit néanmoins s'être référé assez clairement à l'objet du traité pour que l'Etat contre lequel il formule un grief puisse savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard. Une référence expresse ôterait tout doute quant à ce qui, selon cet Etat, constitue l'objet du différend et permettrait d'en informer l'autre Etat. Les Parties conviennent qu'une telle référence n'a pas été faite en la présente espèce.

2. Les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un différend

31. La Cour recherchera à présent si les éléments de preuve que lui ont présentés les Parties démontrent que, au moment du dépôt de la requête, c'est-à-dire le 12 août 2008, un différend concernant l'interprétation ou l'application de la CIEDR opposait la Géorgie, comme celle-ci le soutient, à la Fédération de Russie. Elle doit déterminer 1) si le dossier de l'affaire révèle l'existence d'un désaccord sur un point de droit ou de fait entre les deux Etats, 2) si ce désaccord touche «l'interprétation ou l'application» de la CIEDR, comme l'exige l'article 22 de celle-ci, et 3) si ledit désaccord existait à la date du dépôt de la requête. A cet effet, elle doit établir si la Géorgie a formulé une réclamation en ce sens et si celle-ci s'est heurtée à l'opposition manifeste de la Fédération de Russie, de sorte qu'il existe un différend au sens de l'article 22 de la CIEDR entre les deux Etats.

32. Avant de passer à l'examen des éléments de preuve qui peuvent lui permettre de répondre à ces questions, la Cour fait observer que, de toute évidence, des différends ont effectivement surgi entre le mois de juin 1992 et le mois d'août 2008 au sujet des événements en Abkhazie et en Ossétie du Sud. Ces différends portaient sur une série de questions, parmi lesquelles le statut de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud, le déclenchement de conflits armés ou des violations alléguées du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme, y compris des droits des minorités. C'est donc dans cette situation complexe qu'il convient d'éta-

to more than one body of law and which are subject to different dispute settlement procedures (see, for example, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America* v. *Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980*, pp. 19-20, paras. 36-37; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua* v. *Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, pp. 91-92, para. 54); the Parties accepted that proposition.

33. The Parties referred the Court to many documents and statements relating to events in Abkhazia and South Ossetia from 1990 to the time of the filing by Georgia of its Application and beyond. In their submissions they emphasized those with an official character. The Court will limit itself to official documents and statements.

34. The Parties also distinguished between documents and statements issued before 2 July 1999 when Georgia became party to CERD, thus establishing a treaty relationship between Georgia and the Russian Federation under CERD, and the later documents and statements, and, in respect of those later documents and statements, between those issued before the armed conflict which began on the night of 7 to 8 August 2008 and those in the following days up to 12 August when the Application was filed. Georgia cited statements relating to events before 1999 "not as a basis for Georgia's claims against Russia in this action, but as evidence that the dispute with Russia over ethnic cleansing is long-standing and legitimate and not of recent invention". The Court will also make a distinction between documents issued and statements made before and after Georgia became party to CERD.

35. The documents and statements also vary in their authors, their intended, likely and actual recipients or audience, the occasion of their delivery and their content. Some are issued by the Executive or members of the Executive of one Party or the other — the President, the Foreign Minister, the Foreign Ministry and other Ministries — and others by Parliament, particularly of Georgia, and members of Parliament. Some are press statements or records of interviews, others are internal minutes of meetings prepared by one Party. Some are directed to particular recipients, particularly by a member of the Executive (the President or Foreign Minister) to the counterpart of the other Party or to an international organization or official such as the United Nations Secretary-General or the President of the Security Council. The other Party may or may not be a member of the organization or body. One particular category consists of reports submitted to treaty monitoring bodies, such as the Human Rights Committee, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, and the Committee against Torture. Another category is made up of Security Council resolutions adopted between 1993 and April 2008

blir si le différend allégué par la Géorgie et nié par la Fédération de Russie existe. Une situation donnée peut englober des différends ayant trait à plusieurs corpus juridiques et ne relevant pas des mêmes procédures de règlement (voir, par exemple, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 19-20, par. 36-37; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 91-92, par. 54); les Parties en conviennent.

33. Les Parties ont renvoyé la Cour à de nombreux documents et déclarations relatifs à des événements qui se sont déroulés en Abkhazie et en Ossétie du Sud au cours de la période allant de 1990 à la date du dépôt de la requête de la Géorgie et au-delà. En exposant leur argumentation, elles ont mis l'accent sur ceux de ces documents et déclarations qui revêtent un caractère officiel. C'est à ces derniers que la Cour limitera son examen.

34. Les Parties ont également fait la distinction entre les documents et déclarations antérieurs au 2 juillet 1999 — date à laquelle la Géorgie est devenue partie à la CIEDR, une relation conventionnelle s'étant ainsi instaurée entre elle et la Fédération de Russie en vertu de cet instrument — et les documents et déclarations ultérieurs, et, en ce qui concerne ces derniers, entre ceux qui précèdent le conflit armé qui a débuté dans la nuit du 7 au 8 août 2008 et ceux qui sont datés des jours suivants, jusqu'au 12 août, date du dépôt de la requête. La Géorgie a précisé que, si elle avait cité certaines déclarations relatives à des événements antérieurs à 1999, ce n'était «pas pour étayer les arguments [qu'elle avait] avancés à l'encontre de la Russie dans la présente affaire, mais pour démontrer que le différend avec la Russie au sujet du nettoyage ethnique exist[ait] depuis longtemps, qu'il [était] fondé et qu'il n'[était] pas d'invention récente». La Cour distinguera, elle aussi, entre les documents et déclarations qui remontent, respectivement, aux périodes antérieure et postérieure à la date à laquelle la Géorgie est devenue partie à la CIEDR.

35. Ces documents et déclarations diffèrent également les uns des autres par leurs auteurs, les personnes auxquelles ils étaient destinés et celles qu'ils ont vraisemblablement ou effectivement touchées, les circonstances dans lesquelles ils ont été établis ou prononcés ainsi que leur contenu. Certains émanent de l'exécutif ou de membres de l'exécutif de l'une ou l'autre Partie — le président, le ministre ou le ministère des affaires étrangères et d'autres ministères —, d'autres du Parlement, en particulier celui de la Géorgie, et de parlementaires. Certains sont des déclarations faites à la presse ou des propos tenus à l'occasion d'une interview, d'autres des procès-verbaux internes de réunions, dressés par l'une des Parties. Certains ont des destinataires particuliers, notamment dans le cas où un membre de l'exécutif (le président ou le ministre des affaires étrangères) s'adresse à son homologue de l'autre Partie, à une organisation internationale ou à un de ses responsables, tel que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ou le président du Conseil de sécurité. Il se peut que l'autre Partie ne soit pas membre de l'organisation ou de l'organe en question. Les rapports présentés aux organes de surveillance de l'application des traités, tels que le Comité des droits de

relating to Abkhazia. Other documents record agreements between various parties or are formal minutes of their meetings. The parties sometimes include the "Abkhaz side", the "South Ossetian side", the "North Ossetian side", in some cases with Georgia alone and in the others with Georgia and Russia and both "Ossetian sides". The reference to "parties" may sometimes be elaborated as "parties to the conflict" or "parties to the agreement". The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) have also been signatories in appropriate cases, but are not named as parties to the agreements.

36. The Russian Federation, in addressing the above matters, emphasized the need, if documents and statements were to be evidence of a dispute between it and Georgia, that they be presented by members of the Georgian Executive and in such a way that the document or statement would, or would be expected to, come to the attention of the authorities of the Russian Federation. It accordingly contended that statements and resolutions adopted by the Georgian Parliament or statements made by Parliamentary Officers were not relevant. Georgia replied that a number of those Parliamentary resolutions were "adopted by the foreign ministry and submitted to the United Nations as statements of the government's position".

37. The Parties gave their main attention to the contents of the documents and statements and the Court will do likewise, while taking account of the various matters addressed in the previous two paragraphs. It observes at this stage that a dispute is more likely to be evidenced by a direct clash of positions stated by the two Parties about their respective rights and obligations in respect of the elimination of racial discrimination, in an exchange between them, but, as the Court has already noted, there are circumstances in which the existence of a dispute may be inferred from the failure to respond to a claim (see paragraph 30). Further, in general, in international law and practice, it is the Executive of the State that represents the State in its international relations and speaks for it at the international level (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 27, paras. 46-47). Accordingly, primary attention will be given to statements made or endorsed by the Executives of the two Parties.

38. The Parties in addressing the contents of the various documents and statements considered (1) the alleged parties to the various disputes or conflicts, (2) the various roles which the Russian Federation played and (3) the different subject-matter of the disputes. On the first, the Russian Federation contended that the principal relationships in issue were between Georgia on the one side, and Abkhazia or South Ossetia on the

l'homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et le Comité contre la torture, forment une catégorie particulière, de même que les résolutions concernant l'Abkhazie adoptées par le Conseil de sécurité entre 1993 et le mois d'avril 2008. D'autres documents encore font état d'accords conclus entre différentes parties ou sont les procès-verbaux officiels des réunions tenues entre elles, c'est-à-dire, dans certains cas, la «partie abkhaze», la «partie sud-ossète», la «partie nord-ossète», face à la seule Géorgie, et, dans d'autres, la Géorgie, la Russie et les deux «parties ossètes». Le terme «parties» désigne tantôt les parties au conflit, tantôt les parties à l'accord. Le cas échéant, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) sont également signataires des accords en question, sans toutefois y être mentionnés en tant que parties.

36. En traitant de ces questions, la Fédération de Russie a souligné que, pour que des déclarations et documents puissent attester l'existence d'un différend l'opposant à la Géorgie, ils devaient non seulement émaner de membres de l'exécutif géorgien, mais aussi avoir été portés à la connaissance des autorités russes ou être censés l'avoir été. Elle a donc soutenu que les déclarations et résolutions adoptées par le Parlement géorgien ou les déclarations faites par des représentants de ce Parlement étaient dépourvues de pertinence. La Géorgie a répondu qu'un certain nombre de ces résolutions parlementaires avaient été «entérinées par le ministère des affaires étrangères et soumises à l'Organisation des Nations Unies pour affirmer la position du gouvernement».

37. Les Parties se sont principalement attachées au contenu de ces documents et déclarations. La Cour fera de même lorsqu'elle prendra en considération les différents points examinés aux deux paragraphes précédents. A ce stade, elle fait observer qu'il serait plus aisé de démontrer l'existence d'un différend entre les Parties si un échange entre elles mettait en évidence des positions diamétralement opposées à propos de leurs droits et obligations respectifs en ce qui concerne l'élimination de la discrimination raciale, mais que, ainsi qu'elle l'a déjà indiqué, l'existence d'un différend peut, dans certaines circonstances, être déduite de l'absence de réaction à une accusation (voir paragraphe 30). Par ailleurs, en droit international comme dans la pratique, c'est en règle générale l'exécutif qui représente l'Etat dans ses relations internationales et s'exprime en son nom sur le plan international (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 27, par. 46-47). Une attention toute particulière sera donc accordée aux déclarations faites ou entérinées par l'exécutif de chacune des Parties.

38. S'agissant du contenu des documents et déclarations versés au dossier, les Parties à la présente espèce ont présenté leurs argumentations respectives sur 1) l'identité des parties aux divers différends ou conflits, 2) les rôles divers joués par la Fédération de Russie et 3) l'objet de chaque différend. Pour ce qui est de la première question, la Fédération de Russie avance que les relations en cause étaient principalement celles que la Géorgie entretenait

other, while Georgia submitted that the relationships were between it and the Russian Federation. On the second matter, which is related to the first, the Russian Federation emphasized that its role was as facilitator in contacts and negotiations between Georgia and the Abkhaz and South Ossetian sides and as peacekeeper while Georgia contended that the Russian Federation had a more direct role, which included the facilitating and tolerating of acts of racial discrimination by the separatists. And, on the third, the Russian Federation submitted that the primary dispute which existed between Georgia on one side and Abkhazia and South Ossetia on the other was about the status of the regions. The primary dispute that existed between Georgia and the Russian Federation was about the allegedly unlawful use of force by the Russian Federation after 7 August 2008. Georgia by contrast emphasized the references in the statements to "ethnic cleansing" and to the obstacles in the way of the return of refugees and internally displaced persons (IDPs). The Court will take account of those matters as it reviews the legal significance of the documents and statements to which the Parties gave their principal attention.

39. Before it considers those documents and statements, the Court addresses the agreements reached in the 1990s and the Security Council resolutions adopted from the 1990s until early 2008. Those agreements and resolutions provide an important part of the context in which the statements the Parties invoke were made. In particular they help define the different roles which the Russian Federation was playing during that period.

3. Relevant Agreements and Security Council Resolutions

40. So far as South Ossetia is concerned, Georgia and the Russian Federation on 24 June 1992 concluded an agreement on principles of settlement of the Georgian-Ossetian conflict (the Sochi Agreement). In the preamble they declared that they were striving for the immediate cessation of the bloodshed and achieving a comprehensive settlement of the conflict between the Ossetians and Georgians; they were guided by the desire to witness a speedy restoration of peace and stability in the region; they reaffirmed their commitment to the principles of the United Nations Charter and the Helsinki Final Act; and they acted in the spirit of respect for human rights and fundamental freedoms, as well as the rights of ethnic minorities. The agreement provided for a ceasefire and a withdrawal of armed formations (with particular contingents of the Russian Federation identified); and, to exercise control over the implementation of those measures, a mixed control commission was to be established, consisting of representatives of all parties involved in the conflict. It was to work in close co-operation with the joint group of military observers already agreed to. The parties were to start negotiating immediately on the economic recovery of the regions located in the conflict zone, and the creation of proper conditions for the return of refugees. The first decision of

avec l'Abkhazie ou l'Ossétie du Sud, alors que, pour la Géorgie, ce sont ses propres relations avec la Fédération de Russie qui étaient au cœur du problème. En ce qui concerne la deuxième question, qui n'est pas sans lien avec la précédente, la Fédération de Russie affirme qu'elle a joué un rôle de facilitateur des contacts et négociations entre la Géorgie et les parties abkhaze et sud-ossète et de garant du maintien de la paix, alors que la Géorgie soutient que son rôle était plus direct, et qu'elle a notamment facilité et toléré les actes de discrimination raciale perpétrés par les séparatistes. Enfin, s'agissant de la troisième question, la Fédération de Russie fait valoir que le différend qui a opposé la Géorgie, d'une part, à l'Abkhazie et à l'Ossétie du Sud, d'autre part, portait principalement sur le statut de ces régions; le différend qui a opposé la Géorgie à la Fédération de Russie portait, quant à lui, principalement sur l'emploi illicite de la force auquel celle-ci aurait eu recours après le 7 août 2008. La Géorgie, en revanche, met l'accent sur les références faites dans les déclarations au «nettoyage ethnique» ainsi qu'aux entraves au retour des réfugiés et des personnes déplacées. La Cour, en cherchant à établir quelle valeur juridique accorder aux documents et déclarations auxquels les Parties se sont principalement attachées, tiendra compte de ces questions.

39. Avant d'en venir à l'examen de ces documents et déclarations, la Cour s'intéressera aux accords conclus dans les années 1990 et aux résolutions que le Conseil de sécurité a adoptées à partir de cette période jusqu'au début de l'année 2008. Ces accords et résolutions forment une part importante du contexte dans lequel les déclarations invoquées par les Parties ont été faites. Ils permettent en particulier de mieux cerner les différents rôles joués par la Fédération de Russie au cours de la période considérée.

3. Les accords pertinents et les résolutions du Conseil de sécurité

40. En ce qui concerne l'Ossétie du Sud, la Géorgie et la Fédération de Russie conclurent, le 24 juin 1992, un accord sur les principes du règlement du conflit osséto-géorgien (l'accord de Sotchi). Dans le préambule de cet accord, elles déclaraient qu'elles s'efforçaient de parvenir à une cessation immédiate de l'effusion de sang et à un règlement d'ensemble du conflit entre les Ossètes et les Géorgiens, et étaient animées du désir de voir rapidement rétablies la paix et la stabilité dans la région. Elles réaffirmaient en outre leur attachement aux principes de la Charte des Nations Unies et de l'acte final d'Helsinki, et déclaraient œuvrer dans l'esprit du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que des droits des minorités ethniques. L'accord prévoyait un cessez-le-feu et le retrait des formations armées (certains contingents de la Fédération de Russie étant expressément mentionnés), ainsi que la création d'une commission de contrôle conjointe chargée de surveiller l'exécution de ces mesures, composée de représentants de toutes les parties impliquées dans le conflit. Cette commission devait travailler en étroite collaboration avec le groupe conjoint d'observateurs militaires, dont la constitution avait déjà été convenue. Les parties devaient engager immédiatement des négociations sur le rétablissement économique des régions situées dans la zone

the Joint Control Commission (JCC) adopted on 4 July 1992 was to determine that the joint forces (later known as the Joint Peacekeeping Forces) would have 1,500 persons (500 from each of Georgia, the Russian Federation and the Ossetian side) with 900 in reserve. In a Georgia-Russian Federation Protocol of Negotiations of 9 April 1993, the delegations agreed, in the context of the Georgian-Ossetian conflict, to render support to the endeavours of the Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE) aimed at facilitating a dialogue between the parties to the conflict in order to secure a peaceful and comprehensive settlement and to creating conditions for the return of refugees to the places of their permanent residence.

41. Two years later, on 31 October 1994, an Agreement on the Further Development of the Georgian Ossetian Peaceful Settlement Process and on the JCC was signed by the Georgian party, the Russian Federation party, the South-Ossetian party and the North-Ossetian party in the presence of the CSCE representatives. The Agreement distinguished between "the parties" and the "parties in conflict". The "parties", recognizing the urgent need for a wholesale settlement of the Georgian-Ossetian conflict, agreed on the need to further develop the process of peaceful settlement of that conflict. They noted that the JCC had "largely fulfilled its functions of ensuring control of [the] ceasefire, withdrawing armed units and maintaining safety measures, thus laying [the] foundation for the process of political settlement" and they decided that the JCC would be a permanent body of the four parties involved in settling the conflict and mitigating its consequences. The "parties in conflict" reaffirmed their obligations to resolve all differences through peaceful means. In December 1994 the JCC stated that the Russian Federation battalion of the peacekeeping forces was the guarantor of relative stability in the area.

42. In the course of 1997, 1998 and 1999, the JCC and bodies established by it met and adopted decisions for the voluntary return of IDPs and refugees. Those meetings continued until at least 2004. The record of the last in the case file, held on 16 April 2004, states that "the preliminary stage [on certain matters] within the competence of the JCC has been completed" and the JCC requests the Governments of the Russian Federation and Georgia to give instructions to appropriate ministries and calls for regular meetings between the Governments to discuss progress.

43. On 31 March 1999, the JCC stated its opinion that "the peacekeeping forces keep on being a major sponsor of the peace and a calm life". It also noted the positive contribution of the OSCE Mission in Georgia.

*

du conflit et sur la création de conditions propices au retour des réfugiés. Aux termes de la première décision de la Commission de contrôle conjointe (CCC), adoptée le 4 juillet 1992, la force commune (qui deviendrait la force commune de maintien de la paix) devait compter mille cinq cents militaires d'active (la Géorgie, la Fédération de Russie et la partie ossète en fournissant chacune cinq cents) et neuf cents réservistes. Dans un protocole de négociations en date du 9 avril 1993, la Géorgie et la Fédération de Russie étaient convenues, en ce qui concerne le conflit osséto-géorgien, de soutenir les efforts déployés par la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) en vue de faciliter le dialogue entre les parties au conflit, de manière à en permettre un règlement pacifique et global et de créer des conditions propres à assurer le retour des réfugiés sur leur lieu de résidence permanente.

41. Deux ans plus tard, le 31 octobre 1994, un accord relatif à la poursuite du processus de règlement du conflit entre la Géorgie et l'Ossétie et à la CCC fut signé par les parties géorgienne, russe, sud-ossète et nord-ossète, en présence de représentants de la CSCE. Une distinction y était établie entre les «parties» et les «parties au conflit». Les «parties», reconnaissant qu'il était urgent de parvenir à un règlement global du conflit osséto-géorgien, s'accordaient sur la nécessité de poursuivre le processus de règlement pacifique de ce conflit. Elles estimaient que la CCC avait «en grande partie rempli ses fonctions consistant à assurer le contrôle du cessez-le-feu, superviser le retrait des unités armées et appliquer des mesures de sécurité, jetant ainsi les bases du processus de règlement politique», et décidaient de transformer cette commission en un organe permanent des quatre parties participant au règlement du conflit et à l'atténuation de ses conséquences. Les «parties au conflit», quant à elles, réaffirmaient qu'elles étaient tenues de régler toutes leurs dissensions par des moyens pacifiques. Dans une décision du mois de décembre 1994, la CCC précisait que le bataillon russe de la force de maintien de la paix était le garant d'une stabilité relative dans la zone du conflit.

42. Au cours des années 1997, 1998 et 1999, la CCC et les organes qu'elle avait mis en place siégèrent et adoptèrent des décisions relatives au retour volontaire des personnes déplacées et des réfugiés. Ces réunions se poursuivirent au moins jusqu'en 2004. Dans le procès-verbal de la dernière d'entre elles, tenue le 16 avril 2004, qui est versé au dossier de l'affaire, il est indiqué que «l'étape préliminaire [qui portait sur certains aspects] de la mission incombant à la CCC [était] achevée», et que celle-ci priait les Gouvernements de la Fédération de Russie et de la Géorgie de donner des instructions aux ministères concernés, et demandait que des réunions soient régulièrement organisées entre les gouvernements pour examiner les progrès accomplis.

43. Le 31 mars 1999, la CCC précisait que, selon elle, «la force de maintien de la paix continu[ait] d'être un des principaux garants de la paix et de la tranquillité». Elle prenait également note de la contribution positive de la mission de l'OSCE en Géorgie.

*

44. So far as Abkhazia is concerned, the President of the Russian Federation and the Chairman of the State Council of the Republic of Georgia on 3 September 1992 signed the Moscow Agreement. Their discussions, they recorded, had involved "leaders of Abkhazia, the North Caucasus Republics, Regions and Districts of the Russian Federation". The agreement provided for a ceasefire, confirmed the necessity of observing the international norms in the sphere of human rights and minority rights, the inadmissibility of discrimination, and provided that "[t]he Troops of the Russian Federation, temporarily deployed on the territory of Georgia, including in Abkhazia, shall firmly observe neutrality". A protocol of negotiations signed by Georgia and the Russian Federation on 9 April 1993 provided for the functioning of the Commission for Control and Inspection in Abkhazia, composed of representatives appointed by the Georgian authorities including those from Abkhazia and the authorities of the Russian Federation. It was to guarantee compliance with the ceasefire and to perform other functions agreed by the parties represented in the Commission. A special group was to address the return and accommodation of refugees and IDPs and measures were to be taken to protect the human rights of minorities (see paragraph 40).

45. On 9 July 1993, the Security Council requested the Secretary-General to make the necessary preparations for a military observer mission once the ceasefire between the Government of Georgia and the Abkhaz authorities was implemented (Security Council resolution 849 (1993)). The ceasefire agreement was signed on 27 July 1993 with the mediation of the Deputy Foreign Minister of the Russian Federation in the role of facilitator and the joint commission was established. The parties considered it necessary to invite international peacekeeping forces in the conflict zones; "[t]his task may be shared, subject to consultation with the United Nations, by the Russian military contingent temporarily deployed in the zone". The United Nations Observer Mission in Georgia (UNOMIG) was established by Security Council resolution 858 (1993) on 24 August 1993. On the outbreak of fighting in September, the Security Council, in the words of its President, "strongly condemn[ed] this grave violation by the Abkhaz side of the . . . ceasefire agreement of 27 July 1993" (United Nations doc. S/26463), and the representative of the Russian Federation recorded the deep concern felt in the Russian Federation at the violation by the Abkhazian side of its ceasefire agreement (United Nations doc. S/PV.3295). On 19 October 1993 the Council, expressed its deep concern at the human suffering caused by conflict in the region and at reports of "ethnic cleansing" and other serious violations of international humanitarian law, reaffirmed its strong condemnation of the grave violation by the Abkhaz side of the ceasefire agreement and affirmed the right of refugees and displaced persons to return to their homes. It reiterated its support for the efforts of the Secretary-General and his Special Envoy, in co-operation with the Chairman-in-Office of the CSCE and with the assis-

44. En ce qui concerne l'Abkhazie, le président de la Fédération de Russie et le président du Conseil d'Etat de la République de Géorgie signèrent, le 3 septembre 1992, l'accord de Moscou. Ils y faisaient état de la participation «des dirigeants de l'Abkhazie, des républiques du Nord Caucase, des régions et des districts de la Fédération de Russie» à leurs discussions. L'accord prévoyait un cessez-le-feu, confirmait la nécessité de respecter les règles internationales dans le domaine des droits de l'homme et des droits des minorités, ainsi que le caractère inadmissible des discriminations, et disposait que «[l]es troupes de la Fédération de Russie, provisoirement déployées sur le territoire de la Géorgie, y compris en Abkhazie, observer[ai]ent une stricte neutralité». Un protocole de négociations signé le 9 avril 1993 par la Géorgie et la Fédération de Russie portait création d'une commission de contrôle et d'inspection en Abkhazie, composée de représentants nommés par les autorités géorgiennes — y compris celles d'Abkhazie — et les autorités de la Fédération de Russie. Cette commission devait garantir le respect du cessez-le-feu et s'acquitter d'autres fonctions définies par les parties représentées en son sein. Par ailleurs, un groupe spécial était chargé d'examiner les questions liées au retour et au logement des réfugiés et des personnes déplacées, et des mesures devaient être prises pour protéger les droits de l'homme des minorités (voir paragraphe 40).

45. Le 9 juillet 1993, le Conseil de sécurité demandait au Secrétaire général de prendre les dispositions nécessaires en vue du déploiement d'une mission d'observateurs militaires, une fois que le cessez-le-feu entre le Gouvernement géorgien et les autorités abkhazes aurait été appliqué (résolution 849 (1993) du Conseil de sécurité). L'accord de cessez-le-feu fut signé le 27 juillet 1993, grâce à la médiation du vice-ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie agissant en tant que facilitateur, et la commission conjointe fut établie. Les parties à cet accord jugeaient nécessaire de demander le déploiement d'une force internationale de maintien de la paix dans les zones de conflit, tout en précisant que, «[s]ous réserve de consultations avec l'Organisation des Nations Unies, le contingent militaire russe temporairement déployé p[ouvait] participer à l'exécution de cette tâche». La Mission d'observation des Nations Unies en Géorgie (MONUG) fut créée le 24 août 1993 par la résolution 858 (1993) du Conseil de sécurité. Lorsque les combats reprirent, au mois de septembre, le Conseil de sécurité, par la voix de son président, «condamn[a] énergiquement cette violation grave, par la partie abkhaze, de l'accord de cessez-le-feu conclu ... le 27 juillet 1993», (Nations Unies, doc. S/26463), tandis que le représentant de la Fédération de Russie indiquait que la violation de cet accord par la partie abkhaze avait suscité une vive inquiétude dans son pays (Nations Unies, doc. S/PV.3295). Le 19 octobre 1993, le Conseil de sécurité se déclarait profondément préoccupé par les souffrances causées par le conflit qui sévissait dans la région ainsi que par les informations faisant état d'un «nettoyage ethnique» et d'autres violations graves du droit international humanitaire, réaffirmait sa condamnation énergique de la grave violation de l'ac-

tance of the Government of the Russian Federation as a facilitator, to carry forward the peace process with the aim of achieving an overall political settlement (Security Council resolution 876 (1993)).

46. At the first round of negotiations between the Georgian and Abkhaz sides, held in Geneva from 30 November to 1 December 1993, under the aegis of the United Nations, with the Russian Federation as facilitator and a representative of the CSCE, the parties committed themselves not to use force or the threat of force during the peaceful settlement negotiations, stated that the maintenance of peace would be promoted by an increase in the number of international observers and by the use of international peacekeeping forces, agreed to exchange prisoners of war, to find an urgent solution to the problem of refugees and displaced persons, and to have a group of experts prepare a report on the status of Abkhazia. On 4 April 1994 a Quadripartite Agreement on Voluntary Return of Refugees and Displaced Persons was signed by the Abkhaz and Georgian sides as "the Parties", as well as by the Russian Federation and UNHCR. In that Agreement, the Russian Federation undertook certain obligations relating to the return of refugees and displaced persons.

47. The Geneva process continued for more than a decade and was assisted by the Group of Friends of the Secretary-General (France, Germany, the Russian Federation, the United Kingdom and the United States). Georgia and the Russian Federation again proposed that the Security Council consider the question of a peacekeeping operation to be carried out by the United Nations or with its authorization, relying, if necessary, on a Russian Federation military contingent (joint letter of 4 February 1994 (United Nations doc. S/1994/125); see also the Georgian/Abkhazian declaration of 4 April 1994). The Security Council did not respond to that proposal and on 14 May 1994 the Georgian side and the Abkhaz side in the Agreement on a Ceasefire and Separation of Forces agreed that "[t]he peacekeeping force of the Commonwealth of Independent States and the military observers . . . shall be deployed in the security zone to monitor compliance with this Agreement." On 30 June 1994 the Security Council "[n]ote[d] with satisfaction the beginning of Commonwealth of Independent States (CIS) assistance in the zone of conflict, in response to the request of the parties" (Security Council resolution 934 (1994); see also Security Council resolutions 901 (1994) and 937 (1994)).

48. Over the following years, until 15 April 2008, the Security Council adopted a series of resolutions regarding the situation in Abkhazia, Georgia, with recurring elements. It is convenient at this point to quote pas-

cord de cessez-le-feu par la partie abkhaze et confirmait le droit des réfugiés et des personnes déplacées de retourner dans leurs foyers. Il réitérait son soutien aux efforts menés par le Secrétaire général et son envoyé spécial, en coopération avec le président en exercice de la CSCE et avec l'assistance du Gouvernement de la Fédération de Russie en tant que facilitateur, pour faire progresser le processus de paix et parvenir à un règlement politique global (résolution 876 (1993) du Conseil de sécurité).

46. Lors de la première série de négociations — tenue à Genève du 30 novembre au 1er décembre 1993 sous les auspices des Nations Unies, en présence de la Fédération de Russie en tant que facilitateur et d'un représentant de la CSCE —, les parties géorgienne et abkhaze s'engagèrent à ne pas recourir ou menacer de recourir à la force tant que seraient menées des négociations en vue d'un règlement pacifique, déclarèrent que le maintien de la paix serait favorisé par l'augmentation du nombre des observateurs internationaux et la présence d'une force internationale de maintien de la paix, et convinrent d'échanger les prisonniers de guerre et de trouver d'urgence une solution au problème des réfugiés et des personnes déplacées, ainsi que de charger un groupe d'experts de préparer un rapport sur le statut de l'Abkhazie. Le 4 avril 1994, un accord quadripartite sur le rapatriement librement consenti des réfugiés et des personnes déplacées fut signé par l'Abkhazie et la Géorgie en tant que «parties» à l'accord, ainsi que par la Fédération de Russie et le HCR. Aux termes de cet accord, la Fédération de Russie prenait certains engagements concernant le retour des réfugiés et des personnes déplacées.

47. Le processus de Genève se poursuivit pendant plus de dix ans, avec le soutien du groupe des amis du Secrétaire général (composé de la France, de l'Allemagne, de la Fédération de Russie, du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique). La Géorgie et la Fédération de Russie proposèrent de nouveau que le Conseil de sécurité examinât la question de la mise en place par les Nations Unies, ou avec leur approbation, d'une opération de maintien de la paix s'appuyant, si nécessaire, sur un contingent militaire de la Fédération de Russie (lettre commune du 4 février 1994 (Nations Unies, doc. S/1994/125); voir également la déclaration abkhaze-géorgienne du 4 avril 1994). Le Conseil de sécurité ne donna pas suite à cette proposition et, le 14 mai 1994, la Géorgie et l'Abkhazie convinrent, dans l'accord de cessez-le-feu et de séparation des forces, que «[l]es forces de rétablissement de la paix de la Communauté d'Etats indépendants et les observateurs militaires ... ser[aie]nt stationnés dans la zone de sécurité afin de veiller au respect du présent accord». Le 30 juin 1994, le Conseil de sécurité «[n]ot[ait] avec satisfaction le commencement de l'assistance apportée par la Communauté d'Etats indépendants (CEI) dans la zone du conflit, en réponse à la demande des parties» (résolution 934 (1994) du Conseil de sécurité; voir également les résolutions 901 (1994) et 937 (1994) du Conseil de sécurité).

48. Dans les années qui suivirent — et jusqu'au 15 avril 2008 —, le Conseil de sécurité adopta une série de résolutions concernant la situation en Abkhazie (Géorgie) et contenant des éléments récurrents. Il convient à

sages addressing those recurring elements from resolutions adopted in 1994 and 1996. In resolution 937 (1994), the Security Council:

> "*Reaffirming* its commitment to the sovereignty and territorial integrity of the Republic of Georgia, and the right of all refugees and displaced persons affected by the conflict to return to their homes in secure conditions, in accordance with international law and as set out in the Quadripartite Agreement,
>
> *Stressing* the crucial importance of progress in the negotiations under the auspices of the United Nations and with the assistance of the Russian Federation as facilitator and with the participation of representatives of the Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE) to reach a comprehensive political settlement of the conflict, including on the political status of Abkhazia, respecting fully the sovereignty and territorial integrity of the Republic of Georgia, based on the principles set out in its previous resolutions,
>
> . . . . . .
>
> 2. *Calls upon* the parties to intensify their efforts to achieve an early and comprehensive political settlement under the auspices of the United Nations with the assistance of the Russian Federation as facilitator and with the participation of representatives of the CSCE, and *welcomes* the wish of the parties to see the United Nations continue to be actively involved in the pursuit of a political settlement;
> 3. *Commends* the efforts of the members of the CIS directed towards the maintenance of a cease-fire in Abkhazia, Republic of Georgia, and the promotion of the return of refugees and displaced persons to their homes in accordance with the Agreement signed in Moscow on 14 May 1994 in full co-operation with the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and in accordance with the Quadripartite Agreement;
> 4. *Welcomes* the contribution made by the Russian Federation, and indications of further contributions from other members of the CIS, of a peace-keeping force, in response to the request of the parties, pursuant to the 14 May Agreement, in co-ordination with UNOMIG . . . and in accordance with the established principles and practices of the United Nations;
>
> . . . . . .
>
> 9. *Reaffirms* its support for the return of all refugees and displaced persons to their homes in secure conditions, in accordance with international law and as set out in the Quadripartite Agreement . . ."

Similarly, in resolution 1036 (1996), the Security Council:

ce stade de citer des passages dans lesquels figurent ces éléments, tirés de résolutions adoptées en 1994 et 1996. Dans sa résolution 937 (1994), le Conseil de sécurité,

> «*Réaffirmant* son attachement à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la République de Géorgie, et le droit de tous les réfugiés et personnes déplacées touchés par le conflit de retourner en toute sécurité dans leurs foyers, conformément au droit international et ainsi qu'il est énoncé dans l'Accord quadripartite,
>
> *Soulignant* qu'il [était] d'une importance cruciale que des progrès soient accomplis dans les négociations menées sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies avec le concours de la Fédération de Russie en tant que facilitateur et avec la participation de représentants de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) en vue de parvenir à un règlement politique global du conflit, y compris sur le statut politique de l'Abkhazie, respectant pleinement la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République de Géorgie, sur la base des principes énoncés dans ses résolutions antérieures,
>
> . . . . . .
>
> 2. *Demand[ait]* aux parties d'intensifier leurs efforts en vue de parvenir sans tarder à un règlement politique global sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies avec le concours de la Fédération de Russie en tant que facilitateur et avec la participation de représentants de la CSCE, et *se félicit[ait]* que les parties tiennent à ce que l'Organisation des Nations Unies continue de participer activement à la recherche d'un règlement politique;
> 3. *Accueill[ait]* positivement les efforts déployés par les membres de la CEI en vue de maintenir un cessez-le-feu en Abkhazie (République de Géorgie) et de faciliter le retour des réfugiés et des personnes déplacées dans leurs foyers conformément à l'Accord signé à Moscou le 14 mai 1994, avec la pleine coopération du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) et conformément à l'Accord quadripartite;
> 4. *Se félicit[ait]* que la Fédération de Russie ait fourni une force de maintien de la paix et que d'autres membres de la CEI aient indiqué qu'ils y apporteraient de nouvelles contributions, à la demande des parties en application de l'Accord du 14 mai, en coordination avec la MONUG ... et conformément aux principes et pratiques établis des Nations Unies;
>
> . . . . . .
>
> 9. *Réaffirm[ait]* son appui au retour de tous les réfugiés et personnes déplacées dans leurs foyers en toute sécurité, conformément au droit international et ainsi qu'il [était] énoncé dans l'Accord quadripartite...»

De même, dans sa résolution 1036 (1996), le Conseil de sécurité,

"*Stressing* the need for the parties to intensify efforts, under the auspices of the United Nations and with the assistance of the Russian Federation as facilitator, to achieve an early and comprehensive political settlement of the conflict, including on the political status of Abkhazia, fully respecting the sovereignty and territorial integrity of Georgia,

Reaffirming also the right of all refugees and displaced persons affected by the conflict to return to their homes in secure conditions in accordance with international law and as set out in the Quadripartite Agreement of 14 April 1994,

. . . . . .

Noting that the Moscow Agreement of 14 May 1994 on a Cease-fire and Separation of Forces (S/1994/583, Annex I) has generally been respected by the parties with the assistance of the Commonwealth of Independent States (CIS) peacekeeping forces and the United Nations Observer Mission in Georgia (UNOMIG),

Expressing its satisfaction with the close co-operation and co-ordination between UNOMIG and the CIS peace-keeping force in the performance of their respective mandates and *commending* the contribution both have made to stabilize the situation in the zone of conflict,

. . . . . .

3. *Reaffirms* its full support for the efforts of the Secretary-General aimed at achieving a comprehensive political settlement of the conflict, including on the political status of Abkhazia, respecting fully the sovereignty and territorial integrity of Georgia, as well as for the efforts that are being undertaken by the Russian Federation in its capacity as facilitator to intensify the search for a peaceful settlement of the conflict, and *encourages* the Secretary-General to continue his efforts, with the assistance of the Russian Federation as facilitator, and with the support of the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), to that end;

. . . . . .

8. *Calls upon* the parties to improve their co-operation with UNOMIG and the CIS peace-keeping force in order to provide a secure environment for the return of refugees and displaced persons and *also calls upon* them to honour their commitments with regard to the security and freedom of movement of all United Nations and CIS personnel and with regard to UNOMIG inspections of heavy weapons storage sites;
9. *Welcomes* the additional measures implemented by UNOMIG and the CIS peace-keeping force in the Gali region aimed at improving conditions for the safe and orderly return of refugees and displaced persons, and all appropriate efforts in this regard."

«*Soulignant* que les parties [devaient] redoubler d'efforts, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies et avec le concours de la Fédération de Russie en qualité de facilitateur, pour trouver rapidement une solution politique globale au conflit, portant notamment sur le statut politique de l'Abkhazie, dans le plein respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la Géorgie,

Réaffirmant aussi le droit de tous les réfugiés et personnes déplacées touchés par le conflit de retourner en toute sécurité dans leurs foyers, conformément au droit international et comme le prévo[yait] l'Accord quadripartite ... signé le 14 avril 1994

. . . . . .

Constatant que les parties [avaient] respecté de façon générale l'accord de cessez-le-feu et de séparation des forces signé à Moscou le 14 mai 1994 (S/1994/583, annexe I), aidées en cela par la force de maintien de la paix de la Communauté d'Etats indépendants et la Mission d'observation des Nations Unies en Géorgie (MONUG),

Se déclarant satisfait de ce que la MONUG et la force de maintien de la paix de la CEI accompliss[aient] leurs mandats respectifs en coopération et en coordination étroites et *saluant* la contribution qu'elles [avaient] l'une et l'autre apportée à la stabilisation de la situation dans la zone du conflit,

. . . . . .

3. *Réaffirm[ait]* qu'il appu[yait] sans réserve les efforts déployés par le Secrétaire général pour trouver une solution politique globale au conflit, portant notamment sur le statut politique de l'Abkhazie, dans le plein respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la Géorgie, ainsi que l'action que [menait] la Fédération de Russie, en tant que facilitateur, pour activer la recherche d'un règlement pacifique du conflit, et *encourage[ait]* le Secrétaire général à poursuivre ses efforts en ce sens avec l'aide de la Fédération de Russie comme facilitateur et avec le soutien de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE);

. . . . . .

8. *Engage[ait]* les parties à améliorer leur coopération avec la MONUG et la force de maintien de la paix de la CEI afin de créer des conditions de sécurité propices au retour des réfugiés et des personnes déplacées, et les *engage[ait] également* à honorer les engagements qu'elles [avaient] pris en ce qui concerne la sécurité et la liberté de mouvement de tout le personnel des Nations Unies et de la CEI, et l'inspection par la MONUG des dépôts d'armes lourdes;
9. *Accueill[ait]* favorablement les mesures supplémentaires mises en œuvre par la MONUG et la force de maintien de la paix de la CEI dans la région de Gali pour mieux assurer le retour des réfugiés et des personnes déplacées en toute sécurité et en bon ordre, ainsi que toutes les initiatives prises à cette fin.»

As appropriate, the Court refers back to these standard paragraphs and highlights particular elements later in this part of the Judgment.

49. In September 2003 the Council of Heads of States of the CIS, expressing its gravest concern over unsettled problems resulting from the conflict in Abkhazia (Georgia), decided to extend the term of stay and the mandate of the collective peacekeeping forces until a conflicting party requested that the operation should be discontinued, in which event the withdrawal was to be effected within a month; the concluding statement on the meetings between President Putin and President Shevardnadze, held on 6 and 7 March 2003, was essentially to the same effect. It was only after the armed conflict of August 2008 that Georgia made such a request, on 1 September 2008.

4. Documents and Statements from the Period before CERD Entered into Force between the Parties on 2 July 1999

50. The Court recalls that it is examining the documents and statements issued before 2 July 1999 and invoked by Georgia in light of Georgia's contention that its dispute with the Russian Federation "over ethnic cleansing is long-standing and legitimate and not of recent invention" (paragraph 34 above). These earlier documents and statements may help to put into context those documents or statements which were issued or made after the entry into force of CERD between the Parties.

51. The earliest document invoked by Georgia as supporting its submission that it has a dispute with the Russian Federation about racial discrimination is a letter of 2 October 1992 from the Vice-Chairman of the State Council of Georgia to the President of the Security Council (United Nations doc. S/24626). That letter and a related appeal to the CSCE described aspects of the "large-scale offensive" in Abkhazia by "Abkhaz separatists in conjunction with mercenary terrorists", and continued that "[t]he conspiracy of the Abkhaz separatists and the reactionary forces in Russia is quite apparent". Both documents also claimed that the attackers were armed with "tanks and other modern weaponry, the kind the Russian army is currently equipped with". The appeal added that the influx of organized armed groups from the territory of the Russian Federation had increased, by land and sea routes, controlled by the Armed Forces of the Russian Federation. Contrary to the submission made by Georgia to the Court, the statements do not claim the Russian Federation was facilitating ethnic cleansing. Accordingly, the Court does not consider that they are evidence that the Russian Federation was participating in support, sponsorship and defence of the discriminatory activities of the separatist authorities in the early 1990s, as Georgia has alleged.

52. On 17 December 1992 the Georgian Parliament adopted a statement which referred to "the mass shooting of civilian Georgian popula-

Dans la suite de cette partie de l'arrêt, la Cour renverra selon que de besoin à ces dispositions types et portera son attention sur certains de leurs éléments.

49. En septembre 2003, le conseil des chefs d'Etat des pays membres de la CEI, exprimant sa très vive inquiétude au sujet des problèmes résultant du conflit en Abkhazie (Géorgie) restés en suspens, décida de prolonger la présence et le mandat de la force collective de maintien de la paix jusqu'à ce qu'une des parties au conflit demande à ce qu'il soit mis fin à l'opération, auquel cas le retrait devait être effectué dans un délai d'un mois; la déclaration finale faite à l'issue des réunions tenues les 6 et 7 mars 2003 entre les présidents Poutine et Chevardnadze allait dans le même sens. Ce n'est qu'après le conflit armé du mois d'août 2008, le 1er septembre, que la Géorgie formula une telle demande.

4. Les documents et déclarations antérieurs au 2 juillet 1999, date à laquelle la CIEDR est entrée en vigueur entre les Parties

50. La Cour rappelle que, si elle examine les documents et déclarations antérieurs au 2 juillet 1999 qui ont été cités par la Géorgie, c'est en raison de l'affirmation formulée par celle-ci selon laquelle le différend qui l'oppose à la Fédération de Russie «au sujet du nettoyage ethnique existe depuis longtemps, est fondé et n'est pas d'invention récente» (paragraphe 34 ci-dessus). Ces documents et déclarations peuvent aider à replacer dans leur contexte les documents ou déclarations postérieurs à l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties.

51. Le document le plus ancien qu'invoque la Géorgie à l'appui de sa thèse selon laquelle un différend portant sur la discrimination raciale l'oppose à la Russie est une lettre datée du 2 octobre 1992, adressée au président du Conseil de sécurité par le vice-président du Conseil d'Etat de la Géorgie (Nations Unies, doc. S/24626). Cette lettre ainsi qu'un appel connexe adressé à la CSCE relataient certains aspects de «l'offensive de grande envergure» lancée en Abkhazie par «les séparatistes abkhazes, agissant en collusion avec un grand nombre de terroristes mercenaires», et précisaient qu'«il y a[vait] manifestement complot des séparatistes abkhazes et des forces réactionnaires de Russie». Les deux documents indiquaient aussi que les assaillants étaient armés de «chars lourds et d'autres armes modernes, du type de celles dont l'armée russe est actuellement équipée». Il était ajouté dans l'appel que l'afflux de groupes armés organisés depuis le territoire de la Fédération de Russie, par les voies terrestre et maritime contrôlées par les forces armées de celle-ci, s'était intensifié. Contrairement à ce qu'a affirmé la Géorgie devant la Cour, ces déclarations n'indiquent pas que la Fédération de Russie facilitait le nettoyage ethnique. La Cour n'estime donc pas qu'elles prouvent, comme l'avance la Géorgie, que la Fédération de Russie appuyait, encourageait et défendait les agissements discriminatoires des autorités séparatistes au début des années 1990.

52. Le 17 décembre 1992, le Parlement géorgien adopta une déclaration faisant référence aux «très nombreux civils géorgiens tués par balles

tion and the policy of ethnic cleansing" and to "armed Abkhaz separatists together with Russian reactionary forces apparently follow[ing] a violent way of disrupting Georgia's territorial integrity". It continued by listing alleged "immediate involvement of Russian armed forces in the conflict on the side of the extremist separatists". The emphasis throughout is on the alleged use by the Russian Federation of armed force and disruption of Georgia's territorial integrity and sovereignty. The Georgian Parliament does not claim that the Russian Federation had engaged in ethnic cleansing. Accordingly, the Court cannot take the Parliamentary statement into account for the purposes of the present case.

53. In a Note Verbale to the Secretary-General of 25 December 1992, Georgia forwarded a letter from Mr. Shevardnadze, Chairman of the Georgian Parliament and Head of State, about "[t]he illegal penetration of the Georgian territory by foreign nationals fighting for the Abkhaz military units against Georgia . . . Particularly disturbing is the participation of the Russian troops stationed in Abkhazia on the side of Abkhaz extremists." (United Nations doc. S/25026.) Again the emphasis was on the alleged use of armed force and the violation of Georgia's territorial integrity as well as on the peaceful settlement of what was referred to as "the Abkhaz problem". While the letter referred to the bombing of civilian targets by "the reactionary forces ensconced within the political circles of the Russian Federation", the letter distinguishes these forces and circles from the Government of the Russian Federation. Further, it does not mention racial discrimination. For those reasons, the Court does not consider that this letter demonstrates the existence of a dispute between the two Parties about racial discrimination.

54. On 1 April 1993 the Parliament of Georgia, in an appeal to the United Nations, the CSCE and international human rights organizations, stated that a "policy of ethnic cleansing is being implemented in a part of the Georgian territory, Abkhazia, that is controlled by the separatist group of Gudauta, by means of Russian troops". This "policy" it evaluated as a continuation of aggression, aimed at Georgia's territorial integrity and independence. The Georgian Parliament added that "Russia . . . bears full responsibility for the . . . policy". The Georgian Parliament on the same day issued a Decree to the same effect and called on the Council of National Security and Defence of Georgia to take all measures necessary to ensure the return of IDPs to their homes. There is no evidence that this statement and Decree were endorsed by the Georgian Executive. The Court accordingly cannot give them any legal significance for the purposes of the present case.

55. On 27 April 1993 the Georgian Parliament, in a Decree on the withdrawal of Russian Military Units from the conflict zone in Abkhazia, expressed its belief "that the root cause of the tragic events in Abkhazia,

et [à] la politique de nettoyage ethnique», ainsi qu'à «des séparatistes abkhazes armés, soutenus par les forces réactionnaires russes [qui avaient] apparemment emprunté la voie de la violence pour porter atteinte à l'intégrité du territoire géorgien». La déclaration mentionnait ensuite «la participation directe au conflit des forces armées russes, aux côtés des séparatistes extrémistes». Tout au long de cette déclaration, l'accent était mis sur le prétendu emploi de la force armée par la Fédération de Russie et sur la prétendue atteinte à l'intégrité territoriale et à la souveraineté de la Géorgie. En revanche, le Parlement géorgien n'y affirmait pas que la Fédération de Russie se fût livrée au nettoyage ethnique. La Cour ne peut donc tenir compte de cette déclaration aux fins de la présente espèce.

53. Le 25 décembre 1992, la Géorgie transmit au Secrétaire général, sous le couvert d'une note verbale, une lettre de M. Chevardnadze, président du Parlement et chef d'Etat de la République de Géorgie, dans laquelle celui-ci mentionnait «[l']entrée illégale sur le territoire géorgien de ressortissants étrangers, qui se batt[aient] pour le compte des unités militaires abkhazes contre la Géorgie» et la «participation au conflit des troupes russes stationnées en Abkhazie aux côtés des extrémistes abkhazes», jugée «particulièrement troublante» (Nations Unies, doc. S/25026). Là encore, l'accent était mis sur le prétendu emploi de la force armée et sur la violation de l'intégrité territoriale de la Géorgie, ainsi que sur le règlement pacifique de ce qui était présenté comme «le problème abkhaze». Si, dans cette lettre, il était fait état du bombardement d'objectifs civils par «les forces réactionnaires qu'abrit[ai]ent les milieux politiques russes», une distinction était cependant opérée entre ces forces et les cercles gouvernementaux de la Fédération de Russie. De plus, la discrimination raciale n'y était pas mentionnée. En conséquence, la Cour n'estime pas que cette lettre établisse l'existence d'un différend opposant les deux Parties au sujet de la discrimination raciale.

54. Le 1er avril 1993, dans un appel à l'Organisation des Nations Unies, à la CSCE et aux organisations internationales de défense des droits de l'homme, le Parlement géorgien déclarait qu'une «politique de nettoyage ethnique [était] ... mise en œuvre sur une partie du territoire géorgien, l'Abkhazie, ... contrôlée par un groupe séparatiste de Goudaouta, aidé des troupes russes». Cette «politique» était considérée comme le prolongement de l'agression contre l'intégrité territoriale et l'indépendance de la Géorgie. Le Parlement géorgien ajoutait que «[l]a Russie ... port[ait] l'entière responsabilité de la politique susmentionnée». Le même jour, le Parlement géorgien prenait un décret dans le même sens et appelait le conseil pour la sécurité et la défense nationales de la Géorgie à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le retour des personnes déplacées. Rien n'atteste que cette déclaration et ce décret aient été approuvés par l'exécutif géorgien. La Cour ne peut donc leur accorder aucune valeur juridique aux fins de la présente espèce.

55. Le 27 avril 1993, dans un décret sur le retrait des unités militaires russes de la zone de conflit en Abkhazie, le Parlement géorgien, se déclarant convaincu que «la cause première des événements tragiques en

Georgia is the Russian Federation's attempt to annex, in fact, a part of the territory of Georgia" and decreed that "[t]he Head of State of Georgia shall appeal to the President of the Russian Federation to withdraw the Russian troops from Abkhazia". It recited that "[g]enocide and ethnic cleansing of the Georgian population is taking place in the territory under the control of the Russian troops and Abkhaz separatists". The recital to the Decree alleged that the Russian Federation had violated the Moscow Agreement of 3 September 1992 (see paragraph 44 above). On the record before the Court, the Georgian Government did not make the appeal which the Parliament had decreed. What the record does show is that Russian Federation armed forces remained in Georgia under the various agreements reached in the early 1990s until the time of the armed conflict in August 2008 (paragraph 49 above). Taking account of the Parliamentary character of the Decree, the fact that it was not followed up by the Georgian Executive, and its emphasis on withdrawal of the troops rather than on ethnic cleansing, the Court cannot give it any legal significance for the purposes of the present case.

56. On 20 September 1993, President Shevardnadze in a letter forwarded to the President of the Security Council wrote from "besieged Sukhumi". He said that "[t]his land has been a cradle to both Georgians and Abkhaz" but that the Moscow Agreement of 3 September 1992 "was trampled by the boots of the mercenaries". He did not doubt the sincerity of the efforts of the President of the Russian Federation to promote a settlement to the conflict; "in this, however, he is impeded by the same force which is trying to crush us". He continued:

> "That notwithstanding, I appeal once again to Boris Nikolaevich Yeltsin, to the United Nations Security Council and Mr. Boutros-Ghali, to the entire progressive and democratic Russian nation and to all the peoples of the world: do not allow this monstrous crime to be committed, halt the execution of a small country and save my homeland and my people from perishing in the fires of imperial reaction. The world must not condone the annihilation of one of its most ancient nations, the creator of a great culture and heir to exalted spiritual traditions." (United Nations doc. S/26472.)

Given that appeal and the reference in the letter to Abkhazia being "the fuse with which [the Abkhaz separatists] intend to blow up not only Shevardnadze's Georgia but also Yeltsin's Russia", the Court does not consider that this letter can be read as Georgia making a claim regarding racial discrimination against the Government of the Russian Federation.

57. In a letter of 12 October 1993, the Georgian President requested a meeting of the Security Council. The letter began with a reference to the "savage massacre of the civilian population [by the Gudauta armed

Abkhazie (Géorgie) [était] la tentative d'annexion, dans les faits, d'une partie du territoire de la Géorgie par la Fédération de Russie», décidait que «le chef de l'Etat géorgien ... appelle[rait] le président de la Fédération de Russie à retirer les troupes russes d'Abkhazie». Le Parlement considérait qu'«un génocide et un nettoyage ethnique de la population géorgienne [étaient en cours] sur le territoire contrôlé par les troupes russes et les séparatistes abkhazes». Il considérait aussi que la Fédération de Russie avait violé l'accord de Moscou du 3 septembre 1992 (voir paragraphe 44 ci-dessus). Ainsi qu'il ressort du dossier soumis à la Cour, le Gouvernement géorgien n'a pas donné suite à ce décret. Le dossier montre à l'inverse que les forces armées de la Fédération de Russie restèrent en Géorgie en vertu des divers accords conclus au début des années 1990 et ce, jusqu'au conflit armé d'août 2008 (paragraphe 49 ci-dessus). Etant donné que ce décret était de nature parlementaire, que l'exécutif géorgien n'y a pas donné suite et qu'il mettait l'accent sur le retrait des troupes et non sur le nettoyage ethnique, la Cour ne peut y accorder aucune valeur juridique aux fins de la présente espèce.

56. Le 20 septembre 1993, dans une lettre transmise au président du Conseil de sécurité, le président Chevardnadze lança un appel depuis «Soukhoumi assiégée». Il y écrivait que «[c]ette terre [était] le berceau à la fois des Géorgiens et des Abkhazes», mais que l'accord de Moscou du 3 septembre 1992 «était foulé aux pieds par les mercenaires». Le président Chevardnadze ne mettait pas en doute la sincérité des efforts que déployait le président de la Fédération de Russie pour promouvoir un règlement du conflit, précisant ce qui suit: «en cela il se heurte à la même force qui essaie de nous écraser». Le président Chevardnadze poursuivait en ces termes:

> «Quoi qu'il en soit, je lance un nouvel appel à Boris Nikolayevitch Eltsine, au Conseil de sécurité de l'ONU et à M. Boutros-Ghali, à toute la [nation russe] progressiste et démocratique et à l'ensemble de la communauté mondiale: ne permettez pas que ce crime monstrueux soit commis, arrêtez l'exécution d'un petit pays et sauvez ma patrie et mon peuple de la mort sur le bûcher de la réaction impériale. Le monde ne doit pas accepter l'annihilation d'une de ses nations les plus anciennes, architecte d'une grande culture et héritière de hautes traditions spirituelles.» (Nations Unies, doc. S/26472.)

De tels propos, et la comparaison qui est faite dans la lettre entre l'Abkhazie et «la mèche avec laquelle [les séparatistes abkhazes] veulent faire sauter non seulement la Géorgie de Chevardnadze, mais aussi la Russie d'Eltsine», portent la Cour à considérer que ce document ne saurait être interprété comme la formulation par la Géorgie d'une accusation de discrimination raciale contre le Gouvernement de la Fédération de Russie.

57. Dans une lettre datée du 12 octobre 1993, le président géorgien demanda la tenue d'une réunion du Conseil de sécurité. Après avoir fait état du «massacr[e] sauvag[e] [de] la population civile» par les groupes

groups]". It declared the belief of the Georgian Republic that the facts about ethnic cleansing and genocide of the peaceful population in Abkhazia required a severe condemnation by the Council. "If we take into consideration multiple statements by Abkhaz separatists, we need to acknowledge that there is a serious threat placed upon the territorial integrity of the Georgian Republic." He expected the Council to use its authority "to coerce Abkhaz leaders to cease their abominable violations of human dignity and the heartless slaughter of these persecuted ethnic Georgians", and expressed the hope that the Council would instruct all United Nations members to desist in their support of Abkhaz separatists. The only reference to the Russian Federation was to the fact that the Gudauta side was "equipped with state-of-the-art weapons, currently at the disposal of the Russian military forces" (United Nations doc. S/26576). Given that the only reference to the Russian Federation in the letter was an incidental one, and that the letter emphasized the responsibility of Abkhaz separatists, the Court does not consider that the letter makes a relevant claim against the Russian Federation.

58. On 12 October 1994, the Georgian Parliament in a statement about the situation in the Georgian-Abkhaz conflict zone said it had become "extremely tense again". The statement made various allegations against "the Abkhaz separatists", in particular relating to their impeding the return of thousands of refugees. All the "facts ha[d] taken place in the 'security zone', which must be controlled by the peacekeepers of the Russian Federation". The statement concludes by rejecting any separation of Abkhazia from Georgia and calling on the international organizations involved in the peace process and the Russian Federation for the release of kidnapped people and the suppression of any attempt of disrupting the peace process. The Court is unable to see any claim against the Russian Federation of a breach of its obligations relating to the elimination of racial discrimination in that Parliamentary statement.

59. The Georgian Parliament on 17 April 1996 adopted a resolution on measures for the settlement of the conflict in Abkhazia. It stated that "separatist forces", using the most severe methods, through ethnic cleansing and genocide, had separated Abkhazia from Georgia for the time being. It continued:

> "Despite long-standing negotiations between the sides participating in the conflict of Abkhazia under the auspices of the UN and mediated by Russia, the intransigent stand of separatists obstructed compromise on the questions of the repatriation of hundreds of thousands of refugees and the determination of the status of Abkhazia within the territory of Georgia. The separatist regime uses every means to strengthen its military potential, to set up independent state structures and attributes, to distort history, and to spread misanthropic racist

armés de Goudaouta, il déclarait, au nom de la République de Géorgie, que le nettoyage ethnique et le génocide de la population pacifique d'Abkhazie devaient être condamnés avec force par le Conseil. «Si nous en croyons les multiples déclarations des séparatistes abkhazes, une lourde menace pèse sur l'intégrité territoriale de la République de Géorgie.» Le président géorgien se disait convaincu que le Conseil de sécurité userait de son autorité «pour contraindre les dirigeants abkhazes à mettre fin à leurs abominables atteintes à la dignité humaine et au massacre impitoyable des Géorgiens de souche» et exprimait le vœu que le Conseil demande à tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies de cesser d'apporter leur appui aux séparatistes abkhazes. La Fédération de Russie n'était mentionnée qu'une fois, à propos de la partie de Goudaouta qui était équipée «des armes les plus modernes dont dispos[aient] ... les forces militaires russes» (Nations Unies, doc. S/26576). Etant donné que la seule référence à la Fédération de Russie dans la lettre en question était indirecte et que l'accent était mis sur la responsabilité des séparatistes abkhazes, la Cour estime que ce document ne contient pas de grief pertinent à l'encontre de la Fédération de Russie.

58. Le 12 octobre 1994, dans une déclaration sur la situation dans la zone de conflit entre la Géorgie et l'Abkhazie, le Parlement géorgien affirmait que «les tensions [s'étaient] de nouveau exacerbées». Cette déclaration contenait plusieurs accusations portées contre «les séparatistes abkhazes», ayant trait notamment au fait qu'ils empêchaient le retour de milliers de réfugiés. Tous les «événements susmentionnés [s'étaient] déroulés dans la «zone de sécurité», qui [devait] être contrôlée par la force de maintien de la paix de la Fédération de Russie». A la fin de sa déclaration, le Parlement rejetait toute séparation de l'Abkhazie d'avec la Géorgie et demandait aux organisations internationales engagées dans le processus de paix et à la Fédération de Russie de faire en sorte que les personnes enlevées soient libérées et que cesse toute tentative de perturbation du processus de paix. La Cour ne voit dans cette déclaration du Parlement géorgien aucun grief fait à la Fédération de Russie d'avoir violé les obligations qui lui incombent en matière d'élimination de la discrimination raciale.

59. Le 17 avril 1996, le Parlement géorgien adopta une résolution sur les mesures de règlement du conflit en Abkhazie. Il y indiquait que les «forces séparatistes», recourant aux méthodes les plus extrêmes, à savoir le nettoyage ethnique et le génocide, avaient pour l'heure séparé l'Abkhazie de la Géorgie. Le Parlement poursuivait:

> «Malgré de longues négociations entre les parties au conflit en Abkhazie, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies et avec la médiation de la Russie, la position intransigeante des séparatistes a bloqué la voie du compromis sur les questions du rapatriement de centaines de milliers de réfugiés et de la définition du statut de l'Abkhazie à l'intérieur du territoire de la Géorgie. Le régime séparatiste use de tous les moyens pour renforcer son potentiel militaire, établir les structures et les attributs d'un Etat indépendant, déformer

> ideology. The CIS Heads of States decisions taken in Almaty, Minsk and Moscow are not implemented. The separatists with the support of external forces purposefully and unilaterally violate these agreements. Peacekeeping forces, designated by Russia in agreement with the CIS and the UN, to this day are unable to fulfill their function. They failed to secure the safety of the population, to prevent ethnic cleansing and genocide of the Georgian population, to render a real assistance to return refugees and internally displaced people to their homes."

The Parliamentary resolution referred to the Russian Federation "as an interested side", along with the United Nations, and not as a participant in the conflict. The only other references to the Russian Federation were to the mandate and to the withdrawal of the peacekeeping forces:

> "As the Russian peacekeeping forces under the CIS mandate cannot provide the safe return of internally displaced persons and refugees and the protection of their lives and dignity, and in the event that the current mandate is retained and Georgian proposals are not considered in a new mandate, then the peacekeeping operations shall be considered as having no prospects and peacekeeping forces shall be withdrawn within two month's time."

Again there is no claim regarding the Russian Federation's compliance with its obligations relating to the elimination of racial discrimination. Rather, the claim is that the peacekeeping forces are unable to fulfil their functions. Accordingly, the Court sees this Parliamentary resolution as having no legal significance for the purposes of the present case.

60. On 30 May 1997 the Georgian Parliament issued a "Decree on the Further Presence of Armed Forces of the Russian Federation Deployed in the Zone of Abkhaz Conflict under the Auspices of the Commonwealth of Independent States". Like the Decree described in paragraph 55, it dealt with the withdrawal of the Russian Federation troops, but only in certain circumstances. It notes in its first sentence that "no tangible progress has been achieved, either in terms of return of refugees and IDPs to their homes or in terms of restoration of jurisdiction of Georgia in Abkhazia". The peacekeeping forces, it continued, "carr[ied] out the function of border forces, thereby substantially supporting and strengthening the separatist regime of Abkhazia, which . . . opposes . . . step by step return of refugees and IDPs to their homes". But those Parliamentary statements provide arguments for the proposed actions relating to the withdrawal of troops and do not expressly allege breaches by the Rus-

> l'histoire et propager une idéologie raciste et haineuse. Les décisions des chefs d'Etat de la CEI prises à Almaty, Minsk et Moscou ne sont pas appliquées. Avec le soutien de forces extérieures, les séparatistes enfreignent ces accords de manière délibérée et unilatérale. La force de maintien de la paix, constituée par la Russie en accord avec la CEI et l'Organisation des Nations Unies, n'est pas, à ce jour, en mesure de remplir sa mission. Elle n'est pas parvenue à assurer la sécurité de la population, à empêcher le nettoyage ethnique et le génocide de la population géorgienne, à apporter une aide réelle au retour dans leurs foyers des réfugiés et des personnes déplacées.»

Dans cette résolution du Parlement géorgien, la Fédération de Russie était présentée comme «une partie intéressée», au même titre que l'Organisation des Nations Unies, et non comme une partie au conflit. Les seules autres références à la Fédération de Russie concernaient le mandat et le retrait de la force de maintien de la paix:

> «La force de maintien de la paix russe sous mandat de la CEI n'étant pas en mesure d'assurer le retour en toute sécurité des populations déplacées et des réfugiés, ni de protéger leur vie et leur dignité, il faudra considérer, dans l'hypothèse où le mandat actuel serait maintenu et où les propositions de la Géorgie ne seraient pas prises en compte dans le cadre d'un nouveau mandat, que les opérations de maintien de la paix n'ont aucune chance de réussir et retirer la force de maintien de la paix dans un délai de deux mois.»

Là encore, aucun grief relatif au respect par la Fédération de Russie des obligations qui lui incombent en matière d'élimination de la discrimination raciale n'était formulé; le Parlement géorgien se plaignait de ce que la force de maintien de la paix n'était pas en mesure de remplir sa mission. Aussi la Cour estime-t-elle que cette résolution parlementaire est dépourvue de portée juridique aux fins de la présente espèce.

60. Le 30 mai 1997, le Parlement géorgien prit un décret «sur la prorogation de la présence des forces armées de la Fédération de Russie déployées dans la zone du conflit abkhaze sous l'égide de la Communauté des Etats indépendants». Comme celui qui a été mentionné au paragraphe 55, ce décret envisageait le retrait des troupes russes mais, à la différence de ce dernier, dans certaines circonstances uniquement. Dans la première phrase, le Parlement relevait qu'«aucune avancée concrète n'a[vait] été réalisée, qu'il s'agisse du retour des réfugiés et des personnes déplacées ou du rétablissement de la souveraineté de la Géorgie en Abkhazie». Selon lui, la force de maintien de la paix remplissait «la fonction de force de contrôle aux frontières, apportant ainsi un soutien et un renfort considérables au régime séparatiste d'Abkhazie ... qui s'oppos[ait] au retour progressif des réfugiés et des personnes déplacées». Or, par de telles déclarations, le Parlement géorgien exposait les raisons de proposer

sian Federation. In the opinion of the Court, they provide no basis for finding that a dispute exists between the two Parties concerning the Russian Federation's compliance with its obligations owed to Georgia relating to the elimination of racial discrimination.

61. The Georgian Parliament on 27 May 1998 made a statement that: "The recent tragedy in Gali District once again demonstrated that the Abkhaz separatists continue the implementation of the policy of genocide and ethnic cleansing in the territory occupied by them." It continued with references to "the Abkhaz separatists" and the "armed separatists", and stated that

> "[t]he Russian peacekeeping forces, deployed in the region under the auspices of the Commonwealth of Independent States, did nothing to confront the actions of the Abkhaz side. Instead, in a number of cases, they assisted separatists in conducting punitive operations against the peaceful population.
>
> The conduct of peacekeepers during the 20-26 May events in Gali District, amounted to a gross violation of bilateral and multilateral agreements, total ignorance of decisions by the Council of CIS Heads of States and of the UN Security Council.
>
> The Parliament of Georgia declares that together with the separatist leaders, the CIS peacekeeping forces are to a large extent responsible for the tragedy in Gali District, as they in fact facilitated raids against the peaceful population and destruction of villages in their entirety."

There is no evidence that this Parliamentary statement, directed at "separatists" and alleging violations of agreements which could not at that time have included CERD, was known to the authorities of the Russian Federation. Those authorities would, by contrast, have known that on 26 May 1998 Georgia had written to the President of the Security Council referring to "the recent tragic events that have taken place in the Gali region of Abkhazia, Georgia". That letter discussed the actions of "the armed Abkhaz military units" and, referring to one situation, stated that "the interference of the Commonwealth of Independent States (CIS) peacekeepers averted the massacre of the Georgian population" (United Nations doc. S/1998/432). The letter continues that the CIS peacekeepers "have so far been unable to prevent the carnage", not that they were supporting or participating in it.

62. On 16 June 1998, the Georgian Permanent Mission again wrote to the President of the Security Council expressing Georgia's "extreme indignation in connection with the developments in the Gali district . . . where the ethnic cleansing of the Georgian population is continuing

des mesures relatives au retrait de troupes et ne formulait pas d'allégations expresses de violations commises par la Fédération de Russie. De l'avis de la Cour, ces déclarations ne permettent donc pas de conclure à l'existence d'un différend opposant les deux Parties au sujet du respect par la Fédération de Russie de ses obligations envers la Géorgie en matière d'élimination de la discrimination raciale.

61. Dans une déclaration faite le 27 mai 1998, le Parlement géorgien affirmait que «la tragédie survenue récemment dans le district de Gali a[vait] de nouveau démontré que les séparatistes [abkhazes] continu[aient] de mettre en œuvre une politique de génocide et de nettoyage ethnique sur le territoire qu'ils occupaient». Après avoir mentionné les «séparatistes abkhazes» et les «séparatistes armés», le Parlement affirmait:

> «[l]a force russe de maintien de la paix, déployée dans la région sous l'égide de la Communauté d'Etats indépendants, n'a rien tenté pour s'opposer aux agissements de la partie abkhaze. Bien au contraire, dans un certain nombre de cas, elle a aidé les séparatistes à mener des expéditions punitives contre la population pacifique.
>
> Le comportement de la force de maintien de la paix pendant les événements des 20-26 mai dans le district de Gali constitue une violation flagrante des accords bilatéraux et multilatéraux et traduit un mépris total des décisions du conseil des chefs d'Etat de la CEI et du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.
>
> Le Parlement géorgien déclare que, au même titre que les dirigeants séparatistes, la force de maintien de la paix est responsable dans une large mesure de la tragédie du district de Gali, car elle a en réalité facilité les attaques contre la population pacifique et la destruction totale des villages.»

Rien n'atteste que les autorités de la Fédération de Russie aient eu connaissance de cette déclaration du Parlement géorgien visant les «séparatistes» et contenant des allégations selon lesquelles des accords qui ne pouvaient, à l'époque, inclure la CIEDR auraient été violés. Ces autorités savaient en revanche que, le 26 mai 1998, le représentant permanent de la Géorgie avait adressé au président du Conseil de sécurité une lettre l'informant «[d]es événements tragiques récemment survenus dans la région de Gali, en Abkhazie (Géorgie)». Cette lettre mentionnait les opérations menées par les «unités [militaires] armées abkhazes», ainsi qu'un cas dans lequel «l'intervention des forces de maintien de la paix de la Communauté d'Etats indépendants (CEI) a[vait] évité le massacre de la population géorgienne» (Nations Unies, doc. S/1998/432). Il y était ensuite précisé que les forces de maintien de la paix de la CEI «n'[avaient] pas été en mesure, jusqu'à présent, d'empêcher le carnage», et non qu'elles l'appuyaient ou y prenaient part.

62. Le 16 juin 1998, la mission permanente de la Géorgie écrivit de nouveau au président du Conseil de sécurité pour lui faire part de la profonde indignation de la Géorgie face à «l'évolution de la situation dans le district de Gali ... où le nettoyage ethnique de la population géorgienne se pour-

openly". All the actions described in the statement are attributed to "so-called Abkhaz militia forces" and "Abkhaz separatist leaders". The statement concluded by expressing the Government's "confidence in the ability of international political organizations, first of all, the United Nations and the Commonwealth of Independent States, to assess the situation that has come about and take urgent measures" (United Nations doc. S/1998/516). Again, the Court observes the lack of any allegation directed at the Russian Federation regarding compliance with its international obligations. On the contrary, Georgia was looking to the Russian Federation, in its role within the Security Council and the CIS, to address the situation. Accordingly, the Court cannot give any legal significance to this letter for the purposes of this case.

63. The Court has now reviewed the documents and statements which Georgia invokes to demonstrate that in the period before it became bound by CERD it had a dispute with the Russian Federation about racial discrimination by the latter, especially Russian Federation forces, against ethnic Georgians. The Court concludes that none of the documents or statements provides any basis for a finding that there was such a dispute by July 1999. The reasons appear in the foregoing paragraphs in respect of each document or statement. They relate to the author of the statement or document, their intended or actual addressee, and their content. Several of the documents and statements emanated from the Georgian Parliament or Parliamentary Officers and were neither endorsed nor acted upon by the Executive. Finally, so far as the subject-matter of each document or statement is concerned, it complains of actions by the Abkhaz authorities, often referred to as "separatists", rather than by the Russian Federation; or the subject-matter of the complaints is the alleged unlawful use of force, or the status of Abkhazia, rather than racial discrimination; and, where there is a possibly relevant reference, usually to the impeding of return of refugees and IDPs, it is as an incidental element in a larger claim — about the status of Abkhazia, the withdrawal of the Russian Federation troops or the alleged unlawful use of force by them.

64. It follows from this general finding of the Court and the specific findings made in earlier paragraphs that Georgia has not, in the Court's opinion, cited any document or statement made before it became party to CERD in July 1999 which provides support for its contention that "the dispute with Russia over ethnic cleansing is long-standing and legitimate and not of recent invention" (paragraph 34 above). The Court adds that even if this were the case, such dispute, though about racial discrimination, could not have been a dispute with respect to the interpretation or application of CERD, the only kind of dispute in respect of which the Court is given jurisdiction by Article 22 of that Convention.

sui[vait] ouvertement». Tous les actes mentionnés dans cette lettre étaient attribués aux «prétendues milices abkhazes» et aux «dirigeants séparatistes abkhazes». En conclusion, il était indiqué que le Gouvernement géorgien était «convaincu que les organisations politiques internationales, et en premier lieu l'Organisation des Nations Unies et la Communauté d'Etats indépendants, saur[aient] évaluer la situation et prendre d'urgence les mesures qui s'impos[aient]» (Nations Unies, doc. S/1998/516). La Cour relève une fois de plus l'absence de toute allégation à l'encontre de la Fédération de Russie concernant le non-respect de ses obligations internationales. Bien au contraire, la Géorgie comptait sur la Fédération de Russie, de par son rôle au sein du Conseil de sécurité et de la CEI, pour remédier à la situation. Aussi la Cour ne saurait-elle accorder aucune valeur juridique à cette lettre aux fins de la présente espèce.

63. Ayant examiné les documents et déclarations que la Géorgie invoque pour démontrer que, pendant la période où elle n'était pas encore liée par la CIEDR, un différend l'opposait à la Fédération de Russie au sujet d'actes de discrimination raciale commis par celle-ci, et plus particulièrement par ses forces armées, à l'encontre de Géorgiens de souche, la Cour conclut qu'aucun de ces documents ou déclarations ne permet d'établir qu'un tel différend existait en juillet 1999. Les motifs de cette conclusion sont donnés, pour chacun d'entre eux, dans les paragraphes qui précèdent. Ces motifs tiennent aux auteurs des déclarations ou documents, aux personnes auxquelles ils étaient destinés ou qui en ont effectivement eu connaissance et à leur contenu. Plusieurs de ces documents et déclarations émanaient du Parlement géorgien ou de représentants du Parlement ; l'exécutif ne les a pas entérinés et ne leur a pas donné suite. Enfin, sur le plan du contenu, ces documents ou déclarations dénonçaient tous des actes commis par les autorités abkhazes, souvent qualifiées de «séparatistes», et non par la Fédération de Russie; ou le prétendu emploi illicite de la force, ou le statut de l'Abkhazie et non la discrimination raciale; et, lorsque des faits invoqués — en général des obstacles mis au retour des réfugiés et des personnes déplacées — semblent éventuellement pertinents, ils s'inscrivent de manière incidente dans le cadre d'une revendication plus vaste, concernant le statut de l'Abkhazie, le retrait des troupes russes ou le prétendu emploi illicite de la force par celles-ci.

64. De l'avis de la Cour, il ressort de cette conclusion générale et des conclusions spécifiques tirées dans les paragraphes précédents que la Géorgie ne s'est référée à aucun document ou déclaration antérieur à la date à laquelle elle est devenue partie à la CIEDR (juillet 1999) et attestant, comme elle l'affirme, que «le différend avec la Russie au sujet du nettoyage ethnique existe depuis longtemps, qu'il est fondé, et qu'il ne s'agit pas d'une invention récente» (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour ajoute que, même si tel était le cas, ce différend, bien que concernant la discrimination raciale, n'aurait pu toucher à l'interprétation ou à l'application de la CIEDR ; cet instrument, en son article 22, ne donne compétence à la Cour que pour connaître des différends qui le concernent.

5. Documents and Statements from the Period after CERD Entered into Force between the Parties and before August 2008

65. It is convenient first of all to consider as a group the reports made after 1999 by the two Parties to treaty monitoring committees. These reports relate to CERD, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT). Georgia in its first report to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, submitted in 2000, said this:

> "Georgia unreservedly condemns any policy, ideology or practice conducive to racial hatred or any form of 'ethnic cleansing' such as that practised in the Abkhaz region of Georgia following the armed conflict of 1992-1993. Hundreds of thousands of displaced persons, a large majority of whom are women, elderly persons and children, lost their homes and means of survival and became exiles in their own country. Such has been the outcome of the policy pursued by the authorities of the self-proclaimed 'Republic of Abkhazia', the aim of which has been to 'cleanse' the region of Georgians and — in many cases — representatives of other nationalities as well. Georgia firmly believes that a policy founded on racial hatred is a fundamental infringement of human rights and should be unconditionally proscribed, condemned and eliminated." (United Nations doc. CERD/C/369/Add.1.)

The Court observes that this passage — the only one invoked by Georgia — directs no criticism against the Russian Federation, nor was such criticism made by the Georgian representative before the Committee, by any member of the Committee or by the Committee in its concluding observations (United Nations docs. CERD/C/SR.1453, CERD/C/304/Add.120, CERD/C/SR.1454). Indeed, the Georgian representative before the Committee said that her Government was currently involved in negotiations to resolve the complicated situation and that the Russian Federation might have an important part to play in that regard.

66. Georgia quotes this passage from its combined second and third reports to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination submitted on 21 July 2004:

> "Under this article of the Convention, it must be reiterated that, owing to the continuing political crisis in Abkhazia and South Ossetia, during the reporting period Georgia was not in a position to protect citizens of these regions from criminal acts. In this connection, it should be stressed that Georgia does not absolve itself of responsibility for the situation in this part of its territory, which includes its responsibility to safeguard human rights and freedoms." (United Nations doc. CERD/C/461/Add.1.)

5. Les documents et déclarations postérieurs à l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties et antérieurs au mois d'août 2008

65. Il convient tout d'abord d'examiner dans leur ensemble les rapports que les deux Parties ont présentés après 1999 aux organes de suivi des traités. Ces rapports ont trait à la CIEDR, au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, au pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans son premier rapport au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, présenté en 2000, la Géorgie déclarait ce qui suit :

> «La Géorgie condamne sans réserve toute politique, idéologie ou pratique de nature à favoriser la haine raciale ou toute forme «d'épuration ethnique», comme cela est arrivé dans la partie abkhaze de la Géorgie à la suite du conflit armé de 1992-1993, au cours duquel des centaines de milliers de personnes déplacées, pour la plupart des femmes, des personnes âgées et des enfants, ont perdu leurs maisons et leurs moyens de subsistance, devenant des exilés dans leur propre pays. Tel fut le résultat de la politique appliquée par les autorités de la prétendue «République d'Abkhazie», qui avait pour but de «chasser» de la région les Géorgiens — et, dans beaucoup de cas, les membres de plusieurs autres nationalités. La Géorgie est fermement convaincue que toute politique fondée sur la haine raciale est une violation fondamentale des droits de l'homme et doit être interdite, condamnée et éliminée sans condition.» (Nations Unies, doc. CERD/C/369/Add.1.)

La Cour fait observer que ce passage, le seul cité par la Géorgie, ne contient aucune critique à l'encontre de la Fédération de Russie, et qu'il n'en fut pas davantage formulé par la représentante de la Géorgie devant le Comité, par un membre du Comité ou par le Comité lui-même dans ses observations finales (Nations Unies, doc. CERD/C/SR.1453, doc. CERD/C/304/Add.120, doc. CERD/C/SR.1454). La représentante de la Géorgie déclara même que son Gouvernement essayait de régler cette situation complexe par la négociation et que la Fédération de Russie pourrait avoir un rôle important à jouer à cet égard.

66. La Géorgie cite le passage ci-après, extrait des deuxième et troisième rapports qu'elle présenta le 21 juillet 2004 au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale :

> «En ce qui concerne l'application de l'article visé de la Convention, il convient de noter que, vu l'absence de règlement politique des conflits touchant l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud, le Gouvernement géorgien n'est toujours pas en mesure d'assurer la protection des habitants de ces régions contre les actes criminels. Toutefois, il ne renonce pas à assumer sa responsabilité en ce qui concerne la situation dans cette partie du territoire du pays, y compris pour les questions relatives à la protection des libertés et des droits de l'homme.» (Nations Unies, doc. CERD/C/461/Add.1.)

Again, the Court observes that the passage directs no criticism against the Russian Federation, nor did the Georgian representative appearing before the Committee or any member of the Committee or the Committee itself (United Nations doc. CERD/C/SR.1706).

67. In reporting in 2006 to the Committee against Torture (United Nations doc. CAT/C/SR.699), Georgia stated that:

> "A particular problem arose in Abkhazia, where Russian peacekeepers were in some instances aiding or abetting criminal separatists and were thereby, actively or by omission, contributing to human rights violations in the region. Most of the human rights violations in the territory affected ethnic Georgians, and the *de facto* authorities in Abkhazia bore a heavy responsibility for such violations."

Although there was some criticism of the Russian Federation here, this did not amount to an allegation against the Russian Federation regarding the latter's compliance with its obligations relating to the elimination of racial discrimination under CERD.

68. The Russian Federation in its submissions calls attention to the fact that Georgia, in reporting on its implementation of the two International Covenants on human rights, including in its report on the ICCPR in 2006 (United Nations doc. CCPR/C/GEO/3), similarly directed no criticism regarding racial discrimination against the Russian Federation; Georgia did not contest this submission. The Russian Federation also notes that under CERD, Georgia had available to it the procedure for State to State complaints provided in Articles 11 to 13.

69. The Court observes that a State may claim that another State is in breach of its obligations under CERD without initiating that process. It also observes that in general the process under which States report on a regular basis to the monitoring committees operates between the reporting State and the committee in question; it is a process in which the State reports on the steps which it has taken to implement the treaty. The process is not designed to involve other States and their obligations. Taking account of those features and of the actual reports referred to in this case, the discussions of and the observations on them, the Court does not consider that in this particular case the reports to the committees are significant in determining the existence of a dispute.

70. In respect of other post-July 1999 statements, Georgia begins by referring to a meeting on 14 September 2000 at which its Ambassador in Moscow observed to the Deputy Chairperson of the State Duma of the Russian Federation that representatives of the legislative and executive bodies and other bodies of the Russian Federation had established active

La Cour relève une fois de plus que ce passage ne contient pas de critique à l'encontre de la Fédération de Russie, et qu'il n'en fut pas davantage formulé par le représentant de la Géorgie devant le Comité, par un membre du Comité ou par le Comité lui-même (Nations Unies, doc. CERD/C/SR.1706).

67. Dans le rapport qu'elle présenta en 2006 au Comité contre la torture (Nations Unies, doc. CAT/C/SR.699), la Géorgie déclarait ce qui suit :

> « Un problème particulier a surgi en Abkhazie, où la force russe de maintien de la paix aidait et encourageait dans certains cas les séparatistes criminels et, ce faisant, contribuait directement ou par omission aux violations des droits de l'homme dans cette région. La plupart des violations des droits de l'homme commises sur ce territoire visaient les Géorgiens de souche, et les autorités *de facto* en Abkhazie portent une lourde responsabilité à cet égard. »

Même si elle formulait certaines critiques à l'encontre de la Fédération de Russie, la Géorgie n'alléguait pas que celle-ci n'avait pas respecté les obligations que la CIEDR lui imposait en matière d'élimination de la discrimination raciale.

68. Dans ses écritures, la Fédération de Russie appelle l'attention sur le fait que la Géorgie, dans les rapports qu'elle a présentés sur la mise en œuvre des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, y compris celui de 2006 concernant le pacte international relatif aux droits civils et politiques (Nations Unies, doc. CCPR/C/GEO/3), n'a pas non plus formulé à son encontre de critique concernant la discrimination raciale ; la Géorgie ne le conteste pas. La Fédération de Russie note aussi que la Géorgie pouvait se prévaloir de la procédure de plainte interétatique instituée par les articles 11 à 13 de la CIEDR.

69. La Cour fait observer qu'un Etat peut faire grief à un autre Etat d'agir en violation des obligations que lui impose la CIEDR sans pour autant engager la procédure susmentionnée. Elle relève aussi que, en général, les mécanismes selon lesquels les Etats font régulièrement rapport aux organes de surveillance s'appliquent entre l'Etat qui présente son rapport et le comité compétent ; l'Etat intéressé rend compte des mesures qu'il a prises pour mettre en œuvre le traité. Ce type de mécanisme n'est pas conçu pour faire intervenir d'autres Etats et ne concerne pas leurs obligations. Au vu de ces éléments et des rapports auxquels il a été fait référence dans la présente affaire, ainsi que des discussions et observations que ces derniers ont suscitées, la Cour estime que, en l'espèce, les rapports présentés aux comités ne permettent pas de se prononcer sur l'existence d'un différend.

70. Pour ce qui est des autres déclarations postérieures au mois de juillet 1999, la Géorgie commence par faire état d'une réunion, tenue le 14 septembre 2000, à laquelle son ambassadeur à Moscou fit observer au vice-président de la Douma que des représentants des organes législatif et exécutif et d'autres organes de la Fédération de Russie avaient activement

contacts with the separatist régime of Abkhazia. The Georgian notes of that meeting, contrary to Georgia's submission to the Court, make no reference to ethnic cleansing but do refer to the deadlock in negotiations caused by the Abkhazian separatist administration.

71. The next document invoked by Georgia is a resolution adopted by the Georgian Parliament in October 2001. This resolution begins with a reference to the suffering arising "from the tragic results of separatism, international terrorism and aggression". It alleged that since the deployment of Russian Federation peacekeepers under the auspices of the CIS, the policies of ethnic cleansing had not stopped. In this resolution, the Russian Federation now appeared as a party involved in the conflict. Since its peacekeeping forces had failed to carry out their mission, the Parliament considered the further presence of the CIS collective peacekeeping forces inexpedient and proposed to the President of Georgia (1) to implement the procedures for the withdrawal of those forces and (2) to appeal to the United Nations, the OSCE and governments of friendly countries to deploy international peacekeeping forces in the conflict zone. The Georgian Government took no action at that time to have the peacekeeping forces withdrawn and in terms of point (2), as noted above (para. 47), it had, with the Russian Federation, earlier called for an international peacekeeping force possibly including a Russian Federation contingent.

72. This Parliamentary resolution is to be seen in the context of the unanimous Security Council resolutions 1339 and 1364 adopted earlier in 2001, in January and July. Those Council resolutions again welcomed the important contributions that UNOMIG and the CIS peacekeeping forces continued to make in stabilizing the situation in the zone of conflict, and strongly supporting the sustained efforts of the Secretary-General and his Special Representative, with the assistance of the Russian Federation, in its capacity as facilitator, as well as the Group of Friends of the Secretary-General and of the OSCE, to promote the stabilization of the situation and the achievement of a comprehensive settlement. A Georgian representative attended the January 2001 meeting of the Security Council. In his speech he expressed Georgia's "appreciation to the Secretary-General and his Special Representative for Georgia . . . as well as the Group of Friends of the Secretary-General, for their tireless efforts in the process of achieving a comprehensive settlement of the conflict in Abkhazia, Georgia". He emphasized the upcoming meetings between Abkhaz and Georgian representatives and, while he was critical of one paragraph of the draft resolution before the Council, he made no reference at all to the paragraphs about CIS peacekeepers and the role of the Russian Federation as facilitator. Without further discussion, the resolution was adopted (United Nations doc. S/PV.4269).

73. The Court, in assessing the October 2001 Parliamentary resolution, as with the other documents and statements invoked by the Parties, must

établi des contacts avec le régime séparatiste abkhaze. Les notes de la Géorgie sur cette réunion, contrairement à ses écritures, ne font pas référence au nettoyage ethnique mais mentionnent effectivement une impasse dans les négociations, due à l'administration séparatiste abkhaze.

71. La Géorgie en vient ensuite à la résolution adoptée par son Parlement en octobre 2001. Cette résolution commence par une évocation des souffrances dues aux «conséquences tragiques du séparatisme, du terrorisme international et de l'agression». Le Parlement y affirmait que la politique de nettoyage ethnique n'avait pas cessé depuis le déploiement de la force russe de maintien de la paix sous l'égide de la CEI. Dans cette résolution, la Fédération de Russie apparaissait désormais comme une partie au conflit. La force russe de maintien de la paix n'ayant pas accompli sa mission, le Parlement géorgien jugeait inopportun le maintien de la force collective de maintien de la paix placée sous l'égide de la CEI et proposait au président géorgien 1) de mettre en œuvre les procédures prévues pour le retrait de cette force et 2) d'appeler les Nations Unies, l'OSCE et les gouvernements des pays amis à déployer une force internationale de maintien de la paix dans la zone de conflit. Le Gouvernement géorgien ne prit aucune mesure à l'époque pour assurer le retrait de la force de maintien de la paix et, pour ce qui est du point 2), comme indiqué plus haut (par. 47), il avait déjà demandé, avec la Fédération de Russie, la création d'une force internationale de maintien de la paix comprenant éventuellement un contingent russe.

72. Cette résolution du Parlement géorgien doit être examinée à la lumière des résolutions 1339 et 1364 que le Conseil de sécurité avait adoptées à l'unanimité en janvier et en juillet 2001. Dans ces résolutions, le Conseil s'était une nouvelle fois félicité du rôle important que la MONUG et la force de maintien de la paix de la CEI continuaient de jouer dans la stabilisation de la situation dans la zone du conflit, et avait résolument appuyé les efforts incessants déployés par le Secrétaire général et son représentant spécial, avec l'aide de la Fédération de Russie, en sa qualité de facilitateur, du groupe des amis du Secrétaire général et de l'OSCE, à cette même fin et en vue de parvenir à un règlement politique d'ensemble. Un représentant géorgien avait été invité à participer à la réunion du Conseil de sécurité de janvier 2001. Au cours de son intervention, il avait «remerci[é] le Secrétaire général et son représentant spécial en Géorgie ... ainsi que le groupe des amis du Secrétaire général, des efforts inlassables qu'ils déplo[ya]ient pour parvenir à un règlement global du conflit en Abkhazie (Géorgie)». Il avait souligné l'importance des réunions prévues entre les représentants abkhazes et géorgiens et, bien qu'ayant critiqué un paragraphe particulier du projet de résolution examiné par le Conseil, n'avait nullement mentionné les paragraphes concernant la force de maintien de la paix de la CEI ou le rôle de la Fédération de Russie en tant que facilitateur. La résolution avait été adoptée sans autre discussion (Nations Unies, doc. S/PV.4269).

73. Aux fins d'apprécier la résolution du Parlement géorgien d'octobre 2001, la Cour doit notamment, comme en ce qui concerne les autres

have regard, among other matters, to the distinct roles of the Russian Federation, in the CIS peacekeeping forces, as facilitator and as one of the Friends of the Secretary-General. In that context and given that the Parliamentary resolution had not been endorsed by the Georgian Government, the Court cannot give it any legal significance for the purposes of the present case.

74. Security Council resolution 1393 (2002), containing the standard paragraphs, had been adopted on 31 January 2002, when the Georgian Parliament on 20 March 2002 adopted a resolution which noted that its October 2001 resolution had not been acted on and resolved that it was necessary to implement its requirements. The new Parliamentary resolution criticized the CIS peacekeeping forces: in reality, it said, they fulfilled the functions of border guards between Abkhazia and the rest of Georgia and failed to perform the duties envisaged by their mandate of providing protection of the population and creation of conditions for the secure return of IDPs. Further, major violations of human rights and freedoms on an ethnic basis had been carried out with the assistance of external military force. Once again, the Georgian Executive did not act upon this resolution, and it is to be seen in the context of the series of Security Council resolutions and the actions taken under, and by reference to, them. Accordingly the Court gives the Parliamentary resolution no legal significance for the purposes of the present case.

75. In April 2002, the Minister for Foreign Affairs of the Russian Federation in talks with the Georgian Ambassador in Moscow denied that the Russian Federation had supplied arms and ammunition to Abkhazia. It does not appear from the Georgian record of the talks that any claims which were made in those talks related to ethnic or racial discrimination.

76. In January 2003 a delegation of the Georgian Parliament, led by its speaker, had discussions in Moscow with a group of Russian Federation parliamentarians including the Chairperson of the Council of the Federation and the Chairperson of the State Duma. In its submissions, Georgia called attention to a statement by the Georgian side, when talking about the CIS peacekeeping forces, suggesting the Russian Federation peacekeepers move out of the Gali District to facilitate the process of refugee return which, it said, the Russian Federation side rejected. The Georgian record of the discussion continued in this way:

> "While discussing the possibility of withdrawal of peacekeeping forces from Abkhazia, the Russian side was expressing a clearly negative attitude. However, it has been pointed out many times that if there is relevant request from the Georgian side, the Russian peacekeeping forces will leave the territory of Georgia. According to the statement of Russia, if the 'blue helmets' are pulled out of Abkhazia, the UN observers will also leave the region. The Russian colleagues

documents et déclarations invoqués par les Parties, tenir compte des différents rôles joués par la Fédération de Russie au sein de la force de maintien de la paix de la CEI, en tant que facilitateur et en tant que membre du groupe des amis du Secrétaire général. Dès lors, et étant donné que cette résolution n'a pas été entérinée par le Gouvernement géorgien, la Cour ne saurait lui accorder aucune valeur juridique aux fins de la présente espèce.

74. Alors que, le 31 janvier 2002, le Conseil de sécurité avait adopté la résolution 1393 (2002), qui contient elle aussi les dispositions habituelles, le Parlement géorgien adopta le 20 mars 2002 une résolution dans laquelle il notait que sa résolution d'octobre 2001 était restée lettre morte et décidait qu'elle devait être désormais suivie d'effet. Il critiquait la force de maintien de la paix de la CEI, qu'il accusait de jouer en réalité le rôle de garde-frontière entre l'Abkhazie et le reste de la Géorgie et de ne pas s'acquitter des tâches prévues par son mandat, à savoir protéger la population et créer des conditions propres à assurer le retour en toute sécurité des personnes déplacées. Le Parlement affirmait en outre que de graves violations des droits de l'homme et des libertés avaient été commises pour des raisons ethniques avec l'aide de forces militaires extérieures. Là encore, le Gouvernement géorgien ne donna pas suite à cette résolution, qui doit donc être replacée dans le contexte des résolutions du Conseil de sécurité sur la question et des mesures prises à leur titre ou en s'y référant. En conséquence, la Cour n'accorde pas de valeur juridique à la résolution du Parlement aux fins de la présente espèce.

75. En avril 2002, au cours d'un entretien avec l'ambassadeur de Géorgie à Moscou, le ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie nia que son pays eût approvisionné l'Abkhazie en armes et munitions. Il ne ressort pas du procès-verbal de cet entretien établi par la Géorgie qu'un quelconque grief ait été formulé relativement à la discrimination ethnique ou raciale.

76. En janvier 2003, une délégation du Parlement géorgien, conduite par sa présidente, eut un échange de vues à Moscou avec un groupe de parlementaires russes, y compris le président du conseil de la Fédération de Russie et le président de la Douma de la Fédération de Russie. Dans ses écritures, la Géorgie a appelé l'attention sur le fait qu'elle proposa à cette occasion, au sujet de la force de maintien de la paix de la CEI, que le contingent russe évacue le district de Gali pour faciliter le retour des réfugiés, ce que la partie russe refusa. Voici ce qui est dit dans le procès-verbal établi par la Géorgie :

> « La discussion sur un retrait éventuel de la force de maintien de la paix d'Abkhazie mécontenta manifestement la partie russe. Il fut néanmoins indiqué à maintes reprises que, si la partie géorgienne en faisait la demande, la force russe de maintien de la paix quitterait le territoire géorgien. Selon la déclaration de la Russie, si les « casques bleus » quittaient l'Abkhazie, les observateurs des Nations Unies leur emboiteraient le pas. Les parlementaires russes déclarèrent douter

> expressed doubt about how the Georgian party would be able to control the situation independently and avoid the threat of renewing the hostilities."

This is an exchange between parliamentarians and no claim of racial discrimination against the Russian Federation appears in that exchange. Accordingly, the Court can give it no legal significance for the purposes of the present case.

77. In January 2004, Mikhail Saakashvili, shortly after his election as President of Georgia but before he assumed office, in a radio interview in answering a question about Abkhazia, said:

> "It is primarily the issue of our relations with Russia. The Russian generals are in command there, they have a military contingent there which played a very negative role . . . [M]ost of the population there is ethnically Georgian or was ethnically Georgian. Those people were thrown out by Russian troops and local separatists and we need to change the situation."

Georgia submits that this statement directly accused the Russian Federation and its forces of complicity in ethnic cleansing against ethnic Georgians in Abkhazia. While there may be some force in that contention, the President-elect immediately followed the passage emphasized by Georgia by saying that "primarily the way to change that [the situation in Abkhazia] is peaceful talks, offering them [the people in Abkhazia] better alternatives in terms of Georgian economic development, Georgia's integration into Europe". He said of Abkhazia "[b]asically that is a lawless place . . . it's really a black hole . . . Of course Russia doesn't want to give up the control over it so we have to talk to them and make them realise that we're an independent state . . . But on the other hand we want to be on good terms with them." The statement has to be seen in the immediate context of the wide-ranging and informal character of the interview and in the broader context of the relationship between the two countries in relation to Abkhazia. Security Council resolution 1524 (2004) adopted two weeks after the interview contained the standard paragraphs commonly included in Security Council resolutions, relating among other things to the various roles of the Russian Federation (see paragraphs 48 and 71). Further, the record does not include any specific follow-up by the new President or under his instructions to whatever claim might have been made against the Russian Federation in the interview.

78. The next relevant document in the record is a letter of 26 July 2004 by President Saakashvili to President Putin. It primarily concerns contingents of "illegal armed formations" in South Ossetia, beyond the numbers agreed in 2003; armed attacks; the granting of Russian Federation citizenship there; criminal activity; and the resulting need for political

> que la partie géorgienne parvienne alors à maîtriser la situation et à éviter la menace d'une reprise des hostilités.»

Il s'agit là d'un échange de vues entre parlementaires, et aucune allégation de discrimination raciale contre la Fédération de Russie ne ressort de cet échange. La Cour ne peut donc lui accorder de valeur juridique aux fins de la présente espèce.

77. En janvier 2004, peu après son élection à la présidence de la Géorgie mais avant de prendre ses fonctions, Mikhaïl Saakachvili déclara ce qui suit dans une interview à la radio, en réponse à une question sur l'Abkhazie:

> «Il s'agit avant tout de nos relations avec la Russie. Les généraux russes commandent la région, ils y ont déployé un contingent militaire qui a joué un rôle néfaste… [L]a majorité de la population est, ou était, de souche géorgienne. Ces personnes ont été chassées par les soldats russes et les séparatistes locaux, et nous devons remédier à cette situation.»

La Géorgie affirme que cette déclaration revient à accuser directement la Fédération de Russie et ses forces armées de complicité dans le nettoyage ethnique à l'encontre des Géorgiens de souche en Abkhazie. Cet argument n'est peut-être pas dénué de fondement mais, juste après ces propos mis en exergue par la Géorgie, le président élu indiqua: «la manière d'y remédier [à la situation en Abkhazie] consiste avant tout à engager des pourparlers pacifiques afin de lui proposer [à la population abkhaze] de meilleures solutions du point de vue du développement économique de la Géorgie, de son intégration à l'Europe». Au sujet de l'Abkhazie, il ajouta qu'elle était, «[e]n substance, livrée à l'anarchie … un véritable trou noir… Bien entendu, la Russie refuse de renoncer à sa domination, c'est pourquoi nous devons dialoguer avec elle et lui faire comprendre que nous sommes un Etat indépendant… Mais, d'un autre côté, nous voulons être en bons termes avec elle.» Cette déclaration doit être replacée dans le contexte immédiat d'une interview de caractère général et informel et dans celui, plus large, des relations entre les deux pays au sujet de l'Abkhazie. La résolution 1524 (2004) du Conseil de sécurité, adoptée deux semaines après cet entretien, contenait les dispositions habituelles concernant, notamment, les divers rôles joués par la Fédération de Russie (voir paragraphes 48 et 71). En outre, rien dans le dossier de l'affaire n'indique que le nouveau président ait donné suite, ou fait donner suite, à une quelconque réclamation qu'il aurait formulée contre la Fédération de Russie pendant l'interview.

78. Le prochain document pertinent qui figure au dossier est une lettre du 26 juillet 2004 adressée au président Poutine par le président Saakachvili. Cette lettre concernait essentiellement des contingents de «groupes armés illégaux» en Ossétie du Sud, supérieurs en nombre à ce qui avait été convenu en 2003, des attaques armées, l'attribution de la

dialogue at a plenipotentiary level and an increased role for the OSCE. Regarding Abkhazia, the Georgian President raised issues about the territorial integrity of Georgia. The President of the Russian Federation in his reply proposed measures which should be taken with a view to the stabilization of the situation and the creation of conditions for the resumption of the political dialogue. The letters do not mention the return of refugees and IDPs.

79. On 26 January 2005, the Georgian Permanent Representative to the United Nations in a letter to the President of the Security Council wrote about "the recent developments in the conflict-resolution process in Abkhazia, Georgia" (United Nations doc. S/2005/45), including the "self-styled presidential elections" there, characterized as "illegal and illegitimate"; the fact that nearly 80 per cent of the current population has Russian citizenship; and the ignoring by the Russian Federation of the basic visa régime. Despite those developments, the Ambassador continued, the central authorities of Georgia were ready to resume negotiations with the Abkhaz side. The letter then referred to "refugees and IDPs — victims of ethnic cleansing — who already for longer than a decade are waiting for their basic right — the right to live at home — to materialize". Referring to abductions which allegedly occurred on "election" day, the letter claimed that "these excesses were committed in front of CIS peacekeepers, who did nothing to protect peaceful civilian people . . . I have to state once more that the CIS peacekeeping force is rather far from being impartial and is often backing Abkhaz separatist paramilitary structures." Two days later the Security Council at a meeting which had that letter before it and which was attended by a Georgian representative adopted, without any debate (United Nations doc. S/PV.5116), a resolution which included the standard references to the CIS peacekeeping forces and the Russian Federation's role as a facilitator (resolution 1582 (2005)).

80. On 11 October 2005 the Georgian Parliament in a resolution "condemn[ed] the recent developments in the conflict regions existing on the territory of Georgia (Abkhazia, and the former South Ossetian Autonomous District)". The resolution assessed as "extremely negative" the activity and the fulfilment of the current mandate by the peacekeeping forces in Abkhazia and the former South Ossetian Autonomous District and it contemplated the cessation of those peacekeeping operations and the denunciation of the relevant international agreements in certain circumstances starting from February 2006 in South Ossetia and July in Abkhazia.

81. This Parliamentary resolution was referred to in a letter of 27 October 2005 by the Permanent Representative of Georgia to the President of the Security Council. That letter did not contain any endorsement of the Parliamentary resolution. The Permanent Representative's letter mentioned one positive development (a 4 August 2005 meeting on security

citoyenneté russe dans la région, la criminalité et, partant, la nécessité d'établir le dialogue politique au niveau plénipotentiaire et de renforcer le rôle de l'OSCE. Au sujet de l'Abkhazie, le président géorgien soulevait la question de l'intégrité territoriale de la Géorgie. Dans sa réponse, le président de la Fédération de Russie proposa des mesures visant à stabiliser la situation et à créer des conditions propices à la reprise du dialogue politique. Il n'était pas question dans ces lettres du retour des réfugiés et des personnes déplacées.

79. Dans une lettre datée du 26 janvier 2005, le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies informait le président du Conseil de sécurité de «l'évolution récente du processus de résolution du conflit en Abkhazie (Géorgie)» (Nations Unies, doc. S/2005/45), notamment des «prétendues élections présidentielles» qualifiées d'«illégales et illégitimes» qui s'y étaient déroulées, du fait que près de 80% de la population de la région avait la citoyenneté russe et du mépris de la Fédération de Russie pour les règles élémentaires du régime des visas. L'ambassadeur ajoutait que, malgré tout, les autorités centrales de Géorgie étaient prêtes à reprendre les négociations avec la partie abkhaze. Il mentionnait ensuite les «réfugiés et les déplacés — victimes du nettoyage ethnique — qui, depuis déjà plus d'une décennie, attend[ai]ent qu'un droit fondamental leur soit reconnu: celui de vivre chez eux». A propos des enlèvements qui auraient eu lieu le jour des «élections», il affirmait que «ces actes [avaient] été commis devant les soldats de la paix de la CEI qui ... n'[avaient] rien fait pour protéger la population civile et pacifique... [Il réitérait] que [la force de maintien de la paix de la CEI] [était] loin d'être impartiale et [qu'elle] sout[enait] souvent les structures paramilitaires séparatistes abkhazes.» Deux jours plus tard, le Conseil de sécurité, qui avait été saisi de cette lettre, adoptait sans aucun débat, en présence d'un représentant de la Géorgie (Nations Unies, doc. S/PV.5116), une résolution contenant les références habituelles à la force de maintien de la paix de la CEI et au rôle de facilitateur de la Fédération de Russie (résolution 1582 (2005)).

80. Dans une résolution du 11 octobre 2005, le Parlement géorgien «dénon[çait] l'évolution récente dans les zones de conflit sur le territoire de la Géorgie (Abkhazie et ancienne région autonome d'Ossétie du Sud)». L'action de la force de maintien de la paix en Abkhazie et dans l'ancienne région autonome d'Ossétie du Sud ainsi que la manière dont cette force s'acquittait de son mandat étaient qualifiées d'«extrêmement négatives», et le Parlement envisageait, dans certaines circonstances, la cessation de ces opérations de maintien de la paix et la dénonciation des accords internationaux pertinents, à compter de février 2006 en Ossétie du Sud et du mois de juillet en Abkhazie.

81. Le représentant permanent de la Géorgie se référa à cette résolution dans une lettre en date du 27 octobre 2005, adressée au président du Conseil de sécurité. La résolution du Parlement n'y était pas entérinée par l'exécutif géorgien. Le représentant permanent y faisait état d'un progrès (une réunion du 4 août 2005 sur les garanties de sécurité) qui, selon lui,

guarantees) which, he said, had been marred by a large-scale Abkhaz military exercise in the zone of responsibility of the Russian Federation peacekeeping forces. The letter also mentioned the banning of instruction in the Georgian language in Gali schools — a claim which, in the Court's assessment, is not directed at the Russian Federation. It was impossible, the letter continued, to avoid commenting on the behaviour of the facilitator — the Russian Federation — especially when several alarming trends, which were listed, had taken place. Annexation was being carried out against a small and friendly neighbouring country. The Permanent Representative, after referring to the Parliamentary resolution, said this:

> "It seems that the Russian-led peacekeeping operation has, in fact, exhausted its potential and the only effective way is to have a full-scale international, I would underline — truly international — United Nations-led peacekeeping operation.
>
> The Georgian leadership is firmly committed to a peaceful settlement of the conflict on its territory, weighing ethnic inclusiveness and integration, safeguarding human rights and freedoms. Despite all of the above-mentioned we still believe that there is no military solution — on the contrary, we are confident that it is counter-productive. Our policy of proactive engagement has long-term goals to get Abkhaz society out of isolation, to expose them to democratic values and beliefs, recognizing fundamental human rights of internally displaced persons and refugees, first of all the right to return to their homes, regardless of their ethnicity, to establish an environment of trust and mutual respect." (United Nations doc. S/2005/678.)

The Court is unable to see in this letter any claim against the Russian Federation by the Georgian Government of breaches of obligations under CERD.

82. On 9 November 2005 the Georgian Permanent Representative transmitted the 11 October Parliamentary resolution to the United Nations Secretary-General. He asked that the resolution be circulated as a General Assembly document under agenda items concerning the prevention of armed conflict (item 12) and the review of peacekeeping (item 32), but made no reference to other items on that session's agenda, including racial discrimination (item 69) and displaced persons (item 39) (United Nations doc. A/60/552).

83. The official position of the Georgian Executive in this period was further illustrated in comments made by the Georgian Prime Minister in a December 2005 press conference, and which were subsequently circulated at a meeting of the JCC. Here the Prime Minister described the "extraordinarily constructive position of the Russian diplomacy in the matter [of the peace process in South Ossetia]", noted that "Russia is a

avait été compromis par les grandes manœuvres menées par les militaires abkhazes dans la zone relevant de la responsabilité de la force russe de maintien de la paix. La lettre mentionnait également l'interdiction de l'enseignement en géorgien dans les établissements scolaires de Gali, grief qui, selon la Cour, ne visait pas la Fédération de Russie. Toujours selon le représentant permanent, il était d'autant moins possible de passer sous silence le comportement du facilitateur — la Fédération de Russie — que plusieurs tendances alarmantes, dont la liste était dressée, s'étaient manifestées et qu'un petit pays qui entretenait de bonnes relations avec ses voisins était en cours d'annexion. Après s'être référé à la résolution du Parlement, le représentant permanent indiquait ce qui suit :

> «Il semble que l'opération de maintien de la paix dirigée par la Russie ait atteint ses limites et que le seul moyen de régler le problème soit une opération de maintien de la paix à grande échelle, réellement internationale, mais dirigée par les Nations Unies.
>
> La direction géorgienne est fermement attachée à l'idée d'un règlement pacifique du conflit sur son territoire, en tenant compte de la nécessité d'inclure et d'intégrer toutes les ethnies et de respecter les droits de l'homme et les libertés civiles. Malgré tout ce qui est relaté plus haut, nous restons convaincus qu'il n'y a pas de solution militaire — au contraire, nous pensons qu'une telle solution est contre-productive. Notre politique d'engagement actif a des objectifs à long terme, qui sont de sortir la société abkhaze de son isolement, d'exposer les Abkhazes aux valeurs démocratiques et de faire respecter les droits de l'homme des personnes déplacées et des réfugiés, mais avant tout leur droit à regagner leur foyer, quelle que soit leur appartenance ethnique, et d'établir un climat de confiance et de respect mutuel.» (Nations Unies, doc. S/2005/678.)

La Cour ne peut discerner dans cette lettre aucune accusation, formulée par le Gouvernement géorgien contre la Fédération de Russie, d'avoir manqué à des obligations au titre de la CIEDR.

82. Le 9 novembre 2005, le représentant permanent de la Géorgie transmit la résolution de son Parlement du 11 octobre au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Il le pria de la faire distribuer en tant que document de l'Assemblée générale au titre des points de l'ordre du jour concernant la prévention des conflits armés (point 12) et l'étude d'ensemble des opérations de maintien de la paix (point 32), mais ne fit pas référence aux autres points inscrits à l'ordre du jour de cette session, parmi lesquels figuraient la discrimination raciale (point 69) et la question des personnes déplacées (point 39) (Nations Unies, doc. A/60/552).

83. La position officielle de l'exécutif géorgien au cours de cette période est également mise en lumière par les observations formulées par le premier ministre géorgien à l'occasion d'une conférence de presse en décembre 2005, observations qui furent ensuite distribuées à une réunion de la CCC. Le premier ministre y faisait état de «la position extraordinairement constructive de la diplomatie russe en la matière [le processus de

guarantor of long-term peace in the Caucasus" and stated his belief that "the recent steps of Russia will bring positive momentum into the relations between the two countries".

84. On 26 January 2006, the Security Council held a private meeting on the situation in Georgia. The Official Communiqué of the meeting records only that a Georgian representative, the Special Envoy of the President of Georgia, made a statement and that a representative of the Russian Federation made a statement, without giving any indication of the content of the statements (United Nations doc. S/PV.5358). Georgia includes in its pleadings a "statement by . . . [the] Special Representative . . .". That statement is very critical of various actions of the Abkhaz side. The statement contains this passage about the role of the Russian Federation:

> "One of the members of the Security Council, member of the Group of Friends and the facilitator of the peace process — namely the Russian Federation —, suddenly has decided to disassociate itself from supporting the basic principle — principle of territorial integrity of Georgia within its internationally recognized borders . . . That is why for the first time in the history of Security Council deliberations we have no draft resolution prepared by the Group of Friends.
>
> Mr. President,
>
> This change of position of one of the prominent members of P5 is not just a slight shift or correction. Renouncement of the principle of determining the status of Abkhazia within the State of Georgia does mean the following: support of the secessionism as a phenomenon; endorsement of ethnic cleansing of more than 300,000 citizens of Georgia; questioning the basic principle of the modern world architecture — the principle of territorial integrity and inviolability of internationally recognized borders.
>
> Mr. President,
>
> I am representing the people who were forcefully expelled from their homes and are not allowed to return. I am representing the people who count every day of their exile and who look with a hope to this Council for its work and resolutions. I am representing the community which follows very closely every move in the peace process in Abkhazia, Georgia."

The Court observes that the reference to "ethnic cleansing" does not include an allegation that the Russian Federation participated in, or facilitated, that action. After some delay, at the end of March 2006, the Security Council, with a Georgian representative present and without debate (United Nations doc. S/PV.5405), adopted resolution 1666 (2006) including standard paragraphs about the CIS peacekeeping forces and the role

paix en Ossétie du Sud]», relevait que la Russie était «le garant d'une paix durable dans le Caucase» et indiquait que, selon lui, «les récentes initiatives prises par la Russie imprime[raie]nt une dynamique positive aux relations entre les deux pays».

84. Le 26 janvier 2006, le Conseil de sécurité tint une séance privée sur la situation en Géorgie. Le communiqué officiel de cette séance indique seulement qu'un représentant de la Géorgie, l'envoyé spécial du président de la Géorgie, fit une déclaration, et qu'un représentant de la Fédération de Russie en fit également une, sans autres précisions (Nations Unies, doc. S/PV.5358). La Géorgie a intégré dans ses écritures une «déclaration [du] représentant spécial...», très critique de la partie abkhaze à divers égards et dans laquelle il est dit ce qui suit à propos du rôle de la Fédération de Russie:

> «L'un des membres du Conseil de sécurité, membre du Groupe des amis du Secrétaire général et facilitateur du processus de paix — à savoir la Fédération de Russie —, a soudainement décidé de cesser de soutenir le principe fondamental — celui de l'intégrité territoriale de la Géorgie à l'intérieur de ses frontières internationalement reconnues... C'est la raison pour laquelle, pour la première fois dans l'histoire des délibérations du Conseil de sécurité, nous n'avons pas de projet de résolution établi par le Groupe des amis du Secrétaire général.
>
> Monsieur le Président,
>
> Ce changement de position de l'un des plus éminents membres du P5 n'a rien d'un simple infléchissement ou d'une réorientation mineure. Renoncer au principe de la détermination du statut de l'Abkhazie au sein de la Géorgie équivaut bel et bien à soutenir le sécessionnisme, à cautionner le nettoyage ethnique de plus de 300000 citoyens géorgiens et à remettre en cause le principe fondamental de l'architecture du monde moderne, à savoir celui de l'intégrité territoriale et de l'inviolabilité des frontières internationalement reconnues.
>
> Monsieur le Président,
>
> Je représente les populations qui ont été expulsées de force et ne sont pas autorisées à retourner chez elles. Je représente les populations qui comptent chaque jour passé en exil et placent tant d'espoir dans le travail et les résolutions de ce conseil. Je représente la communauté qui suit de très près chaque évolution du processus de paix en Abkhazie (Géorgie).»

La Cour observe qu'il n'est pas allégué, dans la référence au «nettoyage ethnique», que la Fédération de Russie a participé à cette action ou l'a facilitée. Après quelque retard, à la fin du mois de mars 2006, le Conseil de sécurité adopta, en présence d'un représentant de la Géorgie et sans débat (Nations Unies, doc. S/PV.5405), la résolution 1666 (2006), qui reprenait les dispositions habituelles sur la force de maintien de la paix de

of the Russian Federation as facilitator, as well as a reaffirmation of the territorial integrity of Georgia.

85. On 15 February 2006, in a resolution forwarded to the Secretary-General by the Georgian Permanent Representative, the Georgian Parliament in terms of its resolution of 11 October 2005 assessed "extremely negatively" the fulfilment of the obligations by the peacekeeping forces in the former autonomous district of South Ossetia and assessed the actions of the Russian Federation as an ongoing attempt at annexation of this region of Georgia. It accordingly instructed the Government of Georgia to start the implementation of the provisions of that earlier resolution. Again, there is nothing in the record to show that the Georgian Government took those steps. As with the October 2005 Parliamentary resolution (paragraph 82 above), the 16 February 2006 letter of transmittal from the Georgian Permanent Representative to the Secretary-General requested that the letter and the February 2006 Parliamentary resolution be circulated as a General Assembly document under agenda items relating to armed conflict and peacekeeping, but not racial discrimination or displaced persons (United Nations doc. A/60/685).

86. On 18 July 2006 the Georgian Parliament adopted a resolution in terms of its resolutions of 11 October 2005 and 15 February 2006 about both regions. It said that, unfortunately, no progress had been achieved in terms of the settlement of the conflicts within the time frame defined by those resolutions. It continued:

> "Instead of demilitarization, the drastic increase of military potential of those armed forces under subordination of *de facto* authorities of Abkhazia and the former Autonomous District of South Ossetia, drastic activation of terrorist and subversive actions, complete collapse of security guarantees for peaceful population, permanent attempts to legalize the results of ethnic cleansing the fact of which had been repeatedly recognized by the international community, massive violation of fundamental human rights and ever-increasing international criminal threats so characteristic of uncontrolled territories — this is a reality brought about as a result of peacekeeping operations."

The resolution then said that the rejection by the Russian Federation of a peace plan "can be assessed as support for separatists and as a permanent attempt to annex Georgia's territory". The Parliament resolved to entrust the Government of Georgia with the task of launching necessary procedures to immediately suspend the so-called peacekeeping operations and to have the armed forces of the Russian Federation withdrawn.

87. In this case the authorities of the Russian Federation were plainly

la CEI et le rôle de la Fédération de Russie en tant que facilitateur, tout en réaffirmant l'intégrité territoriale de la Géorgie.

85. Le 15 février 2006, dans une résolution communiquée au Secrétaire général par le représentant permanent de la Géorgie, le Parlement géorgien qualifiait, comme dans sa résolution du 11 octobre 2005, d'«extrêmement négative» la manière dont la force de maintien de la paix déployée dans l'ancien district autonome d'Ossétie du Sud s'était acquittée de ses obligations et voyait dans l'action de la Fédération de Russie une tentative permanente d'annexion de cette région de Géorgie. Aussi demandait-il au Gouvernement géorgien de commencer à mettre en œuvre les dispositions de sa résolution antérieure. Là encore, rien dans le dossier n'indique que le Gouvernement géorgien ait donné suite à cette demande. Comme cela avait été fait pour la résolution du Parlement d'octobre 2005 (paragraphe 82 ci-dessus), le représentant permanent de la Géorgie pria le Secrétaire général, dans la lettre du 16 février 2006 sous le couvert de laquelle il lui transmettait la résolution du Parlement de février 2006, de faire distribuer celles-ci en tant que document de l'Assemblée générale et au titre des points de l'ordre du jour concernant les conflits armés et le maintien de la paix, et non la discrimination raciale ou les personnes déplacées (Nations Unies, doc. A/60/685).

86. Le 18 juillet 2006, le Parlement géorgien adopta une résolution concernant les deux régions, qui était libellée comme celles du 11 octobre 2005 et du 15 février 2006. Il constatait que, malheureusement, aucun progrès n'avait été réalisé dans le règlement des conflits dans les délais fixés par ces résolutions, ajoutant :

> «Au lieu d'être démilitarisées, ces forces armées, subordonnées de fait aux autorités d'Abkhazie et de l'ancien district autonome d'Ossétie du Sud, ont augmenté considérablement leur potentiel militaire, les activités terroristes et subversives se sont considérablement intensifiées, les garanties de sécurité pour la population ont totalement disparu, on constate des tentatives permanentes de chercher à légaliser les résultats du nettoyage ethnique reconnu comme tel à plusieurs reprises par la communauté internationale, et on assiste à des violations massives des droits de l'homme fondamentaux et à l'apparition d'une menace criminelle internationale de plus en plus importante, caractéristique des territoires qui échappent à tout contrôle. Tel est le résultat des opérations de maintien de la paix.»

Le Parlement affirmait ensuite que le rejet d'un plan de paix par la Fédération de Russie «p[ouvait] être considéré comme un appui en faveur des séparatistes et une tentative permanente d'annexion du territoire de la Géorgie». Il décidait de charger le Gouvernement géorgien d'engager les procédures nécessaires pour suspendre immédiatement les prétendues opérations de maintien de la paix et assurer le retrait des forces armées de la Fédération de Russie.

87. Cette fois, les autorités de la Fédération de Russie eurent parfaite-

aware of the Georgian Parliament's action since on 19 July 2006, the day after it was adopted, the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations transmitted to the Secretary-General a statement by their Foreign Ministry critical of the resolution. The statement includes the following passages:

> "The Russian Federation regards the decision as a provocative step designed to aggravate tension, destroy the existing format of negotiations and shatter the framework of legal agreements for the peaceful settlement of the Georgian-Abkhaz and Georgian-Ossetian conflicts. The accusations that the decision makes against the Russian Federation constitute a disgraceful attempt to shift the blame to others.
>
> . . . . . .
>
> It should not be forgotten that the format of the negotiation process, which, besides the Russian Federation, involves the United Nations, the Organization for Security and Co-operation in Europe, the Commonwealth of Independent States and the member States of the Group of Friends of the Secretary-General on Georgia, was agreed upon by all parties to the conflicts. The irresponsible actions of Tbilisi are capable of ruling out any possibility of peaceful settlement of the conflicts.
>
> The Russian Federation will take such measures as are necessary to ensure compliance with existing international agreements, prevent the destabilization of the situation in the region and protect the rights and interests of Russian citizens living there." (United Nations doc. S/2006/555.)

88. The Permanent Representative of Georgia transmitted the text of the 18 July 2006 resolution of the Georgian Parliament to the Secretary-General on 24 July 2006, again asking for it to be circulated to the General Assembly under the same agenda items as for the Parliamentary resolutions of October 2005 and February 2006 (see paragraphs 82 and 85 above) (United Nations doc. A/60/954). According to the record, the Georgian Government took no action in terms of the resolution.

89. The Court recalls Georgia's emphasis on those Parliamentary resolutions which were transmitted to the United Nations (paragraph 36 above), and sees it as significant that on all those occasions when the Georgian Government transmitted Parliamentary resolutions to the Secretary-General to be circulated as official United Nations documents, that Government did not refer to those agenda items which relate to the subject-matter of CERD, such as racial discrimination, or, as the case may be, refugees and IDPs, or, indeed, human rights instruments more generally.

ment connaissance des propositions du Parlement géorgien puisque, le 19 juillet 2006, soit le lendemain de l'adoption de la résolution, le représentant permanent de la Fédération de Russie auprès de l'Organisation des Nations Unies communiqua au Secrétaire général une déclaration du ministère des affaires étrangères russe qui critiquait cette résolution. Elle se lisait notamment comme suit :

> «La Fédération de Russie considère cette décision comme une provocation, qui vise à exacerber la tension, à éliminer les cadres de la négociation et à saper la base juridique du règlement pacifique des conflits entre la Géorgie, d'une part, et l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud, d'autre part. Les accusations qu'elle comporte à l'encontre de la Russie traduisent une manœuvre indigne ayant pour but de rejeter la faute sur autrui.
>
> . . . . . .
>
> Il ne faut pas oublier que les cadres de négociation auxquels participent, outre la Russie, l'Organisation des Nations Unies, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, la Communauté d'Etats indépendants et les pays membres du Groupe des amis du Secrétaire général, ont été établis avec l'accord de toutes les parties aux conflits. Les agissements irresponsables de Tbilissi risquent de porter irrémédiablement atteinte au règlement pacifique des différends.
>
> La Fédération de Russie prendra toutes les dispositions nécessaires pour faire appliquer les accords internationaux existants, éviter une déstabilisation de la région et défendre les droits et les intérêts de ses ressortissants dans la région.» (Nations Unies, doc. S/2006/555.)

88. Le 24 juillet 2006, le représentant permanent de la Géorgie communiqua le texte de la résolution du Parlement géorgien en date du 18 juillet 2006 au Secrétaire général, priant de nouveau celui-ci de le faire distribuer en tant que document de l'Assemblée générale et au titre des mêmes points de l'ordre du jour que les résolutions du Parlement d'octobre 2005 et de février 2006 (voir paragraphes 82 et 85 ci-dessus) (Nations Unies, doc. A/60/954). Les éléments versés au dossier montrent que le Gouvernement géorgien ne prit aucune mesure pour donner suite à la résolution du 18 juillet 2006.

89. La Cour rappelle que la Géorgie a mis l'accent sur les résolutions de son Parlement qui furent communiquées à l'Organisation des Nations Unies (paragraphe 36 ci-dessus) et considère comme significatif le fait que, chaque fois que le Gouvernement géorgien a transmis au Secrétaire général des résolutions du Parlement géorgien pour qu'elles soient distribuées en tant que documents de l'Organisation des Nations Unies, il ne s'est jamais référé à des points de l'ordre du jour se rapportant à l'objet de la CIEDR — comme la discrimination raciale ou, le cas échéant, les réfugiés et les personnes déplacées — ni, plus généralement, à des instruments relatifs aux droits de l'homme.

90. On 11 August and 4 September 2006, the Georgian Permanent Representative transmitted to the Secretary-General and President of the Security Council Foreign Ministry statements about abuses of human rights in Abkhazia (United Nations docs. A/60/976-S/2006/638, S/2006/709). The primary allegations were against "the Abkhazian side", but it was also said that the Russian Federation (CIS) peacekeepers continued to "[turn] a blind eye to gross violation of . . . human rights". The Foreign Ministry stated that the "existing situation . . . leads us to register once more the incapability (or the absence of will) of the CIS peacekeeping forces to duly perform their functions, which points yet again to the necessity of modifying the existing format of peace operations . . .". According to the 4 September statement of the Ministry, the "Russian peacekeepers cannot . . . ensure the protection of the safety, dignity and human rights of the peaceful population, including internally displaced persons and refugees, as prescribed by [four] Security Council resolutions". This fact "provide[d] an added proof of the correctness of the Georgian Parliament's decision to withdraw Russian peacekeepers . . .". The 11 August statement made specific reference to three conventions but not to CERD and neither of the two documents made direct claims against the Russian Federation of racial discrimination.

91. In October the Security Council, with no reference to the two documents, adopted resolution 1716 (2006) with standard provisions about the Russian Federation as a facilitator and the role of the CIS peacekeeping forces. Again, the Georgian representative who was present made no comment regarding the paragraphs in the draft resolution relating to the CIS peacekeepers and the role of the Russian Federation as facilitator, and the resolution was adopted without debate (United Nations doc. S/PV.5549). In view of these considerations, the Court does not consider that the Foreign Ministry statements have any legal significance for the purposes of the present case.

92. On 3 October 2006 the Georgian Permanent Representative to the United Nations in a statement at a press conference said this:

> "It is crystal clear that the Russian peacekeeping force is not an impartial, nor international, contingent. It failed to carry out the main responsibilities spelled out in its mandate — to create a favourable security environment for the return of ethnically cleansed hundreds of thousands of Georgian citizens. It became the force that works to artificially alienate the sides from one another."

Georgia in its submissions cites this statement as raising the dispute again — the Court presumes that this means the dispute about racial dis-

90. Le 11 août et le 4 septembre 2006, le représentant permanent de la Géorgie communiqua au Secrétaire général et au président du Conseil de sécurité des déclarations du ministère des affaires étrangères relatives aux violations des droits de l'homme qui auraient été commises en Abkhazie (Nations Unies, doc. A/60/976-S/2006/638, doc. S/2006/709). Ces allégations visaient principalement la «partie abkhaze», mais il a également été avancé que la force russe de maintien de la paix (CEI) continuait d'«ignorer les violations flagrantes ... des droits de l'homme». Le ministère géorgien des affaires étrangères affirmait que «la situation actuelle ... [le] conduisait à dénoncer de nouveau l'incapacité (ou l'absence de volonté) des forces de maintien de la paix de la CEI à s'acquitter comme il convient de leurs fonctions, ce qui montrait une fois de plus qu'il était nécessaire de modifier le format actuel de l'opération de maintien de la paix...». Dans sa déclaration du 4 septembre, le ministère déclarait que «les soldats russes chargés du maintien de la paix ... ne pouvaient assurer la protection, la dignité et les droits de l'homme de la population pacifique, y compris des personnes déplacées et des réfugiés, comme demandé par les [quatre] résolutions du Conseil de sécurité», ce qui «constituait ... une nouvelle preuve du bien-fondé de la décision prise par le Parlement géorgien pour le retrait de ces forces...». La déclaration du 11 août faisait expressément référence à trois conventions, mais pas à la CIEDR, et aucun des deux documents ne contenait d'allégation de discrimination raciale visant directement la Fédération de Russie.

91. En octobre, le Conseil de sécurité, sans se référer à ces deux documents, adopta la résolution 1716 (2006), qui reprenait les dispositions habituelles relatives au rôle de facilitateur de la Fédération de Russie et à la mission de la force de maintien de la paix de la CEI. Là encore, le représentant de la Géorgie, qui était présent, ne formula aucune observation sur les paragraphes du projet de résolution concernant la force de maintien de la paix de la CEI ou le rôle de la Fédération de Russie en tant que facilitateur, et la résolution fut adoptée sans débat (Nations Unies, doc. S/PV.5549). Dès lors, la Cour estime qu'aucune valeur juridique ne peut être accordée, aux fins de la présente espèce, auxdites déclarations du ministère des affaires étrangères.

92. Le 3 octobre 2006, le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies déclara ce qui suit lors d'une conférence de presse:

> «Il est tout à fait clair que la force russe de maintien de la paix n'est ni impartiale, ni internationale. Elle s'est montrée incapable de mener à bien les principales tâches définies dans son mandat — créer des conditions de sécurité favorables au retour de centaines de milliers de ressortissants géorgiens victimes du nettoyage ethnique. Elle est devenue la force qui s'emploie à dresser artificiellement les parties les unes contre les autres.»

Dans ses écritures, la Géorgie cite ce passage comme une nouvelle mise en exergue du différend — il est permis à la Cour de supposer qu'elle veut

crimination by the Russian Federation — but the Permanent Representative's next sentence was this:

> "The Russian political leader's statements and actions once again make clear that what we are dealing with is not a fundamentally ethnic conflict, but rather one stemming from Russia's territorial ambitions against my country."

Particularly taking into account this clarification by the Permanent Representative, the Court concludes that it cannot give any legal significance to the statement made at the press conference for the purposes of the present case.

93. On 14 November 2006 President Saakashvili, in an address to the European Parliament, which as an organ of the European Union contains no representatives from either Georgia or the Russian Federation, said that "over 300,000 Georgians were ethnically cleansed from Abkhazia in the early 1990s". President Saakashvili noted that "the Russian administration" had been accused of responsibility for these earlier events. His only reference, in a wide-ranging address, to disputes was in the context of Georgia's "separatist problems": "[o]ur disputes continue because they are based on recidivist territorial claims . . .". President Saakashvili's statement demonstrates that the primary dispute concerned territorial claims and the references to ethnic cleansing by the Russian Federation were with respect to events which took place in the early 1990s. These events were not current at the time of the President's address, and pre-dated Georgia's accession to CERD. As such the Court does not see President Saakashvili's statement as evidence of a dispute between the Parties on matters under CERD. The Court takes the same view of the press statement made by the Georgian Foreign Ministry on 22 December 2006.

94. The President of Georgia in his address of 26 September 2007 to the General Assembly referred to the majority of residents of the two regions as "prisoners of the morally repugnant politics of ethnic cleansing, division, violence and indifference". He continued:

> "The story of Abkhazia, where up to 500,000 men, women, and children were forced to flee in the 1990s, is of particular relevance — one of the more abhorrent, horrible and yet forgotten ethnic cleansings of the twentieth century. In the time since Russian peacekeepers were deployed there, more than 2,000 Georgians have perished and a climate of fear has persisted." (United Nations doc. A/62/PV.7.)

Near the end of his address, he stated that "[t]he only obstacle to the integration of South Ossetia [into Georgia] is a separatist regime that

parler du différend relatif à la discrimination raciale dont la Fédération de Russie se serait rendue coupable —, mais le représentant permanent ajoute aussitôt :

> « Les déclarations et actions du dirigeant politique russe prouvent une fois de plus qu'il ne s'agit pas d'un conflit à dominante ethnique, mais plutôt d'un conflit né des ambitions territoriales de la Russie à l'encontre de mon pays. »

La Cour conclut qu'il ne peut, aux fins de la présente espèce, être accordé aucune valeur juridique à la déclaration faite à l'occasion de la conférence de presse, surtout si l'on tient compte de cet éclaircissement apporté par le représentant permanent.

93. Dans un discours prononcé le 14 novembre 2006 devant le Parlement européen — qui, étant un organe de l'Union européenne, ne compte aucun représentant de la Géorgie ou de la Fédération de Russie —, le président Saakachvili déclara que « plus de 300 000 Géorgiens [avaient] fait l'objet d'un nettoyage ethnique en Abkhazie au début des années 1990 ». Il releva que « [l]'administration russe » avait été accusée d'être responsable de ces événements. Dans ce discours, où il abordait de nombreux sujets, il ne fit cependant état de différends qu'à propos des « problèmes séparatistes » en Géorgie : « [n]os différends persistent parce qu'ils reposent sur des revendications territoriales récurrentes… ». Il ressort donc de la déclaration du président Saakachvili que le différend portait avant tout sur des revendications territoriales, les références à un nettoyage ethnique perpétré par la Fédération de Russie ayant trait à des événements qui s'étaient déroulés au début des années 1990. Or, ces événements n'étaient pas contemporains du discours du président et étaient antérieurs à l'adhésion de la Géorgie à la CIEDR. Dès lors, la Cour ne considère pas que la déclaration du président Saakachvili établisse l'existence d'un différend entre les Parties sur des questions se rapportant à cet instrument. Selon elle, il en va de même de la déclaration faite à la presse le 22 décembre 2006 par le ministère géorgien des affaires étrangères.

94. Dans l'allocution qu'il prononça le 26 septembre 2007 devant l'Assemblée générale, le président de la Géorgie déclara que la majorité des habitants des deux régions étaient « prisonniers des politiques moralement inqualifiables du nettoyage ethnique, de la division, de la violence et de l'indifférence ». Il poursuivit en ces termes :

> « L'histoire de l'Abkhazie, où plus de 500 000 hommes, femmes et enfants ont été contraints de fuir dans les années 90, est particulièrement frappante en cela qu'elle constitue l'un des nettoyages ethniques les plus terrifiants du XXe siècle, et pourtant oublié. Depuis que les soldats de la paix russes ont été déployés, plus de 2000 Géorgiens ont péri, et c'est un climat de peur qui y règne. » (Nations Unies, doc. A/62/PV.7.)

Peu avant la fin de son discours, le président affirma que « [l]e seul obstacle à l'intégration de l'Ossétie du Sud au sein de la Géorgie [était] un régime

basically consists of elements from security services from neighbouring Russia that have no historical, ethnic or cultural links to the territory". In respect of Abkhazia he had earlier said that "these disputes are no longer about ethnic grievances".

95. In September and October 2007, March and April 2008, the Georgian Permanent Representative to the United Nations sent statements by the Georgian Ministries of Foreign Affairs and Internal Affairs to the Secretary-General and President of the Security Council (United Nations docs. S/2007/535; S/2007/589; A/62/765-S/2008/197; A/62/810). The first, third and fourth are concerned with the status of the regions, the actions of separatists, and military activities. None make any reference to racial discrimination or ethnic cleansing (except for the last) or to the Russian Federation's responsibility for such actions. The last does refer to ethnic cleansing but only in the context of the Russian Federation "planning to recognize" the documents of authorities which were created through ethnic cleansing. Its call on the Russian Federation to engage more actively in the safe return of IDPs cannot, in the Court's opinion, be understood as a claim against the Russian Federation regarding compliance with its obligations under CERD, for instance a claim of impeding return of IDPs on racial grounds. Two other features of that document might be noted: first, it alleges breaches by the Russian Federation of three named conventions, but not CERD; secondly, when Georgia transmitted this statement to the Secretary-General on 17 April 2008, it requested that it be circulated as a General Assembly document under an agenda item relating to protracted conflicts in the region and the implications for international peace, security and development (United Nations doc. A/62/810).

The second statement contains this passage:

> "The Georgian side expresses its extreme concern about this fact [the identity of a militant who had been killed], proving that separatist illegitimate armed forces are constantly receiving support from a party which is supposed to be a facilitator of the conflict resolution process. Regretfully, we have been witnessing such a pattern of behaviour for 14 years. At the same time high-ranking Russian officials consider [sic] ordinary support and training to so-called anti-terrorist units, which in reality by nature are illegitimate military formations of the *de facto* Abkhaz regime, and are responsible for ethnic cleansing that took place in Abkhazia, Georgia.
>
> The Georgian Government once again reminds all States of paragraph 8 of Security Council resolution 876 (1993), in which the Council called on all States to prevent the provision from their territories or by persons under their jurisdiction of all assistance, other than humanitarian assistance." (United Nations doc. S/2007/589.)

séparatiste consistant pour l'essentiel en éléments issus des services de sécurité de la Russie voisine, qui n'ont pas le moindre lien historique d'ordre ethnique ou culturel avec le territoire». A propos de l'Abkhazie, il avait auparavant déclaré que «[c]es différends ne [relevaient] plus de griefs ethniques».

95. En septembre et octobre 2007, puis en mars et avril 2008, le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies communiqua au Secrétaire général et au président du Conseil de sécurité le texte de déclarations émanant des ministères géorgiens des affaires étrangères et de l'intérieur (Nations Unies, doc. S/2007/535; S/2007/589; A/62/765-S/2008/197; A/62/810). Les premier, troisième et quatrième documents concernaient le statut des régions, les activités des séparatistes et les opérations militaires. Aucun ne faisait état de discrimination raciale ou de nettoyage ethnique (à l'exception du dernier), ou de la responsabilité de la Fédération de Russie dans de tels actes. Le dernier document faisait effectivement référence au nettoyage ethnique, mais uniquement pour préciser que la Fédération de Russie «entend[ait] reconnaître» la légitimité des documents établis par les autorités mises en place au moyen du nettoyage ethnique. De l'avis de la Cour, le fait qu'il y était demandé à la Fédération de Russie de participer plus activement au retour en toute sécurité des personnes déplacées ne saurait être interprété comme une accusation, à l'encontre de celle-ci, d'avoir manqué à ses obligations découlant de la CIEDR, en ayant par exemple empêché pour des raisons raciales le retour des personnes déplacées. Deux autres aspects de ce document méritent de retenir l'attention: premièrement, la Fédération de Russie y était accusée d'avoir violé trois conventions, qui étaient citées, mais pas la CIEDR; deuxièmement, lorsque la Géorgie communiqua cette déclaration au Secrétaire général le 17 avril 2008, elle le pria de la faire distribuer en tant que document de l'Assemblée générale au titre d'un point de l'ordre du jour concernant les conflits prolongés dans la région et leurs incidences sur la paix, la sécurité et le développement (Nations Unies, doc. A/62/810).

La deuxième déclaration contient le passage suivant:

> «La partie géorgienne est profondément préoccupée par ce fait [l'identité d'un militant qui avait été tué], qui prouve que les forces armées séparatistes illégales ne cessent de recevoir le soutien d'une partie censée participer au processus de règlement du conflit en tant que modérateur. Nous voyons malheureusement ce genre de comportement depuis 14 ans. Qui plus est, les hauts dirigeants russes trouvent normal d'assurer appui et formation aux unités soi-disant antiterroristes, qui sont en réalité foncièrement des formations militaires illégales du régime abkhaze *de facto*, responsables de l'épuration ethnique menée en Abkhazie (Géorgie).
>
> Le Gouvernement géorgien rappelle une fois de plus à tous les Etats le paragraphe 8 de la résolution 876 (1993) du Conseil de sécurité, par lequel le Conseil a demandé à tous les Etats d'empêcher que toute forme d'assistance autre qu'humanitaire ne soit apportée à partir de leur territoire ou par des personnes relevant de leur juridiction.» (Nations Unies, doc. S/2007/589.)

Again the reference to ethnic cleansing is not stated as a claim against the Russian Federation regarding compliance with its obligations under CERD.

96. Georgia referred the Court to six further statements made between January 2006 and September 2007 by its Foreign Ministry and by its Ministry for Conflict Resolution Issues. The complaints against the Russian Federation are limited to the Russian peacekeepers' "culpable inaction", "criminal inaction" and "even encouragement" of the actions of the separatist authorities, and are not related to racial discrimination. Accordingly, the Court gives the statements no legal significance for the purposes of the present case. (See similarly the statement of 22 November 2007.)

97. On 19 April 2008 the Georgian Foreign Ministry in a press statement referred to the "*de facto* annexation of Georgia's integral parts . . . and neglect of human rights of an absolute majority of the regions' population — victims of ethnic cleansing". The statement is primarily about the status of the two regions and Russian Federation policies and practices relevant to those regions and makes no claim against the Russian Federation about racial discrimination.

98. On 21 April 2008 the Georgian President made a "special statement" about "aggressive steps taken" by the Russian Air Force. The only reference to racial discrimination was to past events which occurred before CERD entered into force between the Parties and related to the 1992-1993 Russian Federation bombing: "[e]thnic cleansing . . . took place [at] that time and [a] new aggressive regime was established".

99. On 12 May 2008 the President of Georgia addressed representatives of five European Union member States who were visiting Georgia, about what he referred to as the peace plan relating to Abkhazia, avoiding conflict, securing territorial integrity and return of refugees, alleged breaches of norms of international conduct by the Russian Federation, relating to incursions into Georgian airspace, illegal movement of Russian Federation peacekeeping forces, the status of the regions and the issuing by the Russian Federation of passports. The European Union, he said, must state that it will never recognize any kind of breakaway of Georgian territory and will never recognize the results of ethnic cleansing. Again there is no claim against the Russian Federation of breaches of its obligations under CERD.

100. The final exchange between Georgia and the Russian Federation before armed conflict broke out in August 2008 consists of a letter of 24 June 2008 from President Saakashvili to President Medvedev and President Medvedev's reply of 1 July. The Georgian President offered a number of proposals for the President of the Russian Federation to consider "directed at the substantial decrease of tension, restoration of trust

Encore une fois, la référence au nettoyage ethnique n'était pas formulée comme une accusation, contre la Fédération de Russie, de ne pas respecter ses obligations en vertu de la CIEDR.

96. La Géorgie a présenté à la Cour six autres déclarations faites entre janvier 2006 et septembre 2007 par son ministère des affaires étrangères et son ministère chargé de la résolution des conflits. Dans les griefs qu'ils y formulent à l'encontre de la Fédération de Russie, les ministères se bornent à stigmatiser l'«inaction coupable» et l'«inaction criminelle» de la force russe de maintien de la paix, «voire ... les encouragements» qu'elle aurait prodigués aux autorités séparatistes; ces déclarations sont sans rapport avec la discrimination raciale. Dès lors, la Cour ne leur accorde aucune valeur juridique aux fins de la présente espèce. (Voir, de même, la déclaration du 22 novembre 2007.)

97. Le 19 avril 2008, le ministère géorgien des affaires étrangères mentionna dans un communiqué de presse «l'annexion *de facto* de régions ... qui font partie intégrante de la Géorgie et le mépris des droits de l'homme d'une grande majorité de la population de ces régions, victimes d'un nettoyage ethnique». Cette déclaration porte essentiellement sur le statut des deux régions ainsi que sur les politiques et pratiques que la Fédération de Russie y mettait en œuvre; elle ne contient aucune allégation de discrimination raciale visant la Fédération de Russie.

98. Le 21 avril 2008, le président de la Géorgie fit une «déclaration spéciale» sur l'«offensive lancée» par les forces aériennes de la Fédération de Russie, dans laquelle il ne parla de discrimination raciale qu'à propos d'événements qui s'étaient déroulés avant l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties et étaient liés au bombardement russe de 1992-1993: «[l]e territoire avait à l'époque fait l'objet d'un nettoyage ethnique et un nouveau régime brutal avait été mis en place».

99. Le 12 mai 2008, dans un discours aux représentants de cinq pays membres de l'Union européenne qui s'étaient rendus en Géorgie, le président de la Géorgie évoqua ce qu'il a appelé le plan de paix pour l'Abkhazie, ainsi que la nécessité d'éviter le conflit et de préserver l'intégrité territoriale, le retour des réfugiés, la violation des normes devant régir le comportement entre Etats dont la Fédération de Russie se serait rendue coupable en se livrant à des incursions dans l'espace aérien de la Géorgie, le mouvement illicite de la force russe de maintien de la paix, le statut des régions et la délivrance de passeports par la Fédération de Russie. Il engagea l'Union européenne à déclarer qu'elle n'accepterait jamais aucune forme de sécession du territoire géorgien, ni les conséquences du nettoyage ethnique. Là encore, il n'était pas allégué que la Fédération de Russie avait violé ses obligations en vertu de la CIEDR.

100. Le dernier échange entre la Géorgie et la Fédération de Russie avant le début du conflit armé en août 2008 est une lettre du 24 juin 2008 que le président Saakachvili adressa au président Medvedev et la réponse de ce dernier le 1er juillet. Le président de la Géorgie invitait le président de la Fédération de Russie à examiner un certain nombre de propositions «visant à réduire sensiblement les tensions, rétablir la confiance et contri-

and assistance in peaceful settlement of the conflict in Abkhazia, Georgia". Two of the proposals refer to refugees and IDPs.

> "Free Economic Zone will be created in the territory of Gali and Ochamchire Districts of Abkhazia, where the population is practically absent at present. Mixed Georgian-Abkhazian administrations and mixed Georgian-Abkhazian law enforcement organs will be created in both districts. Safe and dignified return of refugees and IDPs to Gali and Ochamchire Districts will be organized. The Georgian side undertakes to provide social welfare fully for the population of these districts.
>
> . . . . . .
>
> The parties to the conflict could also conclude a separate agreement about non-use of force and return of IDPs and refugees to the entire territory of Abkhazia, Georgia."

An additional proposal was for the continuation of the peacekeeping operation of the CIS with a reviewed mandate. The Georgian President proposed that the Russian Federation be one of the guarantors of the agreements which he was to negotiate in line with these proposals.

101. The President of the Russian Federation in his reply said that he had attentively reviewed the proposals on the problems of regulation of the Georgian-Abkhazian conflict, noting that "[m]ost of the elements can be relevant at different stages of regulation" and that "[y]our principal partner must be Abkhazia" which would presume a full-scale negotiation process. Having stated that "[u]nfortunately, the sides [to the conflict] feel deep mutual mistrust as of today", the President of the Russian Federation continued:

> "In this situation, frankly speaking it is difficult to imagine, for example, the creation of joint Georgian-Abkhaz administration or law-enforcement organs in any district of Abkhazia. It is also apparently untimely to put the question of the return of refugees in such a categorical manner. Abkhazs perceive this as a threat to their national survival in the current escalated situation and we have to understand them.
>
> Because of this, I propose to concentrate on the initial and most important for today — the real measures directed towards decreasing the tensions and restoration of trust that will allow resuming the process of Georgian-Abkhaz regulation which was ceased in July 2006."

He then went on to address other matters in the Georgian list, and concluded with reference to two of them in this way:

> "We are also ready to discuss your proposal regarding the creation of a Russian-Georgian intergovernmental commission on the issues of economic rehabilitation of Abkhazia. As far as I understand that

buer au règlement pacifique du conflit en Abkhazie (Géorgie)». Deux de ces propositions avaient trait aux réfugiés et aux personnes déplacées:

> «Une zone franche sera créée sur le territoire des districts de Gali et d'Ochamchire en Abkhazie, pratiquement inhabités à l'heure actuelle. Des administrations et des forces de l'ordre conjointes (géorgiennes et abkhazes) seront mises en place dans les deux districts. Le retour dans la sécurité et la dignité des réfugiés et des personnes déplacées dans les districts de Gali et d'Ochamchire sera organisé. La partie géorgienne s'engage à assurer pleinement la protection sociale de la population de ces districts.
>
> . . . . . .
>
> Les parties au conflit pourraient également conclure un accord distinct sur le non-recours à la force et le retour des personnes déplacées et des réfugiés dans tout le territoire de l'Abkhazie (Géorgie).»

Une autre proposition tendait à ce que l'opération de maintien de la paix menée sous l'égide de la CEI se poursuive avec un mandat revisé. Enfin, le président géorgien invitait la Fédération de Russie à être l'un des garants des accords qu'il allait négocier dans l'esprit de ces propositions.

101. Dans sa réponse, le président de la Fédération de Russie disait avoir examiné avec attention les propositions relatives au règlement du conflit entre la Géorgie et l'Abkhazie, précisant: «La plupart des éléments qu'elles contiennent peuvent s'avérer utiles à différentes étapes du règlement» et «[v]otre partenaire principal doit être l'Abkhazie», ce qui impliquerait l'ouverture d'un processus de négociation global. Après avoir indiqué que, «[m]alheureusement, les parties nourriss[ai]ent actuellement une profonde méfiance mutuelle», le président de la Fédération de Russie ajoutait:

> «Dans un tel contexte, il est en toute franchise difficile d'imaginer, par exemple, la création d'administrations ou de forces de l'ordre conjointes géorgiennes et abkhazes dans un district abkhaze. De plus, il semble inopportun de poser la question du retour des réfugiés de manière aussi catégorique. Eu égard aux vives tensions actuelles, les Abkhazes y voient une menace à leur survie nationale et nous devons les comprendre.
>
> Pour cette raison, je propose de nous concentrer pour l'instant sur les aspects initiaux et les plus importants, à savoir les mesures réelles destinées à atténuer les tensions et à rétablir la confiance, ce qui permettrait de reprendre le processus de règlement du conflit entre la Géorgie et l'Abkhazie interrompu en juillet 2006.»

Il abordait ensuite d'autres questions soulevées par le président de la Géorgie et, à propos de deux d'entre elles, concluait en ces termes:

> «Par ailleurs, nous sommes prêts à discuter de vos propositions concernant la création d'une commission intergouvernementale russo-géorgienne sur le redressement économique de l'Abkhazie. Si

would mean the cancellation of the sanction introduced in January 1996 on the basis of the Decision of the CIS Heads of States on the Sanctions against Abkhazia. By the way, in terms of directions, this would have been consonant with the measures taken by the Russian side within the framework of the April Order of the President of the Russian Federation.

And of course we will welcome Georgia to join the process of preparation for the 2014 Olympic Games in Sochi.

In sum, quite a specific and positive agenda of our joint actions is emerging."

102. Georgia sees the response on the issue of the return of IDPs as "a categorical rejection" of their return, and evidence of a legal dispute between Georgia and the Russian Federation "concerning the return of ethnic Georgians to the regions of Georgia from which they had been expelled because of their ethnicity".

103. As the Parties have said, this exchange is important, given its timing, the position and responsibility of the authors of the letters and the contents of the letters. The Court finds that the letters do not evidence a dispute between the Parties about the obligations of the Russian Federation in respect of the impeding of the return of refugees and IDPs for reasons of racial discrimination: Georgia is approaching the Russian Federation as a facilitator, as a potential guarantor and in terms of its role in the CIS peacekeeping forces. The Abkhaz side (the other "party to the conflict") is the party which under the proposals would, with Georgia, have the role of facilitating the return of the IDPs and refugees. No proposal was made by Georgia to the Russian Federation for the latter to take action with respect to the return of IDPs and refugees.

104. The final document on which Georgia relies, before those issued at the time of the armed conflict in August 2008, is a press release of its Foreign Ministry issued on 17 July 2008. In answer to a question relating to a statement by the Foreign Minister of the Russian Federation about the signing of a non-use of force agreement between Georgia and Abkhazia and the return of refugees, the Ministry said that the statement was completely at variance with the mandate of the CIS collective peacekeeping forces: they were to create conditions for the unconditional and dignified return of refugees and IDPs. Moscow's true design, it said, was:

"to legalize results of the ethnic cleansing instigated by itself and conducted through Russian citizens in order to make easier annexation of the integral part of Georgia's internationally recognized territory, which the Russian Federation tries to achieve via military intervention in Abkhazia, Georgia. Moscow's insistence on the signing of

j'ai bien compris, cela signifierait l'annulation de la sanction adoptée en janvier 1996 sur la base de la décision des chefs d'Etat des pays membres de la CEI relative aux sanctions contre l'Abkhazie. Une telle décision serait, en tout état de cause, conforme aux mesures adoptées par la partie russe dans le cadre de l'ordonnance prise en avril par le président de la Fédération de Russie.

Et, bien entendu, nous inviterons la Géorgie à rejoindre le processus de préparation des Jeux olympiques de 2014 à Sotchi.

En résumé, je me félicite de l'émergence d'un programme précis et positif d'actions communes.»

102. La Géorgie interprète la réponse apportée à la question du retour des personnes déplacées comme un «refus catégorique», et comme une preuve de l'existence d'un différend d'ordre juridique l'opposant à la Fédération de Russie «sur la question du retour des Géorgiens de souche dans les régions de Géorgie dont ils avaient été expulsés en raison de leur appartenance ethnique».

103. Comme les Parties l'ont dit, cet échange est important étant donné la date à laquelle il a eu lieu, ainsi que les fonctions et responsabilités des auteurs des lettres et la teneur de celles-ci. La Cour conclut que ces lettres n'apportent pas la preuve d'un différend entre les Parties au sujet d'obligations que la Fédération de Russie enfreindrait en empêchant le retour des réfugiés et des personnes déplacées pour des motifs de discrimination raciale. La Géorgie s'adressait à la Fédération de Russie en sa qualité de facilitateur et de garant éventuel et en raison du rôle qu'elle jouait dans la force de maintien de la paix de la CEI. La partie abkhaze (l'autre «partie au conflit») est celle qui, d'après ces propositions, aurait, avec la Géorgie, la mission de faciliter le retour des personnes déplacées et des réfugiés. La Géorgie n'invitait nullement la Fédération de Russie à prendre des mesures concernant le retour des personnes déplacées et des réfugiés.

104. Le dernier document sur lequel s'appuie la Géorgie, avant ceux qui datent de la période du conflit armé d'août 2008, est un communiqué de presse de son ministère des affaires étrangères du 17 juillet 2008. En réponse à une question relative à une déclaration du ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie sur la signature d'un traité de non-recours à la force entre la Géorgie et l'Abkhazie et le retour des réfugiés, le ministère géorgien des affaires étrangères affirmait que cette déclaration était en contradiction flagrante avec le mandat de la force collective de maintien de la paix de la CEI, qui devait créer les conditions nécessaires au retour des réfugiés et des personnes déplacées, sans condition et dans la dignité. Il présentait ainsi ce qui, selon lui, était le véritable dessein de Moscou:

«consacrer juridiquement les conséquences du nettoyage ethnique perpétré par des citoyens russes à l'instigation de leur gouvernement afin de faciliter l'annexion d'une partie intégrante du territoire internationalement reconnu de la Géorgie, ce que la Fédération de Russie tente de réaliser par l'intervention militaire en Abkhazie (Géorgie).

another treaty on the non-use of force serves the same immoral goal as well."

The Court considers that the reference to ethnic cleansing may again be read as relating to the events of the early 1990s. This reference is to be understood in the context of the principal theme of the press release, that is, the concern of Georgia in relation to the status of Abkhazia and the territorial integrity of Georgia. In light of the record it remains unclear whether the press release came to the attention of the Russian Federation. In any case, the press release raised the issue of the proper fulfilment of the mandate of the CIS peacekeeping force, and not the Russian Federation's compliance with its obligations under CERD.

105. The Court, on the basis of its review of the documents and statements issued by the Parties and others between 1999 and July 2008 concludes, for the reasons given in relation to each of them, that no legal dispute arose between Georgia and the Russian Federation during that period with respect to the Russian Federation's compliance with its obligations under CERD.

6. August 2008

106. Armed hostilities began in South Ossetia during the night of 7 to 8 August 2008. According to the Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia established by the Council of the European Union, on that night:

"a sustained Georgian artillery attack struck the town of Tskhinvali. Other movements of the Georgian armed forces targeting Tskhinvali and the surrounding areas were under way, and soon the fighting involved Russian, South Ossetian and Abkhaz military units and armed elements. It did not take long, however, before the Georgian advance into South Ossetia was stopped. In a counter-movement, Russian armed forces, covered by air strikes and by elements of its Black Sea fleet, penetrated deep into Georgia, cutting across the country's main east-west road, reaching the port of Poti and stopping short of Georgia's capital city, Tbilisi. The confrontation developed into a combined inter-state and intra-state conflict, opposing Georgian and Russian forces at one level of confrontation as well as South Ossetians together with Abkhaz fighters and the Georgians at another." (Report, Vol. 1, para. 2.)

107. The conflict continued for five days. On 12 August the President of the French Republic (which held the rotating Presidency of the European Union) took the initiative and, following discussions with the President of the Russian Federation, proposed six principles "to bring about a permanent ceasefire in the Ossetian-Georgian zone of the conflict". Fol-

> L'insistance de Moscou pour que soit signé un autre traité sur le non-recours à la force sert aux mêmes fins immorales.»

Selon la Cour, la référence au nettoyage ethnique peut, là encore, être considérée comme ayant trait aux événements du début des années 1990. Il convient de la situer dans le contexte de ce communiqué de presse, dont le thème principal était la préoccupation de la Géorgie à propos du statut de l'Abkhazie et de l'intégrité territoriale de la Géorgie. Au vu du dossier de l'affaire, il n'est pas certain que la Fédération de Russie ait eu connaissance de ce communiqué. Celui-ci soulevait en tout cas la question de la bonne exécution du mandat de la force de maintien de la paix de la CEI, et non celle du respect par la Fédération de Russie de ses obligations au titre de la CIEDR.

105. La Cour, ayant examiné les documents et déclarations des Parties et autres intervenants relatifs à la période allant de 1999 à juillet 2008, conclut, pour les raisons indiquées à propos de chacun d'entre eux, qu'il n'existait alors aucun différend d'ordre juridique entre la Géorgie et la Fédération de Russie au sujet du respect par celle-ci de ses obligations en vertu de la CIEDR.

6. Le mois d'août 2008

106. Les hostilités armées commencèrent en Ossétie du Sud pendant la nuit du 7 au 8 août 2008. D'après le rapport de la mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie créée par le Conseil de l'Union européenne, cette nuit-là,

> «la Géorgie lança une attaque à l'artillerie lourde sur la ville de Tskhinvali. D'autres mouvements des forces armées géorgiennes visant Tskhinvali et les régions environnantes étaient en cours, et des unités militaires et éléments armés russes, sud-ossètes et abkhazes prirent rapidement part aux combats. Toutefois, il ne fallut pas longtemps pour que l'avancée des troupes géorgiennes en Ossétie du Sud soit stoppée. Dans une contre-offensive, les forces armées russes, couvertes par des frappes aériennes et par des éléments de la flotte russe basée en mer Noire, pénétrèrent très avant en territoire géorgien, coupant la principale voie qui traverse le pays d'est en ouest, atteignant le port de Poti et s'arrêtant à quelques kilomètres de la capitale de la Géorgie, Tbilissi. Les affrontements se transformèrent en un conflit à la fois externe et interne opposant, d'une part, les forces géorgiennes aux forces russes et, d'autre part, les combattants sud-ossètes et abkhazes aux Géorgiens.» (Rapport, vol. 1, par. 2.)

107. Le conflit se poursuivit pendant cinq jours. Le 12 août, le président de la République française (qui assurait alors la présidence tournante de l'Union européenne) prit l'initiative et, à la suite de discussions avec le président de la Fédération de Russie, proposa six principes en vue d'«obtenir un cessez-le-feu définitif dans la zone du conflit osséto-

lowing negotiations, the plan was signed by Abkhazia and South Ossetia on 14 August, by Georgia on 15 August, and by the Russian Federation on 16 August 2008. The agreed principles were:

> (1) non-use of force; (2) the absolute cessation of hostilities; (3) free access to humanitarian assistance; (4) withdrawal of the Georgian armed forces to their permanent positions; (5) withdrawal of the Russian armed forces to the line where they were stationed prior to the beginning of hostilities; pending the establishment of international mechanisms, the Russian peacekeeping forces will take additional security measures; (6) an international debate on ways to ensure security and stability in the region.

108. The first statement cited by Georgia from this period is its Presidential Decree on the Declaration of a State of War and Full Scale Mobilization of 9 August 2008. The Decree begins by referring to "[s]eparatists [who] are engaged in massive violation of human rights and freedoms, armed assaults on peaceful population and violence". The Russian Federation armed attack, it continues, provided "full support of the separatist forces". The Russian Federation "military aggression" required the exercise of the right of self-defence as provided in Article 51 of the Charter and other documents. The Court observes that this Decree does not allege that the Russian Federation was in breach of its obligations relating to the elimination of racial discrimination. Its concern is with the allegedly unlawful use of armed force.

109. In a press conference with foreign journalists held on 9 August 2008, President Saakashvili made a statement which began with allegations about "Russia . . . launch[ing] a full scale military invasion of Georgia". The President said that he also had to indicate:

> "that Russian troops, Russian tanks that moved in, into South Ossetia on their way expelled the whole ethnically Georgian population of South Ossetia. This morning they've committed the ethnic cleansing in all areas they control in South Ossetia, they have expelled ethnic Georgians living there. Right now they are trying to set up the ethnic cleansing of ethnic Georgians from upper Abkhazia — Kodori Gorge."

On the following day, 10 August 2008, the Georgian representative, at a meeting of the Security Council called at Georgia's request, in his initial statement referred to "the process of exterminating the Georgian population", but the first explicit reference to racial discrimination came in the initial statement by the representative of the Russian Federation:

> "What legal terms can be used to describe what has been done by the Georgian leadership? Can we use 'ethnic cleansing', for example, when,

géorgien». A la suite de négociations, le plan fut signé par l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud le 14 août 2008, par la Géorgie le 15 et par la Fédération de Russie le 16. Les principes adoptés étaient les suivants:

> 1) non-recours à la force; 2) cessation définitive des hostilités; 3) libre accès à l'aide humanitaire; 4) retrait des forces géorgiennes dans leurs lieux habituels de cantonnement; 5) retrait des forces militaires russes sur [leurs] lignes antérieures au déclenchement des hostilités; en attendant la création d'un mécanisme international, mise en œuvre par ces forces d[e] mesures de sécurité supplémentaires; 6) ouverture de discussions internationales sur les moyens d'assurer la sécurité et la stabilité dans la région.

108. La première déclaration datant de cette période citée par la Géorgie est le décret présidentiel du 9 août 2008 sur la proclamation de l'état de guerre et la mobilisation générale. Après avoir dénoncé «[l]es séparatistes [qui] se livr[ai]ent à des violations massives des droits de l'homme et des libertés, à des attaques armées contre la population pacifique et à des violences», le président affirmait que, par son attaque armée, la Fédération de Russie fournissait «un appui sans réserve ... aux forces séparatistes» et que son «agression militaire» exigeait l'exercice du droit de légitime défense prévu à l'article 51 de la Charte et dans d'autres documents. La Cour observe que rien dans ce décret n'accuse la Fédération de Russie d'avoir violé ses obligations en matière d'élimination de la discrimination raciale. Il y est question du recours prétendument illicite à la force armée.

109. Dans une conférence de presse destinée aux journalistes étrangers organisée le 9 août 2008, le président Saakachvili fit une déclaration dans laquelle il commençait par accuser «la Fédération de Russie ... de s'être livrée à une véritable invasion militaire de la Géorgie». Il tenait également à préciser que,

> «après être entrés en Ossétie du Sud, les soldats et les chars russes [avaient] expulsé l'ensemble de la population de souche géorgienne de la région. Ce matin, ils [avaient] procédé au nettoyage ethnique de toutes les zones placées sous leur contrôle et [avaient] expulsé les habitants de souche géorgienne. En ce moment même, ils organis[ai]ent le nettoyage ethnique des Géorgiens de souche en Haute-Abkhazie — dans les gorges de Kodori.»

Le lendemain, 10 août 2008, le représentant de la Géorgie à une séance du Conseil de sécurité convoquée à la demande de ce pays mentionna, dans sa première déclaration, «[l]e processus d'extermination de la population géorgienne», mais c'est dans la première déclaration du représentant de la Fédération de Russie qu'il fut pour la première fois expressément question de discrimination raciale:

> «Quels termes juridiques peut-on utiliser pour décrire ce qu'ont fait les dirigeants géorgiens? Pouvons-nous parler de «nettoyage ethnique»,

> over a number of days, nearly 30,000 of the 120,000 people of South Ossetia have become refugees who have fled to Russia: more than a quarter of the population. They went across the border from South Ossetia to the North at great risk to their lives. Is that ethnic cleansing or is it not?" (United Nations doc. S/PV.5953, 10 August 2008, p. 8.)

The Georgian representative responded that "[w]e cannot [turn a blind eye] now because that is exactly Russia's intention: to erase Georgian statehood and to exterminate the Georgian people" (*ibid.*, p. 16). The representative of the Russian Federation in the next statement in the debate countered that "the intention of the Russian Federation in this case is to ensure that the people of South Ossetia and Abkhazia not fear for their lives or for their identity" (United Nations doc. S/PV.5953, 10 August 2008, p. 17). The Court observes that civilians in regions directly affected by ongoing military conflict will in many cases try to flee — in this case Georgians to other areas of Georgia and Ossetians to the Russian Federation.

110. On 11 August 2008 the Georgian Ministry of Foreign Affairs released a statement to the effect that:

> "According to the reliable information held by the Ministry of Foreign Affairs of Georgia, Russian servicemen and separatists carry out mass arrests of peaceful civilians of Georgian origin still remaining on the territory of the Tskhinvali region and subsequently concentrate them on the territory of the village of Kurta.
>
> Georgia appeals to the International Red Cross and other humanitarian and international organizations and the international community as a whole to immediately take decisive and effective measures for the evacuation of this population from the conflict zone."

111. On that same day, 11 August, President Saakashvili in a CNN interview stated the following:

> "And what was left of upper Abkhazia has been bitterly attacked for the last two days. And right now, as we speak, there is an ethnic cleansing of the whole ethnic Georgian population of Abkhazia taking place by Russian troops. I directly accuse Russia of ethnic cleansing there. And it's happening now.
>
> The other thing is that, if you go down to South Ossetia, where also being held from half of the South Ossetia, which we always controlled, they fully expelled a couple of days ago the whole Georgian population. Russian troops have moved first to occupy the town of Gori, which is around 40 kilometres from Tskhinvali, the original capital of South Ossetia."

112. On the following day, 12 August 2008, the Foreign Minister of the Russian Federation in a Joint Press Conference with the Minister for

par exemple, quand quelques jours suffisent pour transformer en réfugiés près de 30 000 personnes, soit plus d'un quart des 100 000 personnes qui vivent en Ossétie du Sud? Ces personnes ont quitté l'Ossétie du Sud pour le nord au péril de leur vie. S'agit-il ou non de nettoyage ethnique?» (Nations Unies, doc. S/PV.5953, 10 août 2008, p. 8.)

Le représentant de la Géorgie répondit: «Nous ne pouvons pas [fermer les yeux] aujourd'hui, car c'est précisément l'intention de la Russie: éliminer l'Etat géorgien et exterminer sa population.» (*Ibid.*, p. 17-18.) Dans une nouvelle intervention, le représentant de la Fédération de Russie précisa que «les intentions de la Fédération de Russie dans cette situation [étaient] de garantir que les peuples de l'Ossétie du Sud et de l'Abkhazie n'aur[aie]nt pas à craindre pour leur vie ou pour leur identité» (Nations Unies, doc. S/PV.5953, 10 août 2008, p. 18). La Cour observe que les populations civiles vivant dans des régions qui subissent directement les conséquences d'un conflit armé prolongé tentent souvent de fuir — en l'espèce les Géorgiens vers d'autres zones de la Géorgie et les Ossètes vers la Fédération de Russie.

110. Le 11 août 2008, le ministère géorgien des affaires étrangères publia le communiqué de presse suivant:

«Selon des informations fiables détenues par le ministère géorgien des affaires étrangères, des militaires russes et les séparatistes procèdent à l'arrestation massive des civils pacifiques de souche géorgienne qui se trouvent encore sur le territoire de la région de Tskhinvali pour les concentrer sur la commune du village de Kourta.

La Géorgie demande à la Croix-Rouge internationale, aux autres organismes humanitaires, aux organisations internationales et à la communauté internationale dans son ensemble de prendre des mesures immédiates, résolues et efficaces pour évacuer cette population de la zone du conflit.»

111. Ce même jour, le 11 août, le président Saakachvili déclara ce qui suit dans une interview diffusée sur CNN:

«Et ce qui restait de la Haute-Abkhazie est au cœur de combats acharnés depuis deux jours. A l'heure où je vous parle, toute la population abkhaze de souche géorgienne est victime d'un nettoyage ethnique mené par les troupes russes. J'accuse directement la Russie de nettoyage ethnique dans cette zone. Et cela se passe en ce moment même.

Pour ce qui est de l'Ossétie du Sud, la moitié de cette province, que nous avons toujours contrôlée, ne nous est plus accessible et l'intégralité de la population géorgienne en a été expulsée il y a deux jours. Les troupes russes ont occupé dans un premier temps la ville de Gori, située à une quarantaine de kilomètres de Tskhinvali, la capitale originelle de l'Ossétie du Sud.»

112. Le lendemain, c'est-à-dire le 12 août 2008, à l'occasion d'une conférence de presse conjointe avec le ministre finlandais des affaires

Foreign Affairs of Finland in his capacity as Chairman-in-Office of the OSCE, said the following:

> "A couple of days after [US Secretary of State] Rice had urgently asked me not to use such expressions, Mr. Saakashvili . . . claimed hysterically that the Russian side wanted to annex the whole of Georgia and, in general, he did not feel shy of using the term ethnic cleansings, although, true, it was Russia that he accused of carrying out those ethnic cleansings."

113. The Court observes that while the Georgian claims of 9 to 12 August 2008 were primarily claims about the allegedly unlawful use of force, they also expressly referred to alleged ethnic cleansing by Russian forces. These claims were made against the Russian Federation directly and not against one or other of the parties to the earlier conflicts, and were rejected by the Russian Federation. The Court concludes that the exchanges between the Georgian and Russian representatives in the Security Council on 10 August 2008, the claims made by the Georgian President on 9 and 11 August and the response on 12 August by the Russian Foreign Minister establish that by that day, the day on which Georgia submitted its Application, there was a dispute between Georgia and the Russian Federation about the latter's compliance with its obligations under CERD as invoked by Georgia in this case.

7. Conclusion

114. The first preliminary objection of the Russian Federation is accordingly dismissed.

III. Second Preliminary Objection — Procedural Conditions in Article 22 of CERD

1. Introduction

115. The Court will now turn to consider the Russian Federation's second preliminary objection.

116. The essence of this objection is that Article 22 of CERD, the sole jurisdictional basis invoked by Georgia to found the Court's jurisdiction, contains two procedural preconditions, namely, negotiations and referral to procedures expressly provided for in CERD that must both be fulfilled before recourse to the Court is had. The Russian Federation contends that, in the present instance, neither precondition was met.

117. Article 22 reads:

> "Any dispute between two or more States Parties with respect to the interpretation or application of this Convention, which is not set-

étrangères en sa qualité de président en exercice de l'OSCE, le ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie fit la déclaration suivante:

> «Deux jours après que [la secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique] Mme Rice m'a exhorté à ne pas employer de telles expressions, M. Saakachvili ... a proféré des propos hystériques, accusant la partie russe de chercher à annexer l'ensemble de la Géorgie, sans hésiter à employer le terme de nettoyage ethnique; mais il est vrai que c'est la Russie qu'il accusait de tels actes.»

113. La Cour observe que, si les griefs formulés par la Géorgie entre le 9 et le 12 août 2008 portaient essentiellement sur le prétendu recours illicite à la force, ils se référaient aussi expressément à un prétendu nettoyage ethnique perpétré par les forces russes. Ces griefs visaient directement la Fédération de Russie et non telle ou telle autre partie aux conflits antérieurs, et ils furent rejetés par la Fédération de Russie. La Cour en conclut que les échanges qui eurent lieu le 10 août 2008 entre les représentants de la Géorgie et de la Fédération de Russie au Conseil de sécurité, les accusations formulées les 9 et 11 août par le président de la Géorgie et la réponse qui leur fut donnée le 12 août par le ministre russe des affaires étrangères attestent que, ce jour-là, c'est-à-dire le jour où la Géorgie déposa sa requête, un différend relatif au respect par la Fédération de Russie de ses obligations en vertu de la CIEDR invoquées par la Géorgie existait entre ces deux Etats.

7. Conclusion

114. La première exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie est donc rejetée.

III. Deuxième exception préliminaire — conditions procédurales posées à l'article 22 de la CIEDR

1. Introduction

115. La Cour examinera à présent la deuxième exception préliminaire de la Fédération de Russie.

116. Cette exception consiste essentiellement à dire que l'article 22 de la CIEDR, seule base sur laquelle la Géorgie entend fonder la compétence de la Cour, contient deux conditions procédurales préalables, à savoir la tenue de négociations et le recours aux procédures expressément prévues par la Convention, qui doivent l'une et l'autre être remplies avant que la Cour puisse être saisie. La Fédération de Russie affirme que, en l'espèce, ni l'une ni l'autre n'étaient remplies.

117. L'article 22 est ainsi libellé:

> «Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura

tled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention, shall, at the request of any of the parties to the dispute, be referred to the International Court of Justice for decision, unless the disputants agree to another mode of settlement."

118. There is much in this compromissory clause on which the two Parties hold different interpretations. First they disagree on the meaning of the phrase "[a]ny dispute . . . which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for". The Russian Federation maintains that the phrase imposes a precondition to the jurisdiction of the Court, in that it requires that an attempt must have been made to resolve the dispute by the means specified in Article 22 and that that attempt must have failed before the dispute can be referred to the Court. Georgia on the other hand interprets the phrase as imposing no affirmative obligation for the Parties to have attempted to resolve the dispute through negotiation or through the procedures established by CERD. According to Georgia, all that is required is that, as a matter of fact, the dispute has not been so resolved.

119. Secondly, the two Parties also offer different interpretations of the co-ordinate conjunction "or" in the phrase "[a]ny dispute . . . which is not settled by negotiation *or* by the procedures expressly provided for". The Russian Federation maintains that the two preconditions are cumulative, and that fulfilment of only one or the other would not therefore be sufficient. Georgia takes the opposite view arguing, as a matter of textual exegesis, that the two preconditions — assuming them to be so — are alternative.

120. Thirdly, assuming that negotiations are a precondition for the seisin of the Court, the two Parties disagree as to what constitutes negotiations including the extent to which they must be pursued before it can be concluded that the precondition under Article 22 of CERD has been fulfilled. Additionally, they disagree as to the format of negotiations and the extent to which they should refer to the substantive obligations under CERD.

121. The Court will begin by presenting the arguments of the Parties regarding the above-mentioned issues concerning the interpretation of Article 22 of CERD. It will then give its interpretation of the Article and determine whether the second preliminary objection of the Russian Federation is well based in law and in fact.

2. Whether Article 22 of CERD Establishes Procedural Conditions for the Seisin of the Court

122. The Parties deploy a number of arguments in support of their respective interpretations of Article 22 of CERD, relating to: *(a)* the ordinary meaning of its terms in their context and in light of the object

pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement.»

118. Les Parties interprètent différemment nombre d'aspects de cette clause compromissoire. Premièrement, elles s'opposent sur le sens de la formule «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues». La Fédération de Russie affirme que la compétence de la Cour est ainsi soumise à une condition préalable puisque sa saisine n'est possible que s'il a été préalablement tenté de régler le différend par les moyens prévus à l'article 22 et que cette tentative n'a pas abouti. La Géorgie considère quant à elle que la formule susvisée n'impose pas aux Parties l'obligation positive d'avoir tenté de régler le différend par voie de négociation ou au moyen des procédures prévues par la Convention. Pour la Géorgie, la seule exigence, en fait, c'est que le différend n'ait pas été réglé de la sorte.

119. Deuxièmement, les Parties font aussi des interprétations différentes de la conjonction de coordination «ou» dans le membre de phrase «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation *ou* au moyen des procédures expressément prévues». La Fédération de Russie soutient que ces deux conditions préalables sont cumulatives et qu'il ne suffirait donc pas que l'une ou l'autre soit remplie. A l'opposé, la Géorgie, se fondant sur une interprétation littérale du texte, affirme que les deux conditions préalables — à supposer qu'elles soient effectivement des conditions préalables — sont alternatives.

120. Troisièmement, dans l'hypothèse où la tenue de négociations est une condition préalable à la saisine de la Cour, les Parties divergent sur ce qui constitue des négociations, notamment sur le point jusqu'auquel celles-ci doivent être menées avant qu'il soit possible de conclure que la condition préalable posée à l'article 22 de la CIEDR est remplie. Elles s'opposent en outre sur la forme que devraient prendre ces négociations et sur la question de savoir dans quelle mesure celles-ci devraient se référer spécifiquement aux obligations de fond découlant de la Convention.

121. La Cour commencera par présenter les arguments des Parties concernant les questions susmentionnées relatives à l'interprétation de l'article 22 de la CIEDR. Elle donnera ensuite son interprétation de cet article et déterminera alors si la deuxième exception préliminaire de la Fédération de Russie est bien fondée en droit et en fait.

2. Le point de savoir si l'article 22 de la CIEDR établit des conditions procédurales pour la saisine de la Cour

122. A l'appui de leurs interprétations respectives de l'article 22 de la CIEDR, les Parties avancent un certain nombre d'arguments qui ont trait : *a)* au sens ordinaire des termes utilisés dans cet article, considérés

and purpose of the Convention, invoking, in support of their respective positions, the Court's jurisprudence dealing with compromissory clauses of a similar nature; and *(b)* the *travaux préparatoires* of CERD.

(a) *Ordinary meaning of Article 22 of CERD*

123. Starting with the ordinary meaning of Article 22, the Russian Federation argues that the present tense in the English expression "which is not settled" is not used merely to describe a state of fact but requires that a previous attempt to settle the dispute has been made bona fide. According to the Russian Federation, this is all the more evident in the French version ("qui n'aura pas été réglé"), where the future perfect tense signifies that a previous action (i.e., an attempt to settle the dispute) must have taken place before the next stage can be embarked upon (i.e., referral to the Court). This is, in its view, the only possible common sense interpretation of Article 22 confirmed by the textual analysis of other authentic texts of CERD.

124. The Russian Federation further invokes the principle of effectiveness of interpretation in order to reject Georgia's interpretation of the phrase "which is not settled" in Article 22 as a mere observation of facts. It points out that such interpretation not only runs against the ordinary meaning of this provision, but also deprives it of any effect: it renders it tautological and meaningless since it would merely state the obvious and leave a key phrase of the provision without appropriate *effet utile*. To underline this argument, the Russian Federation asks rhetorically what would be the purpose of introducing the phrase "by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention" in Article 22 if no logical and legal consequence is to be derived from it? In its view, this phrase must *add* something to the word "dispute": the only disputes which fall within the ambit of the clause are those that cannot be settled by the means indicated therein. Consequently, according to the Russian Federation, the right to have recourse to the Court, and reciprocally the competence of the Court to entertain the claim, depend on attempts to satisfy this condition and cannot arise unless and until such attempts have been made and have failed.

125. In addition, the Russian Federation relies on the Permanent Court's dictum in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case: "before a dispute can be made the subject of an action at law, its subject matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations" (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 15). Taking this position into account, it contends that the interpretation alleged by Georgia would be tantamount to imposing on the Court the heavy burden of determining a dispute the contours of which the Parties have not determined.

*

dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention, les Parties invoquant, pour étayer leurs positions respectives à cet égard, la jurisprudence de la Cour relative à des clauses compromissoires de nature comparable; et *b)* aux travaux préparatoires de la Convention.

a) *Le sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR*

123. Commençant par examiner le sens ordinaire de l'article 22, la Fédération de Russie affirme que le temps présent utilisé dans l'expression anglaise «which is not settled» ne traduit pas un simple état de fait mais implique que les Parties doivent avoir préalablement tenté, de bonne foi, de régler le différend. Selon la Fédération de Russie, cela est d'autant plus évident dans la version française («qui n'aura pas été réglé»), où le futur antérieur signifie qu'une action préalable (c'est-à-dire une tentative de régler le différend) doit avoir lieu avant un passage à l'étape suivante (c'est-à-dire la saisine de la Cour). A son avis, telle est la seule interprétation de bon sens possible de l'article 22, que confirme l'analyse textuelle des autres textes authentiques de la CIEDR.

124. Pour réfuter la lecture que fait la Géorgie de l'expression «qui n'aura pas été réglé» figurant à l'article 22 de la CIEDR, lecture selon laquelle il s'agit là d'une simple constatation factuelle, la Fédération de Russie invoque en outre le principe de l'effet utile de l'interprétation. Elle relève qu'une telle lecture non seulement est contraire au sens ordinaire de la disposition considérée mais la prive aussi de tout effet: elle réduit l'article 22 à une tautologie et le vide de son sens, car elle revient à énoncer un truisme et ôte tout effet utile à une expression essentielle de cette disposition. Afin de bien souligner l'importance de cet argument, la Fédération de Russie pose une question rhétorique: quel serait le but d'employer dans l'article 22 la formule «par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention», si aucune conséquence logique ou juridique ne pouvait en être tirée? A son avis, cette formule doit *ajouter* quelque chose au terme «différend»: les seuls différends qui relèvent de cette clause sont ceux qui ne peuvent être réglés par les moyens y indiqués. Partant, la Fédération de Russie estime que le droit de saisir la Cour et, par là même, la compétence de celle-ci pour connaître de la demande dépendent des tentatives qui ont été faites pour remplir cette condition et ne peuvent être invoqués que si de telles tentatives ont été faites et ont échoué.

125. En outre, la Fédération de Russie invoque le *dictum* de la Cour permanente en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*: «avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 15). Elle affirme que, dès lors, «l'interprétation alléguée par la Géorgie reviendrait à faire peser sur la Cour la lourde charge de caractériser un différend dont les Parties n'ont pas indiqué les contours».

*

126. Georgia adopts a different interpretation. Referring to the ordinary meaning of the words in their context and in light of the object and purpose of CERD, it maintains that Article 22 does not establish any express obligation to negotiate nor does it establish any obligation to have recourse to the procedures provided for in Articles 11 and 12 of CERD. It points out that none of these conditions or pre-conditions are to be found in the actual text of Article 22; more specifically, Article 22 says nothing — expressly or implicitly — about any general duty to attempt to settle the dispute before seising the Court.

127. Georgia seeks support for this interpretation of Article 22 in the Court's Order of 15 October 2008 in the present case, where the Court held that:

> "the phrase 'any dispute . . . which is not settled by negotiation or by the procedure expressly provided for in this Convention' does not, in its plain meaning, suggest that formal negotiations in the framework of the Convention or recourse to the procedure referred to in Article 22 thereof constitute preconditions to be fulfilled before the seisin of the Court" (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia* v. *Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 114).

Suggesting that what was "a plain meaning" then must be a "plain meaning" now, Georgia contends that the text of Article 22 does not support the Russian Federation's position that it contains preconditions to the seisin of the Court.

128. Georgia further maintains that the phrase "[a]ny dispute . . . which is not settled" is merely a statement of fact. This assertion is buttressed by the fact that the drafters of CERD refrained from using any express language of priority or the phrase "cannot be settled" (as has been done in many other conventions), which in Georgia's view clearly means something more than the phrase "is not settled". It maintains that this was a deliberate choice of the drafters of CERD: if they had intended to include the conditions that the Russian Federation now reads into the text they would have done so. Consequently, according to Georgia, the ordinary meaning of the terms of Article 22 of CERD can only be interpreted as expressing "an intention of the drafters" not to impose any preconditions to the seisin of the Court.

* *

129. Before providing its interpretation of Article 22 of CERD, the Court wishes, as a preliminary matter, to make three observations.

First, the Court recalls that in its Order of 15 October 2008 it stated that "the phrase 'any dispute . . . which is not settled by negotiation . . .'

126. La Géorgie fait une interprétation différente. Se fondant sur le sens ordinaire des termes employés, considérés dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la CIEDR, elle soutient que l'article 22 n'établit aucune obligation expresse de négocier et n'oblige pas non plus à recourir aux procédures énoncées aux articles 11 et 12 de la Convention. Elle fait valoir qu'aucune de ces conditions nécessaires ou préalables ne se retrouve dans le texte même de l'article 22 et, plus précisément, que cet article ne mentionne — ni expressément, ni implicitement — aucune obligation générale de tenter de régler le différend avant de saisir la Cour.

127. A l'appui de cette interprétation de l'article 22, la Géorgie invoque l'ordonnance rendue en l'espèce le 15 octobre 2008 par la Cour, dans laquelle celle-ci précisait :

> «la formule «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues» par la Convention, prise dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la Convention ou le recours aux procédures visées à l'article 22 constituent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114).

Faisant valoir que ce qui était alors le «sens naturel» doit le rester aujourd'hui, la Géorgie soutient que le libellé de l'article 22 ne vient pas à l'appui de la thèse de la Fédération de Russie, pour qui cet article contient des conditions préalables à la saisine de la Cour.

128. La Géorgie affirme en outre que les termes: «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé» sont une simple constatation. Elle en veut pour preuve que les rédacteurs de la CIEDR se sont abstenus d'introduire expressément une idée de priorité et qu'ils n'ont pas employé l'expression «n'a pu être réglé» (qui figure dans de nombreuses autres conventions), qui comporte clairement un élément de plus, estime-t-elle, que «n'aura pas été réglé». Elle soutient qu'il s'agissait là d'un choix délibéré des rédacteurs de la Convention, qui, s'ils avaient voulu introduire dans le texte les conditions que la Fédération de Russie y lit aujourd'hui, l'auraient fait». Dès lors, selon la Géorgie, le sens ordinaire des termes employés à l'article 22 de la CIEDR ne peut que traduire, «de la part des rédacteurs, une intention» de n'imposer aucune condition préalable à la saisine de la Cour.

* *

129. Avant de livrer son interprétation de l'article 22 de la CIEDR, la Cour tient à formuler trois observations liminaires.

Premièrement, la Cour rappelle qu'elle a, dans son ordonnance du 15 octobre 2008, précisé que «la formule «[t]out différend ... qui n'aura pas

does not, in its plain meaning, suggest that formal negotiations in the framework of the Convention . . . constitute preconditions to be fulfilled before the seisin of the Court" (*I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 114). However, the Court also observed that "Article 22 does suggest that some attempt should have been made by the Claimant Party to initiate, with the Respondent Party, discussions on issues that would fall under CERD" *(ibid.)*.

The Court further recalls that, in the same Order, it also indicated that this provisional conclusion is without prejudice to the Court's definitive decision on the question of whether it has jurisdiction to deal with the merits of the case, which is to be addressed after consideration of the written and oral pleadings of both Parties. It stated that:

> "the decision given in the present proceedings in no way prejudges the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case or any questions relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves" (*ibid.*, para. 148; see also *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom* v. *Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, pp. 102-103; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda), Provisional Measures, Order of 10 July 2002, I.C.J. Reports 2002*, p. 249, para. 90).

130. Secondly, the Court is called upon to determine whether a State must resort to certain procedures before seising the Court. In this context, it notes that the terms "condition", "precondition", "prior condition", "condition precedent" are sometimes used as synonyms and sometimes as different from each other. There is in essence no difference between those expressions save for the fact that, when unqualified, the term "condition" may encompass, in addition to prior conditions, other conditions to be fulfilled concurrently with or subsequent to an event. To the extent that the procedural requirements of Article 22 may be conditions, they must be conditions precedent to the seisin of the Court even when the term is not qualified by a temporal element.

131. Thirdly, it is not unusual in compromissory clauses conferring jurisdiction on the Court and other international jurisdictions to refer to resort to negotiations. Such resort fulfils three distinct functions.

In the first place, it gives notice to the respondent State that a dispute exists and delimits the scope of the dispute and its subject-matter. The Permanent Court of International Justice was aware of this when it stated in the *Mavrommatis* case that "before a dispute can be made the subject of an action in law, its subject-matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations" (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 15).

In the second place, it encourages the parties to attempt to settle their dispute by mutual agreement, thus avoiding recourse to binding third-party adjudication.

été réglé par voie de négociation…», prise dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la Convention … constitu[e une] conditio[n] préalabl[e] [à laquelle] il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114). Toutefois, elle a également relevé que «l'article 22 donne … à penser que la Partie demanderesse doit avoir tenté d'engager, avec la Partie défenderesse, des discussions sur des questions pouvant relever de la CIEDR» *(ibid.)*.

La Cour rappelle en outre avoir précisé, dans la même ordonnance, que cette conclusion provisoire ne préjugeait en rien sa décision finale sur la question de savoir si elle a compétence pour connaître de l'affaire au fond, question qu'il convient d'aborder après avoir examiné les écritures et les plaidoiries des deux Parties. Elle a indiqué à cet égard que

> «la décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien la question de la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même» (*ibid.*, p. 397, par. 148; voir également *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 102-103; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002*, p. 249, par. 90).

130. Deuxièmement, la Cour est priée d'établir si un Etat, avant de la saisir, doit recourir à certaines procédures. A cet égard, elle note que les termes «condition» et «condition préalable» sont employés tantôt comme des synonymes, tantôt comme des termes distincts. En substance, il n'y a pas de différence entre eux, si ce n'est que, lorsqu'il est employé seul, le terme «condition» peut englober, outre les conditions préalables, d'autres conditions qui doivent être réunies simultanément ou postérieurement à tel ou tel fait. Pour autant que les exigences procédurales énoncées à l'article 22 de la Convention constituent des conditions, elles doivent être considérées comme préalables à la saisine de la Cour même quand le terme «conditions» n'est pas assorti d'une limite temporelle.

131. Troisièmement, il n'est pas rare que les clauses compromissoires conférant compétence à la Cour ou à d'autres juridictions internationales mentionnent le recours à des négociations. Ce recours remplit trois fonctions distinctes.

En premier lieu, il permet de notifier à l'Etat défendeur l'existence d'un différend et d'en délimiter la portée et l'objet. Tel est précisément ce que la Cour permanente de Justice internationale avait à l'esprit lorsqu'elle a déclaré, dans l'affaire *Mavrommatis*, que, «avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 15).

En deuxième lieu, il incite les parties à tenter de régler leur différend à l'amiable, évitant ainsi de s'en remettre au jugement contraignant d'un tiers.

In the third place, prior resort to negotiations or other methods of peaceful dispute settlement performs an important function in indicating the limit of consent given by States. The Court referred to this aspect reflecting the fundamental principle of consent in the *Armed Activities* case in the following terms:

> "[The Court's] jurisdiction is based on the consent of the parties and is confined to the extent accepted by them . . . When that consent is expressed in a compromissory clause in an international agreement, *any conditions to which such consent is subject must be regarded as constituting the limits thereon.*" (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 39, para. 88; emphasis added.)

*

132. The Court will now proceed to examine the reference in Article 22 of CERD to "negotiation or [to] the procedures expressly provided for" in CERD, with a view to ascertaining whether they constitute preconditions to be met before the seisin of the Court.

133. Leaving aside the question of whether the two modes of peaceful resolution are alternative or cumulative, the Court notes that Article 22 of CERD qualifies the right to submit "a dispute" to the jurisdiction of the Court by the words "which is not settled" by the means of peaceful resolution specified therein. Those words must be given effect.

In the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* case, the Permanent Court of International Justice had occasion to apply the well-established principle in treaty interpretation that words ought to be given appropriate effect. It stated that:

> "in case of doubt the clauses of a special agreement by which a dispute is referred to the Court, must, if it does not involve doing violence to their terms, be construed in a manner enabling the clauses themselves to have appropriate effects" (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 13).

The International Court of Justice also emphasized the importance of the same principle in the *Corfu Channel* case, where it said:

> "It would indeed be incompatible with the generally accepted rules of interpretation to admit that a provision of this sort occurring in a special agreement should be devoid of purport or effect." (*Corfu Channel (United Kingdom* v. *Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 24; see also *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 25, para. 51.)

En troisième lieu, le recours préalable à des négociations ou à d'autres modes de règlement pacifique des différends joue un rôle important en ce qu'il indique les limites du consentement donné par les Etats. La Cour a mentionné cet aspect du principe fondamental du consentement dans l'affaire des *Activités armées*:

> «[L]a compétence [de la Cour] repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci ... lorsque ce consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, *les conditions auxquelles il est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites.*» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 39, par. 88; les italiques sont de la Cour.)

*

132. La Cour examinera à présent la référence faite à l'article 22 de la CIEDR à la «négociation ou [aux] procédures expressément prévues» par la Convention, afin de déterminer si celles-ci constituent des conditions préalables à sa saisine.

133. Laissant de côté la question de savoir si les deux modes de règlement pacifique sont alternatifs ou cumulatifs, la Cour relève que l'article 22 de la CIEDR limite les «différend[s]» qui pourront être soumis à la Cour à ceux «qui n'aur[ont] pas été réglé[s]» par les moyens de règlement pacifique précisés dans cet article. Il doit être donné effet à ces termes.

Dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, la Cour permanente de Justice internationale a eu l'occasion d'appliquer le principe bien établi d'interprétation des traités selon lequel il faut conférer aux mots un effet utile. Elle a ainsi indiqué que:

> «dans le doute, les clauses d'un compromis par lequel la Cour est saisie d'un différend doivent, si cela n'est pas faire violence à leurs termes, être interprétées d'une manière permettant à ces clauses de déployer leurs effets utiles» (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 19 août 1929, C.P.J.I. série A n° 22*, p. 13).

La Cour internationale de Justice, elle aussi, a, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, souligné l'importance de ce principe:

> «Il serait en effet contraire aux règles d'interprétation généralement reconnues de considérer qu'une disposition de ce genre, insérée dans un compromis, soit une disposition sans portée et sans effet.» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 24; voir également *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/ Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 25, par. 51.)

By interpreting Article 22 of CERD to mean, as Georgia contends, that all that is needed is that, as a matter of fact, the dispute had not been resolved (through negotiations or through the procedures established by CERD), a key phrase of this provision would become devoid of any effect.

134. Moreover, it stands to reason that if, as a matter of fact, a dispute had been settled, it is no longer a dispute. Therefore, if the phrase "which is not settled" is to be interpreted as requiring only that the dispute referred to the Court must in fact exist, that phrase would have no usefulness. Similarly, the express choice of two modes of dispute settlement, namely, negotiations or resort to the special procedures under CERD, suggests an affirmative duty to resort to them prior to the seisin of the Court. Their introduction into the text of Article 22 would otherwise be meaningless and no legal consequences would be drawn from them contrary to the principle that words should be given appropriate effect whenever possible.

135. The Court also observes that, in its French version, the abovementioned expression employs the future perfect tense ("[t]out différend... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la convention"), whereas the simple present tense is used in the English version. The Court notes that the use of the future perfect tense further reinforces the idea that a previous action (an attempt to settle the dispute) must have taken place before another action (referral to the Court) can be pursued. The other three authentic texts of CERD, namely the Chinese, the Russian and the Spanish texts, do not contradict this interpretation.

136. The Court further recalls that, like its predecessor, the Permanent Court of International Justice, it has had to consider on several occasions whether the reference to negotiations in compromissory clauses establishes a precondition to the seisin of the Court.

As a preliminary matter, the Court notes that, though similar in character, compromissory clauses containing a reference to negotiation (and sometimes additional methods of dispute settlement) are not always uniform. Some contain a time-element for negotiations, the expiry of which would trigger a duty to arbitrate or to have recourse to the Court. Furthermore, the language used contains variations such as "is not settled by" or "cannot be settled by". Sometimes, especially in older compromissory clauses, the expression used is "which is not" or "cannot be adjusted by negotiation" or "by diplomacy".

The Court will now consider its jurisprudence concerning compromissory clauses comparable to Article 22 of CERD. Both Parties rely on this jurisprudence as supportive of their respective interpretations of the ordinary meaning of Article 22.

137. In the *Armed Activities* case, the Democratic Republic of the Congo (DRC) invoked *inter alia* Article 29, paragraph 1, of the Conven-

Si l'on interprétait l'article 22 de la Convention comme signifiant, ainsi que le soutient la Géorgie, qu'il suffit, en fait, que le différend n'ait pas été résolu (par la négociation ou par les procédures prévues par la Convention), cela reviendrait à priver d'effet un passage essentiel de cette disposition.

134. De plus, il va de soi que si, en fait, un différend a été réglé, il cesse d'en être un. Par conséquent, si les mots «qui n'aur[ont] pas été réglé[s]» devaient être interprétés comme posant pour seule condition que le différend porté devant la Cour existe effectivement, ils n'auraient aucune utilité. De même, le choix exprès de deux modes de règlement, à savoir des négociations ou les procédures spécialement prévues par la Convention, dénote une obligation positive de recourir à ces modes de règlement préalablement à la saisine de la Cour. S'il en était autrement, leur présence dans le texte de l'article 22 n'aurait pas de sens et aucune conséquence juridique ne pourrait en être tirée, contrairement au principe selon lequel, chaque fois que possible, les mots doivent être interprétés de manière à avoir un effet utile.

135. La Cour relève aussi que, pour la formule susmentionnée, la version française emploie le futur antérieur, tandis que la version anglaise utilise l'indicatif présent («[a]ny dispute ... which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention»). Elle note que le futur antérieur renforce encore l'idée qu'une action préalable (une tentative de régler le différend) doit avoir été accomplie avant qu'une autre action (la saisine de la Cour) puisse être engagée. Les trois autres textes de la Convention faisant également foi, à savoir les versions chinoise, espagnole et russe, n'infirment pas cette interprétation.

136. La Cour relève en outre que, comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, elle a dû se prononcer à plusieurs reprises sur la question de savoir si la référence aux négociations contenue dans des clauses compromissoires établit une condition préalable à sa saisine.

A titre préliminaire, elle fait observer que, bien que de nature analogue, les clauses compromissoires dans lesquelles il est fait une référence à des négociations préalables (ainsi que, dans certains cas, au recours à d'autres modes de règlement des différends) ne sont pas toujours identiques. Certaines fixent un délai pour la tenue des négociations, dont l'expiration entraînerait l'obligation de recourir à l'arbitrage ou de saisir la Cour. Il peut y avoir des variations dans les termes utilisés, telles que «n'aura pas été réglé par» ou «n'est pas susceptible d'être réglé par». Dans certains cas, en particulier dans des clauses compromissoires plus anciennes, les termes employés sont «qui n'a pas été» ou «qui ne peut pas être» réglé par «voie de négociation» ou «par la voie diplomatique».

La Cour examinera maintenant sa jurisprudence relative à des clauses compromissoires comparables à l'article 22 de la CIEDR. Les deux Parties invoquent cette jurisprudence à l'appui de leurs interprétations respectives du sens ordinaire de l'article 22.

137. Dans l'affaire des *Activités armées*, la République démocratique du Congo (RDC) a invoqué notamment le paragraphe 1 de l'article 29 de

tion on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) which used the formula "which is not settled by negotiation". The DRC denied that the compromissory clause in question contained four preconditions. According to the DRC, the clause contained only two conditions, namely that the dispute must involve the application or interpretation of the Convention and that it must have proved impossible to organize arbitration (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 37, para. 85). The Court, noting that the DRC had made "numerous protests against Rwanda's actions in alleged violation of international human rights law", went on to say: "[w]hatever may be the legal characterization of such protests as regards the requirement of the existence of a dispute between the DRC and Rwanda for purposes of Article 29 of the Convention, that Article requires also that any such dispute be the subject of negotiations" (*ibid.*, pp. 40-41, para. 91).

138. In the same case, the Court, after having found that there was no dispute within the ambit of Article 75 of the World Health Organization (WHO) Constitution, went on to note, that:

> "even if the DRC had demonstrated the existence of a question or dispute falling within the scope of Article 75 of the WHO Constitution, it has in any event not proved that the other preconditions for seisin of the Court established by that provision have been satisfied, namely that it attempted to settle the question or dispute by negotiation with Rwanda or that the World Health Assembly had been unable to settle it" (*ibid.*, p. 43, para. 100).

139. Similarly, in its Advisory Opinion on the *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, the Court was asked to determine whether the United States was obliged to enter into arbitration procedure with the United Nations under Section 21, paragraph *(a)*, of the United Nations Headquarters Agreement, which provides that

> "*[a]ny dispute* between the United Nations and the United States concerning the interpretation or application of this agreement . . . *which is not settled* by negotiation or other agreed mode of settlement, shall be referred for final decision to a tribunal of three arbitrators" (*Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, p. 14, para. 7; emphasis added).

The Court noted that in order to be able to answer that question, it must, upon determination that there exists a dispute between the United Nations and the United States concerning the interpretation or application of the Headquarters Agreement, "satisfy itself that [that dispute] is one 'not

la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, où figurent les termes «qui n'est pas réglé par voie de négociation». Elle a contesté que la clause compromissoire en question contienne quatre conditions préalables, soutenant qu'elle n'en renfermait que deux: le différend devait porter sur l'application ou l'interprétation de la Convention et il devait s'être révélé impossible d'organiser un arbitrage (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 37, par. 85). Notant que la RDC avait «formulé de nombreuses protestations contre les agissements du Rwanda prétendument contraires au droit international des droits de l'homme», la Cour a ajouté que, «[q]uelle que puisse être la qualification juridique de telles protestations au regard de l'exigence de l'existence d'un différend entre la RDC et le Rwanda aux fins de l'article 29 de la Convention, cet article requiert également qu'un tel différend fasse l'objet de négociations» (*ibid.*, p. 40-41, par. 91).

138. Dans la même affaire, la Cour, après avoir conclu à l'absence de différend relevant de l'article 75 de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), a ajouté:

> «quand bien même elle aurait établi l'existence d'une question ou d'un différend entrant dans les prévisions de l'article 75 de la Constitution de l'OMS, la RDC n'a en tout état de cause pas apporté la preuve que les autres conditions préalables à la saisine de la Cour, fixées par cette disposition, aient été remplies, à savoir qu'elle ait tenté de régler ladite question ou ledit différend par voie de négociation avec le Rwanda ou que l'Assemblée mondiale de la Santé n'ait pu résoudre cette question ou ce différend» (*ibid.*, p. 43, par. 100).

139. De même, dans son avis consultatif sur l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, la Cour devait déterminer si les Etats-Unis étaient tenus de recourir à l'arbitrage avec l'Organisation des Nations Unies conformément à l'alinéa *a)* de la section 21 de l'accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, disposant que

> «*[t]out différend* entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent accord ... sera, *s'il n'est pas réglé* par voie de négociations ou par tout autre mode de règlement..., soumis aux fins de décision définitive à un tribunal composé de trois arbitres...» (*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988*, p. 14, par. 7; les italiques sont de la Cour).

La Cour a noté que, pour pouvoir répondre à cette question, il lui fallait, après avoir déterminé qu'il existait un différend entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis au sujet de l'interprétation ou de l'application de l'accord de siège, «s'assurer [que le différend en cause] n'a[vait]

settled by negotiation or other agreed mode of settlement'" (*I.C.J. Reports 1988*, p. 27, para. 34).

140. The Court observes that in each of the above-mentioned cases where the compromissory clause was comparable to that included in CERD, the Court has interpreted the reference to negotiations as constituting a precondition to seisin.

141. Accordingly, the Court concludes that in their ordinary meaning, the terms of Article 22 of CERD, namely "[a]ny dispute . . . which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention", establish preconditions to be fulfilled before the seisin of the Court.

(b) Travaux préparatoires

142. In light of this conclusion, the Court need not resort to supplementary means of interpretation such as the *travaux préparatoires* of CERD and the circumstances of its conclusion, to determine the meaning of Article 22.

However, the Court notes that both Parties have made extensive arguments relating to the *travaux préparatoires*, citing them in support of their respective interpretations of the phrase "a dispute which is not settled . . .". Given this and the further fact that in other cases, the Court had resorted to the *travaux préparatoires* in order to confirm its reading of the relevant texts (see, for example, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 27, para. 55; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar* v. *Bahrain), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 21, para. 40; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 653, para. 53), the Court considers that in this case a presentation of the Parties' positions and an examination of the *travaux préparatoires* is warranted.

* *

143. The Russian Federation contends that the compromissory clause contained in Article 22 was a result of a compromise reached during the CERD negotiations between the supporters and the opponents of the possibility of unilateral seisin of the Court. In its view, the discussions in the Third Committee of the United Nations General Assembly reveal that even the supporters of the unilateral seisin acknowledged that recourse to the Court should be conditioned by previous attempts to settle the dispute through other means. Moreover, the Russian Federation asserts that the compromissory clause was a stumbling block in the CERD negotiations and was eventually accepted only due to the introduction of such conditions designed to address the concerns that various States had in submitting themselves to the jurisdiction of the Court. This was achieved through the adoption of "the Three-Power" amendment proposed by

pu être «réglé par voie de négociations» ou par «tout autre mode de règlement agréé par les parties»» (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 27, par. 34).

140. La Cour relève que, dans chacune des affaires susmentionnées où la clause compromissoire invoquée était comparable à celle que contient la CIEDR, elle a toujours interprété la référence aux négociations comme posant une condition préalable à sa saisine.

141. La Cour estime donc que, pris dans leur sens ordinaire, les termes de l'article 22, à savoir «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention», établissent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour.

b) *Les travaux préparatoires*

142. A la lumière de cette conclusion, la Cour n'a pas besoin, pour déterminer le sens de l'article 22, de recourir à d'autres moyens d'interprétation, tels que les travaux préparatoires de la CIEDR ou les circonstances dans lesquelles celle-ci a été conclue.

La Cour relève cependant que les Parties ont présenté de nombreux arguments relatifs aux travaux préparatoires et les ont cités à l'appui de leurs interprétations respectives de la formule «tout différend ... qui n'aura pas été réglé». Dès lors, et étant donné qu'elle s'est, dans d'autres affaires, penchée sur les travaux préparatoires pour confirmer son interprétation des textes pertinents (voir, par exemple, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 27, par. 55; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 21, par. 40; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 653, par. 53), la Cour estime qu'il convient, en l'espèce, d'exposer les vues des Parties et d'examiner ces travaux.

* *

143. La Fédération de Russie soutient que la clause compromissoire contenue dans l'article 22 est le résultat d'un compromis réalisé, durant la négociation de la CIEDR, entre les Etats qui envisageaient favorablement la possibilité d'une saisine unilatérale de la Cour et ceux qui s'y opposaient. Selon elle, les discussions tenues au sein de la Troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies révèlent que même les partisans de la saisine unilatérale admettaient que celle-ci devait être subordonnée à des tentatives préalables de régler le différend par d'autres moyens. De surcroît, la Fédération de Russie affirme que la clause compromissoire était une pierre d'achoppement lors de la négociation de la CIEDR et qu'elle n'a finalement été acceptée que grâce à l'introduction de telles conditions, destinées à répondre aux préoccupations qu'inspirait à divers Etats la perspective de se soumettre à la juridiction de la Cour. C'est

Ghana, Mauritania and the Philippines, which added after the phrase "is not settled by negotiation" the reference to the "procedures expressly provided for in CERD".

144. In the Russian Federation's view, the discussions in the Third Committee and the unanimous adoption of the "Three-Power" amendment confirm that the drafters considered the seisin of the Court as a last resort, after the settlement procedures referred to in Article 22, including negotiations, had been attempted and exhausted.

*

145. Georgia, for its part, contends that the clause providing for the Court's jurisdiction and the clauses introducing the CERD conciliation mechanism were considered as separate and distinct by the drafters throughout the drafting process. According to Georgia, the CERD mechanism was thus intended to be applied without prejudice to other procedures for the settlement of disputes.

146. Moreover, Georgia asserts that no statements were made during the final discussions at the Third Committee to the effect that recourse to the Court was conditional upon previous attempts to settle the dispute through the CERD conciliation machinery or through negotiation, or that these two modes of dispute settlement were cumulative. In Georgia's view, the reference to the CERD mechanism and to negotiations was included in the compromissory clause in Article 22 merely to point out the existence of a non-mandatory opportunity to resort to alternative settlement procedures before seising the Court, and was not intended to establish preconditions to such seisin.

* *

147. The Court notes that at the time when CERD was being elaborated, the idea of submitting to the compulsory settlement of disputes by the Court was not readily acceptable to a number of States. Whilst States could make reservations to the compulsory dispute settlement provisions of the Convention, it is reasonable to assume that additional limitations to resort to judicial settlement in the form of prior negotiations and other settlement procedures without fixed time-limits were provided for with a view to facilitating wider acceptance of CERD by States.

Beyond this general observation relating to the circumstances in which CERD was elaborated, the Court notes that the usefulness of the *travaux préparatoires* in shedding light on the meaning of Article 22 is limited by the fact that there was very little discussion of the expression "a dispute which is not settled".

ainsi que fut adopté l'amendement dit «des trois puissances» — proposé par le Ghana, la Mauritanie et les Philippines —, par lequel a été ajoutée, après la formule «qui n'aura pas été réglé par voie de négociation», la référence aux «procédures expressément prévues par ladite Convention».

144. Selon la Fédération de Russie, la teneur des discussions au sein de la Troisième Commission et l'adoption à l'unanimité de l'amendement des «trois puissances» confirment que, dans l'esprit des rédacteurs, la saisine de la Cour constituait une ultime voie de recours, une fois explorée et épuisée celle des procédures de règlement mentionnées à l'article 22, y compris les négociations.

*

145. La Géorgie, quant à elle, affirme que, tout au long du processus de rédaction, la clause prévoyant la juridiction de la Cour et les clauses établissant le mécanisme de conciliation de la CIEDR étaient considérées comme séparées et distinctes par les rédacteurs. Selon elle, ledit mécanisme était donc destiné à s'appliquer sans préjudice des autres procédures de règlement des différends.

146. La Géorgie affirme en outre que, au cours des discussions finales au sein de la Troisième Commission, aucun participant ne déclara que la saisine de la Cour devait être subordonnée à des tentatives préalables de règlement du différend au moyen du mécanisme de conciliation prévu dans la CIEDR ou par la négociation, ni que ces deux modes de règlement étaient cumulatifs. Selon elle, la référence au mécanisme de la CIEDR et aux négociations fut incluse dans la clause compromissoire de l'article 22 à la seule fin de signaler une possibilité, et non une obligation, de recourir à d'autres procédures de règlement avant de saisir la Cour, et ne visait pas à établir des conditions préalables à une telle saisine.

* *

147. La Cour relève que, à l'époque où la CIEDR a été rédigée, l'idée de consentir au règlement obligatoire des différends par la Cour n'était pas facilement acceptable pour nombre d'Etats. Il est permis de penser que, bien que les Etats puissent formuler des réserves aux dispositions de la Convention prévoyant le règlement obligatoire des différends, des limitations supplémentaires au recours au règlement judiciaire furent prévues — sous la forme de négociations préalables et d'autres procédures de règlement des différends non assorties de délais — dans le but de recueillir une plus large adhésion.

Au-delà de cette observation générale relative aux circonstances dans lesquelles fut élaborée la CIEDR, la Cour fait observer que les travaux préparatoires n'éclairent guère le sens de l'article 22, étant donné que la formule «un différend ... qui n'aura pas été réglé» fut très peu débattue.

A notable exception and one to which some significance must be attached is the statement by the Ghanaian delegate, one of the sponsors of the "Three-Power" amendment on the basis of which the final wording of Article 22 of CERD was agreed. He stated: "[T]he Three-Power amendment was self-explanatory. Provision has been made in the draft Convention for machinery *which should be used in the settlement of disputes before recourse was had to the International Court of Justice*." (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Third Committee*, 1367th Meeting, doc. A/C.3/SR.1367, 7 December 1965, p. 485, para. 29; emphasis added.) It should be borne in mind that this machinery encompassed negotiation which was already mentioned expressly in the text proposed by the Officers of the Third Committee (United Nations Economic and Social Council, Draft International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, suggestions for final clauses submitted by Officers of the Third Committee, United Nations doc. A/C.3/L.1237, 15 October 1965, Art. VIII).

The Court notes that whilst no firm inferences can be drawn from the drafting history of CERD as to whether negotiations or the procedures expressly provided for in the Convention were meant as preconditions for recourse to the Court, it is possible nevertheless to conclude that the *travaux préparatoires* do not suggest a different conclusion from that at which the Court has already arrived through the main method of ordinary meaning interpretation.

3. *Whether the Conditions for the Seisin of the Court under Article 22 of CERD Have Been Fulfilled*

148. Having thus interpreted Article 22 of CERD to the effect that it imposes preconditions which must be satisfied before resorting to the Court, the next question is whether these preconditions were complied with.

149. First of all, the Court notes that Georgia did not claim that, prior to seising the Court, it used or attempted to use the procedures expressly provided for in CERD. The Court therefore limits its examination to the question of whether the precondition of negotiations was fulfilled.

(a) *The concept of negotiations*

150. Regarding negotiations, the Russian Federation refers to several factors that were taken into consideration by the Court in its jurisprudence when evaluating whether or not negotiations have been attempted and have reached a deadlock, such as the duration of negotiations and the authenticity of efforts to reach a negotiated conclusion. Based on its review of the Court's case law in this regard, it concludes that whatever form they may take, substantially, negotiations are an exchange of points of view on law and facts, of mutual compromises in order to reach an

La déclaration du représentant du Ghana, l'un des auteurs de l'amendement des trois puissances qui a servi de base au libellé définitif de l'article 22 de la CIEDR, constitue, à cet égard, une exception notable à laquelle il convient d'accorder une certaine importance. Voici ce qui y est dit : « L'amendement des trois puissances s'explique de lui-même. Le projet de convention prévoit certains dispositifs *qu'il convient d'utiliser pour le règlement des différends avant de saisir la Cour internationale de Justice.* » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingtième session, Troisième Commission*, compte rendu analytique de la 1367e séance, Nations Unies, doc. A/C.3/SR.1367, 7 décembre 1965, p. 485, par. 29 ; les italiques sont de la Cour.) On rappellera que ces dispositifs incluent la négociation, qui avait déjà été expressément mentionnée dans le texte proposé par les membres du bureau de la Troisième Commission (Conseil économique et social, projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, suggestions relatives aux clauses finales présentées par le bureau de la Troisième Commission, Nations Unies, doc. A/C.3/L.1237, 15 octobre 1965, art. VIII).

Selon la Cour, il est permis de penser que, s'ils ne permettent pas de déterminer avec certitude que les négociations ou les procédures expressément prévues par la Convention étaient censées constituer des conditions préalables à sa saisine, les travaux préparatoires de la CIEDR ne suggèrent cependant pas une conclusion différente de celle à laquelle elle est parvenue par la méthode principale de l'interprétation selon le sens ordinaire.

3. *Le point de savoir s'il a été satisfait aux conditions énoncées à l'article 22 pour la saisine de la Cour*

148. La Cour ayant interprété l'article 22 de la CIEDR comme imposant des conditions préalables à sa saisine, elle doit à présent se demander s'il a été satisfait à ces conditions.

149. La Cour fait tout d'abord observer que la Géorgie n'a pas prétendu qu'avant de la saisir elle avait eu recours, ou tenté d'avoir recours, aux procédures expressément prévues par la CIEDR. Aussi limitera-t-elle son examen à la question de savoir s'il a été satisfait à la condition préalable de négociation.

a) *La notion de négociation*

150. En ce qui concerne les négociations, la Fédération de Russie mentionne plusieurs facteurs dont la Cour a tenu compte dans sa jurisprudence pour déterminer si les parties à un différend avaient tenté de mener des négociations et si celles-ci avaient abouti à une impasse, tels que la durée de ces négociations ou l'authenticité des efforts déployés pour parvenir à une solution négociée. En se fondant sur son examen de la jurisprudence de la Cour en la matière, elle conclut que, quelle qu'en soit la forme, les négociations sont essentiellement un échange de points de vue sur le

agreement. In this regard, it refers to the decision of the Permanent Court of International Justice in the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* case, in which the judicial settlement of international disputes was considered to be "simply an alternative to the direct and friendly settlement of such disputes between the parties" (*Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 13). The Russian Federation further points to the Permanent Court's Advisory Opinion on *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, where the obligation to negotiate was defined as an obligation "not only to enter into negotiations but also to pursue them as far as possible with a view to concluding agreements", even if an obligation to negotiate does not imply an obligation to reach agreement (*Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 42*, p. 116).

151. In addition, relying on the separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice in the *Northern Cameroons* case, the Russian Federation contends that the threshold to find the existence of negotiations is high; that it excludes mere disputations, such as in the form of exchange of arguments between States "across the floor of an international assembly, or circulating statements of their complaints or contentions to its member States" (*Northern Cameroons (Cameroon* v. *United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 123, separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice). Moreover, on the basis of Judge Fitzmaurice's opinion, the Russian Federation contends that a dispute certainly cannot be considered as "settled by negotiation", when there was no attempt at "direct discussions between the parties" (*ibid.*). Furthermore, the Russian Federation cites the Judgment in the *Armed Activities* case as supporting its contention that mere protests cannot amount to negotiations (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, pp. 40-41, para. 91).

*

152. For its part, Georgia rejects the Russian Federation's definition of what constitutes negotiations (particularly its differentiation between "disputation" and "negotiation" and its contention that mere protests cannot amount to negotiation), as unreasonably stringent and departing from the established jurisprudence of the Court. According to Georgia, the case law of this Court and of its predecessor, the Permanent Court of International Justice, demonstrates that the threshold for negotiations is low; that substance is more important than form; that it is for the parties to determine whether further negotiations are likely to be fruitful; and that no purpose is to be served in the pursuit of hopeless or futile negotiations. In short, as per Georgia's submissions, the determination of the existence of negotiations is a relative and flexible one.

droit et les faits, de concessions mutuelles en vue de parvenir à un accord. Sur ce point, la Fédération de Russie renvoie à la décision rendue en l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale considérait que le règlement judiciaire des conflits internationaux n'était «qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les parties» (*ordonnance du 19 août 1929, C.P.J.I. série A n° 22*, p. 13). Elle se réfère également à l'avis consultatif sur la question du *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne,* dans lequel la Cour permanente définissait l'obligation de négocier comme n'étant «pas seulement [l'obligation] d'entamer des négociations, mais encore [celle] de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords», même si l'obligation de négocier n'implique pas celle de s'entendre (*avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 42*, p. 116).

151. En outre, se fondant sur l'opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice en l'affaire du *Cameroun septentrional,* la Fédération de Russie soutient que le seuil à partir duquel on peut conclure à l'existence de négociations est élevé, ce qui exclut de simples controverses, comme par exemple lorsque des Etats «se cherchent querelle au sein d'une assemblée internationale ou distribuent aux Etats Membres l'exposé de leurs griefs ou de leurs thèses» (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 123, opinion individuelle de M. le juge Gerald Fitzmaurice). S'appuyant toujours sur cette opinion du juge Fitzmaurice, la Fédération de Russie fait en outre valoir qu'un différend ne saurait être considéré comme «réglé par des négociations» s'il n'y a pas eu de tentative d'engager «des discussions directes entre les parties» *(ibid.)*. Enfin, la Fédération de Russie cite l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités armées* à l'appui de la thèse qu'elle avance, à savoir que de simples protestations ne peuvent constituer des négociations (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 40-41, par. 91).

*

152. La Géorgie, quant à elle, juge excessivement stricte et non conforme à la jurisprudence constante de la Cour la définition que la Fédération de Russie donne de ce qui constitue des négociations (notamment la distinction qu'elle établit entre «controverse» et «négociation», et son argument selon lequel de simples protestations ne peuvent constituer des négociations). A son avis, il ressort de la jurisprudence de la Cour et de celle de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, que le seuil à partir duquel il y a négociations est peu élevé, que le fond est plus important que la forme et qu'il incombe aux parties de déterminer si de nouvelles négociations sont de nature à porter leurs fruits et s'il serait inutile de poursuivre des négociations stériles ou vaines. En bref, la Géorgie conclut que l'établissement de l'existence de négociations est une opération relative et modulable.

153. In particular, Georgia suggests that there is no requirement to follow a specific procedure or format of negotiations. It further contends that even very brief informal discussions in either bilateral or multilateral settings involving, for example, a simple communication of protest to a silent or intractable party, would constitute negotiations. In sum, according to Georgia, any indirect exchange between the parties to a dispute would constitute negotiations.

154. Furthermore, Georgia contends that negotiations between the Parties in this case need not expressly refer to CERD or its substantive provisions. Relying on the Court's Judgment in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83 and on its Order of 15 October 2008 in the present case, Georgia concludes that the only requirement is that the subject-matter of the dispute under CERD — i.e., racial discrimination — must have been discussed.

155. Finally, Georgia contends that the ordinary meaning of the phrase "*is not* settled by negotiation", as opposed to "*cannot* be settled by negotiation", only requires evidence that Georgia has made an attempt at negotiations and not that such negotiations have reached a deadlock (emphasis added by Georgia in its Written Statement).

* *

156. The Court must first address a series of issues involving the nature of the precondition of negotiations, namely: assessing what constitutes negotiations; considering their adequate form and substance; and determining to what extent they should be pursued before it can be said that the precondition has been met.

157. In determining what constitutes negotiations, the Court observes that negotiations are distinct from mere protests or disputations. Negotiations entail more than the plain opposition of legal views or interests between two parties, or the existence of a series of accusations and rebuttals, or even the exchange of claims and directly opposed counter-claims. As such, the concept of "negotiations" differs from the concept of "dispute", and requires — at the very least — a genuine attempt by one of the disputing parties to engage in discussions with the other disputing party, with a view to resolving the dispute.

158. Clearly, evidence of such an attempt to negotiate — or of the conduct of negotiations — does not require the reaching of an actual agreement between the disputing parties. In this regard, in its Advisory Opinion on *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, the Permanent Court of International Justice characterized the obligation to negotiate as an obligation "not only to enter into negotiations, but also to pursue them as far as possible, with a view to concluding agreements [even if] an obliga-

153. La Géorgie avance, en particulier, qu'aucune procédure ou forme particulière n'est exigée en ce qui concerne les négociations, et que même de très brèves discussions informelles tenues dans un cadre bilatéral ou multilatéral et consistant simplement, par exemple, à communiquer des protestations à une partie silencieuse ou inflexible seraient assimilables à des négociations. En somme, tout échange indirect entre les parties à un différend constituerait des négociations.

154. La Géorgie affirme en outre que les négociations entre les Parties à la présente espèce ne doivent pas nécessairement se rapporter expressément à la CIEDR ou à ses dispositions de fond. Se fondant sur l'arrêt de la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83, et sur son ordonnance du 15 octobre 2008 en la présente affaire, la Géorgie conclut que la seule obligation est celle d'avoir examiné l'objet du différend dans la perspective de la Convention, c'est-à-dire celle de la discrimination raciale.

155. Enfin, la Géorgie affirme que, pris dans leur sens ordinaire, les termes «*n'aura pas été* réglé par voie de négociation», par opposition à «*ne peut pas* être réglé par voie de négociation», signifient seulement qu'il lui incombe de prouver qu'elle a tenté d'engager des négociations, et non que celles-ci ont abouti à une impasse (les italiques sont de la Géorgie dans ses observations écrites).

* *

156. La Cour doit tout d'abord répondre à une série de questions concernant la nature de la condition préalable de négociation; plus précisément, il lui faut déterminer ce qui constitue des négociations, établir ce dont elles doivent traiter au fond et sous quelle forme, et évaluer jusqu'à quel point elles doivent être menées pour que ladite condition préalable soit considérée comme satisfaite.

157. En déterminant ce qui constitue des négociations, la Cour observe que celles-ci se distinguent de simples protestations ou contestations. Les négociations ne se ramènent pas à une simple opposition entre les opinions ou intérêts juridiques des deux parties, ou à l'existence d'une série d'accusations et de réfutations, ni même à un échange de griefs et de contre-griefs diamétralement opposés. En cela, la notion de «négociations» se distingue de celle de «différend» et implique, à tout le moins, que l'une des parties tente vraiment d'ouvrir le débat avec l'autre partie en vue de régler le différend.

158. De toute évidence, il n'est cependant pas nécessaire qu'un accord soit effectivement conclu entre les parties au différend pour prouver qu'il y a eu tentative de négociations ou négociations. A cet égard, dans son avis consultatif sur la question du *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*, la Cour permanente de Justice internationale a défini l'obligation de négocier comme une obligation «[non] seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à

tion to negotiate does not imply an obligation to reach agreement . . ." (*Railway Traffic between Lithuania and Poland, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 42*, p. 116; see also *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 48, para. 87; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina* v. *Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 68, para. 150).

159. Manifestly, in the absence of evidence of a genuine attempt to negotiate, the precondition of negotiation is not met. However, where negotiations are attempted or have commenced, the jurisprudence of this Court and of the Permanent Court of International Justice clearly reveals that the precondition of negotiation is met only when there has been a failure of negotiations, or when negotiations have become futile or deadlocked (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 13; *South West Africa (Ethiopia* v. *South Africa; Liberia* v. *South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, pp. 345-346; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America* v. *Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 27, para. 51; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, p. 33, para. 55; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 122, para. 20).

160. Furthermore, ascertainment of whether negotiations, as distinct from mere protests or disputations, have taken place, and whether they have failed or become futile or deadlocked, are essentially questions of fact "for consideration in each case" (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 13). Notwithstanding this observation, the jurisprudence of the Court has outlined general criteria against which to ascertain whether negotiations have taken place. In this regard, the Court has come to accept less formalism in what can be considered negotiations and has recognized "diplomacy by conference or parliamentary diplomacy" (*South West Africa (Ethiopia* v. *South Africa; Liberia* v. *South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 346).

161. Concerning the substance of negotiations, the Court has accepted that the absence of an express reference to the treaty in question does not bar the invocation of the compromissory clause to establish jurisdiction (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 428, para. 83). However, to meet the precondition of negotiation in the compromissory clause of a treaty, these negotiations must relate to the subject-matter of the treaty containing the compromissory clause. In other words, the subject-matter of the negotiations must relate to the subject-matter of the dispute which, in turn, must concern the substantive obligations contained in the treaty in question.

des accords [même si] [une obligation] de négocier n'impliqu[ait] pas [celle] de s'entendre» (*Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 42*, p. 116; voir également *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 87; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 68, par. 150).

159. Manifestement, dès lors qu'aucun élément ne démontre qu'une véritable tentative de négocier a eu lieu, il ne saurait être satisfait à la condition préalable de négociation. Néanmoins, lorsqu'il y a tentative ou début de négociations, la jurisprudence de la présente Cour et celle de la Cour permanente de Justice internationale indiquent clairement qu'il n'est satisfait à la condition préalable de tenir des négociations que lorsque celles-ci ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 13; *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 345-346; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 27, par. 51; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988*, p. 33, par. 55; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 122, par. 20).

160. De surcroît, déterminer si des négociations — et non de simples protestations ou contestations — ont eu lieu et si elles ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse est essentiellement une question de fait, «une question d'espèce» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 13). Nonobstant cette observation, la Cour a dégagé dans sa jurisprudence des critères généraux à prendre en considération pour déterminer si des négociations ont eu lieu. A cet égard, elle a finalement admis que des échanges moins formels puissent constituer des négociations et a reconnu «la diplomatie pratiquée au sein des conférences ou diplomatie parlementaire» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 346).

161. S'agissant du fond des négociations, la Cour a admis que l'absence de référence expresse à l'instrument pertinent n'interdisait pas d'en invoquer la clause compromissoire pour fonder sa compétence (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 428, par. 83). Toutefois, pour que soit remplie la condition préalable de négociation prévue par cette clause, ladite négociation doit porter sur l'objet de l'instrument qui la renferme. En d'autres termes, elle doit concerner l'objet du différend, qui doit lui-même se rapporter aux obligations de fond prévues par l'instrument en question.

162. In the present case, the Court is therefore assessing whether Georgia genuinely attempted to engage in negotiations with the Russian Federation, with a view to resolving their dispute concerning the Russian Federation's compliance with its substantive obligations under CERD. Should it find that Georgia genuinely attempted to engage in such negotiations with the Russian Federation, the Court would examine whether Georgia pursued these negotiations as far as possible with a view to settling the dispute. To make this determination, the Court would ascertain whether the negotiations failed, became futile, or reached a deadlock before Georgia submitted its claim to the Court.

(b) *Whether the Parties have held negotiations on matters concerning the interpretation or application of CERD*

163. Against the background of these criteria, the Court now turns to the evidence submitted to it by the Parties to determine whether this evidence demonstrates, as stated by Georgia, that at the time it filed its Application on 12 August 2008, there had been negotiations between itself and the Russian Federation concerning the subject-matter of their legal dispute under CERD, and that these negotiations had been unsuccessful.

* *

164. As previously noted (see paragraph 33), the Parties referred the Court to several documents and statements relating to events in Abkhazia and South Ossetia from 1990 to the time of filing by Georgia of its Application. On the specific issue of the existence of negotiations on matters falling under CERD, Georgia submits evidence which in its view demonstrates that negotiations involving delegations from Georgia and the Russian Federation concerning the subject-matter of the present dispute have progressed, unsuccessfully, in numerous fora, including but not limited to: (i) the United Nations Geneva Process and the Coordinating Council for Georgia and Abkhazia, and the Group of Friends of Georgia; (ii) the Joint Control Commission for the Georgian-Ossetian Conflict Settlement; (iii) the Organization for Security and Co-operation in Europe; and (iv) the Council of the Heads of State of the Commonwealth of Independent States.

Georgia further alleges that the evidence which it submitted demonstrates the existence and subsequent failure of high-level bilateral negotiations between Georgia and the Russian Federation relating to various aspects of the present dispute.

165. Such negotiations are considered by Georgia to have dealt with specific matters falling under CERD, namely, the Russian Federation's direct participation in ethnic cleansing and other acts of discrimination against ethnic Georgians in South Ossetia and Abkhazia; the Russian Federation's prevention of ethnic Georgian IDPs from exercising their right of return to their homes in South Ossetia and Abkhazia; the Rus-

162. En la présente espèce, la Cour cherche donc à établir si la Géorgie a véritablement tenté d'engager des négociations avec la Fédération de Russie dans le but de régler leur différend au sujet du respect par la Fédération de Russie des obligations de fond qui lui incombent en vertu de la CIEDR. Si la Cour conclut que la Géorgie a véritablement tenté d'engager de telles négociations avec la Fédération de Russie, elle se penchera sur la question de savoir si la Géorgie les a poursuivies autant que possible dans le but de régler le différend. Pour ce faire, elle recherchera si les négociations ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse avant que la Géorgie ne dépose sa requête devant la Cour.

b) *Le point de savoir si les Parties ont mené des négociations sur des questions concernant l'interprétation ou l'application de la CIEDR*

163. Se fondant sur ces critères, la Cour examinera maintenant les éléments de preuve qui lui ont été communiqués par les Parties pour déterminer s'ils démontrent, comme l'affirme la Géorgie, qu'au moment où celle-ci a déposé sa requête, le 12 août 2008, des négociations avaient eu lieu entre elle et la Fédération de Russie au sujet de leur différend d'ordre juridique relevant de la CIEDR et que ces négociations avaient échoué.

* *

164. Comme la Cour l'a précédemment indiqué (voir paragraphe 33), les Parties lui ont communiqué plusieurs documents et déclarations relatifs aux événements qui se sont déroulés en Abkhazie et en Ossétie du Sud entre 1990 et le moment où la Géorgie a déposé sa requête. S'agissant de la question précise de l'existence de négociations sur des questions relevant de la CIEDR, la Géorgie a versé au dossier des éléments qui, à son sens, démontrent que des négociations portant sur l'objet du présent différend furent menées en vain entre les délégations géorgienne et russe dans bien des enceintes, dont les suivantes : i) le processus de Genève des Nations Unies et le conseil de coordination pour la Géorgie et l'Abkhazie, ainsi que le groupe des amis du Secrétaire général pour la Géorgie ; ii) la Commission de contrôle conjointe pour le règlement du conflit osséto-géorgien ; iii) l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe ; et iv) le Conseil des chefs d'Etat des pays membres de la Communauté d'Etats indépendants.

La Géorgie affirme en outre que les pièces qu'elle a présentées démontrent l'existence puis l'échec de négociations bilatérales de haut niveau entre elle et la Fédération de Russie à propos de divers aspects du présent différend.

165. Selon la Géorgie, ces négociations ont porté sur des questions précises relevant de la CIEDR et elle reprochait à la Fédération de Russie les faits suivants : avoir participé directement au nettoyage ethnique et à d'autres actes de discrimination contre des Géorgiens de souche en Ossétie du Sud et en Abkhazie ; avoir empêché les Géorgiens de souche déplacés dans leur propre pays d'exercer leur droit au retour en Ossétie

sian Federation's support, sponsorship and defence of discrimination against ethnic Georgians by other parties; and the Russian Federation's failure to prevent discrimination against ethnic Georgians in areas under its control.

*

166. For its part, the Russian Federation, in addressing the above claims, essentially contends that the bilateral and multilateral contacts between itself and Georgia have not dealt with the question of racial discrimination, and thus cannot constitute negotiations on matters falling under CERD. Precisely, the Russian Federation, upon commenting on the facts in the record, submits that, "[a]t no occasion in their bilateral relations did Georgia articulate any claim of racial discrimination by Russia, and Georgia and Russia did not engage in negotiations in respect of any such claim". Similarly, the Russian Federation puts forth that the contacts between Georgia and the Russian Federation within the framework of international organizations, or in other multilateral fora, call for the same conclusion as the one made in respect of bilateral negotiations, namely that there have never been negotiations on the dispute alleged by Georgia on the application of CERD.

* *

167. The Court recalls its conclusions regarding the Russian Federation's first preliminary objection, as it is directly connected to the Russian Federation's second preliminary objection. After examination of the evidence submitted by the Parties, the Court concluded that a dispute between Georgia and the Russian Federation falling within the ambit of CERD arose only in the period immediately before the filing of the Application. Specifically, the evidence put forth by Georgia which pre-dates the beginning of armed hostilities in South Ossetia during the night of 7 to 8 August 2008 failed to demonstrate the existence of a legal dispute between Georgia and the Russian Federation on matters falling under CERD.

168. It stands to reason that it was only possible for the Parties to be negotiating the matters in dispute, namely, the Russian Federation's compliance with its obligations relating to the elimination of racial discrimination, between 9 August 2008 and the date of the filing of the Application, on 12 August 2008, i.e., the period during which the Court found that a dispute capable of falling under CERD had arisen between the Parties.

169. The Court's task at this point is therefore twofold: first, to determine whether the facts in the record show that, during this circumscribed period, Georgia and the Russian Federation engaged in negotiations with respect to the matters in dispute concerning the interpretation or application of CERD; and secondly, if the Parties did engage in such negotia-

du Sud et en Abkhazie; avoir soutenu, cautionné et défendu la discrimination perpétrée par des tiers contre des Géorgiens de souche; et ne pas avoir empêché la discrimination pratiquée à l'encontre des Géorgiens de souche vivant dans les zones qu'elle contrôlait.

*

166. Dans sa réponse aux allégations qui précèdent, la Fédération de Russie soutient en substance que les contacts qu'elle a eus avec la Géorgie aux niveaux bilatéral et multilatéral ne concernaient pas la question de la discrimination raciale et ne peuvent dès lors constituer des négociations sur des questions relevant de la CIEDR. Plus précisément, à propos des éléments de fait versés au dossier, elle relève que «[j]amais, dans le cadre de ses relations bilatérales avec la Fédération de Russie, [la Géorgie] n'a formulé [de] plainte [pour discrimination raciale] à son encontre; et [que] jamais la Géorgie et la Fédération de Russie n'ont mené de négociations à ce sujet». De même, la Fédération de Russie affirme que les contacts établis entre la Géorgie et elle-même au sein d'organisations internationales ou d'autres enceintes multilatérales conduisent à la même conclusion que celle énoncée au sujet des négociations bilatérales, à savoir que le différend allégué par la Géorgie touchant l'application de la CIEDR n'a jamais fait l'objet de négociations.

* *

167. La Cour rappelle les conclusions auxquelles elle est parvenue en ce qui concerne la première exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie, étant donné que cette première exception est directement liée à la deuxième. Après avoir examiné les éléments de preuve communiqués par les Parties, la Cour a conclu qu'un différend relevant de la CIEDR n'avait surgi entre la Géorgie et la Fédération de Russie que dans la période ayant immédiatement précédé le dépôt de la requête. En particulier, les pièces versées au dossier par la Géorgie, qui sont antérieures au commencement des hostilités armées en Ossétie du Sud dans la nuit du 7 au 8 août 2008, n'ont pas démontré l'existence d'un différend d'ordre juridique entre la Géorgie et la Fédération de Russie sur des questions relevant de la CIEDR.

168. Il va de soi que les Parties ne purent négocier sur les questions litigieuses, à savoir le respect par la Fédération de Russie des obligations qui lui incombent en matière d'élimination de la discrimination raciale, qu'entre le 9 août 2008 et la date du dépôt de la requête, le 12 août 2008, soit la période au cours de laquelle la Cour a établi qu'un différend susceptible de relever de la CIEDR avait surgi entre les Parties.

169. Dès lors, une double mission incombe à la Cour à ce stade. Elle doit déterminer en premier lieu s'il ressort des éléments de fait versés au dossier que, pendant cette période limitée, la Géorgie et la Fédération de Russie entamèrent des négociations sur les questions en litige touchant à l'interprétation ou à l'application de la CIEDR et, dans l'affirmative, éta-

tions, to determine whether those negotiations failed, therefore enabling the Court to be seised of the dispute under Article 22.

170. Before the Court considers the evidence bearing on the answers to those two questions, it observes that negotiations did take place between Georgia and the Russian Federation before the start of the relevant dispute. These negotiations involved several matters of importance to the relationship between Georgia and the Russian Federation, namely, the status of South Ossetia and Abkhazia, the territorial integrity of Georgia, the threat or use of force, the alleged breaches of international humanitarian law and of human rights law by Abkhaz or South Ossetian authorities and the role of the Russian Federation's peacekeepers. However, in the absence of a dispute relating to matters falling under CERD prior to 9 August 2008, these negotiations cannot be said to have covered such matters, and are thus of no relevance to the Court's examination of the Russian Federation's second preliminary objection.

171. The Court begins its examination of the relevant evidence by recalling Georgia's factual narrative of the alleged failed negotiations which it contends took place between the night of 7 to 8 August and 12 August 2008. According to Georgia, after 8 August 2008, when it alleges the Russian Federation commenced its campaign of ethnic cleansing against ethnic Georgians in South Ossetia and Abkhazia, the former urgently attempted to engage with the latter to bring the violence against Georgian civilians to a halt. With diplomatic relations suspended, Georgia claims it appealed to the Russian Federation for talks via the United Nations. On 10 August 2008, Georgia explains that it requested an emergency session of the Security Council, during which it informed the Council of the gross human rights violations then being perpetrated against ethnic Georgians by the Russian Federation's armed forces that amounted to a process of exterminating the Georgian population. According to Georgia, the Russian Federation's Permanent Representative used the Security Council session to acknowledge, and deny, the public address President Saakashvili had made the previous day in which he explicitly accused the Russian Federation of perpetrating ethnic cleansing. Finally, Georgia submits that the Russian Federation's Minister for Foreign Affairs publicly made clear that further contact between Georgia and the Russian Federation were impossible.

172. Georgia seeks to support this presentation of facts, which in its view demonstrates how it attempted to negotiate with the Russian Federation, and how these attempts were unsuccessful, by submitting certain documents and statements to the Court. These documents and statements are of relevance both to the first and the second preliminary objection raised by the Russian Federation and the Court has therefore already addressed them in its consideration of the first preliminary objection (see paragraphs 109 to 113). The first statement cited by Georgia from this

blir en second lieu si celles-ci échouèrent, ce qui permettrait sa saisine en application de l'article 22.

170. Avant d'examiner les pièces permettant de répondre à ces deux questions, la Cour relève que des négociations eurent bien lieu entre la Géorgie et la Fédération de Russie avant la naissance du différend. Ces négociations portaient sur plusieurs questions importantes pour les relations entre la Géorgie et la Fédération de Russie, à savoir le statut de l'Ossétie du Sud et de l'Abkhazie, l'intégrité territoriale de la Géorgie, la menace du recours ou le recours à la force, les violations du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme dont les autorités abkhazes et sud-ossètes se seraient rendues coupables et le rôle de la force de maintien de la paix de la Fédération de Russie. Toutefois, en l'absence de différend sur des questions relevant de la CIEDR avant le 9 août 2008, lesdites négociations ne sauraient être réputées avoir porté sur ces questions et, dès lors, sont dénuées de pertinence pour l'examen de la deuxième exception préliminaire de la Fédération de Russie auquel la Cour va procéder.

171. La Cour commence son examen des éléments de preuve présentés en rappelant le récit que la Géorgie a fait des prétendues négociations avortées dont elle affirme qu'elles eurent lieu entre la nuit du 7 au 8 août et le 12 août 2008. Selon la Géorgie, après le 8 août 2008, date à laquelle elle soutient que la Fédération de Russie lança sa campagne de nettoyage ethnique contre les Géorgiens de souche en Ossétie du Sud et en Abkhazie, elle tenta immédiatement d'obtenir de celle-ci la cessation des violences perpétrées à l'encontre des civils géorgiens. Les négociations diplomatiques ayant été suspendues entre les deux pays, la Géorgie affirme qu'elle appela la Fédération de Russie à négocier par l'intermédiaire de l'Organisation des Nations Unies. Elle précise que, le 10 août 2008, elle demanda au Conseil de sécurité de se réunir d'urgence et qu'au cours de cette séance elle l'informa des violations flagrantes des droits de l'homme alors perpétrées à l'encontre des Géorgiens de souche par les forces armées de la Fédération de Russie, qui n'étaient rien de moins qu'un processus d'extermination de la population géorgienne. Selon la Géorgie, le représentant permanent de la Fédération de Russie profita de la séance du Conseil pour prendre acte de la déclaration publique faite la veille par le président Saakachvili, dans laquelle celui-ci accusait explicitement la Russie de s'être livrée à un nettoyage ethnique, et pour rejeter cette accusation. Enfin, la Géorgie affirme que le ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie déclara publiquement et sans détour que tout nouveau contact entre la Géorgie et la Fédération de Russie était impossible.

172. La Géorgie cherche à étayer cette présentation des faits, qui démontre à son sens qu'elle tenta de négocier avec la Fédération de Russie et que ses tentatives furent infructueuses, en soumettant un certain nombre de documents et de déclarations à la Cour. Ceux-ci concernent aussi bien la première que la deuxième des exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie et la Cour les a déjà examinés dans la partie consacrée à la première exception (voir paragraphes 109 à 113). La première déclaration citée datant de cette période est une conférence de

period is a press briefing dated 9 August 2008 from the Office of the President of Georgia. In this statement made during a meeting with foreign journalists, President Saakashvili declared that:

> "Russian troops, Russian tanks that moved in, into South Ossetia on their way expelled the whole ethnically Georgian population of South Ossetia. This morning they've committed the ethnic cleansing in all areas they control in South Ossetia, they have expelled ethnic Georgians living there. Right now they are trying to set up the ethnic cleansing of ethnic Georgians from upper Abkhazia — Kodori Gorge."

173. The second document submitted by Georgia as evidencing negotiations during the relevant period is the procès-verbal of the Security Council meeting convened upon Georgia's request (United Nations doc. S/PV.5953, 10 August 2008), during which the Georgian representative described at length the armed activities taking place on Georgian territory. Accusing the Russian Federation of misconduct, the Georgian representative declared that "[t]he process of exterminating the Georgian population and annihilating Georgian statehood is in full swing".

174. In his subsequent statement before the Security Council, the Russian Federation's representative placed the blame on Georgia for the outbreak of armed activities. In doing so, he accused Georgian authorities of ethnically cleansing a portion of its own population:

> "So how can we describe this action by the Georgian leadership? It has been said that aggression is only when one party attacks another. But if the aggression is carried out against your own people, is that in any way better? What legal terms can be used to describe what has been done by the Georgian leadership? Can we use 'ethnic cleansing', for example, when, over a number of days, nearly 30,000 of the 120,000 people of South Ossetia have become refugees who have fled to Russia: more than a quarter of the population? They went across the border from South Ossetia to the North at great risk to their lives. Is that ethnic cleansing or is it not? Should we describe that as genocide or not? When out of that population of 120,000, 2,000 innocent civilians die on the first day, is that genocide or is it not? How many people, how many civilians must die before we describe it as genocide?"

175. During the same meeting, both Georgia's and the Russian Federation's representatives made additional comments to the Security Council members. The Georgian representative urged the members to take action by declaring that "Russia's intention [is] to erase Georgian statehood and to exterminate the Georgian people". Responding to the Georgian representative's allegation as to the Russian Federation's intention, the latter's representative asserted that "the intention of the Russian

presse organisée par la présidence de la Géorgie le 9 août 2008. Devant un parterre de journalistes étrangers, le président Saakachvili déclara ce qui suit :

> « A mesure qu'ils progress[aient] à travers l'Ossétie du Sud, les soldats et les chars russes expuls[aient] toute la population de souche géorgienne de la région. Ce matin, ils [ont] procédé au nettoyage ethnique de toutes les zones placées sous leur contrôle et expulsé les habitants de souche géorgienne. En ce moment même, ils tentent d'organiser le nettoyage ethnique des Géorgiens de souche en Haute-Abkhazie et dans les gorges de Kodori. »

173. Le procès-verbal de la séance du Conseil de sécurité tenue à la demande de la Géorgie (Nations Unies, doc. S/PV.5953, 10 août 2008), au cours de laquelle le représentant de la Géorgie relata en détail les activités armées qui se déroulaient sur le territoire de son pays, est le deuxième document qu'a présenté la Géorgie pour démontrer l'existence de négociations au cours de la période considérée. Accusant la Fédération de Russie d'activités illicites, le représentant de la Géorgie déclara que « [l]e processus d'extermination de la population géorgienne et d'anéantissement de l'Etat géorgien bat[tait] son plein ».

174. Dans la déclaration qu'il fit ensuite devant le Conseil de sécurité, le représentant de la Fédération de Russie accusa la Géorgie d'être responsable du déclenchement des activités armées et les autorités géorgiennes d'avoir, de ce fait, procédé au nettoyage ethnique d'une partie de leur propre population :

> « Comment pouvons-nous donc qualifier ces agissements des dirigeants géorgiens ? On dit qu'une agression se définit comme telle lorsque seule une partie en attaque une autre, unilatéralement — mais si l'agression est dirigée contre son propre peuple, est-ce mieux ? Quels termes juridiques peut-on utiliser pour décrire ce qu'ont fait les dirigeants géorgiens ? Pouvons-nous parler de nettoyage ethnique, par exemple, quand quelques jours suffisent pour transformer en réfugiés près de 30 000 personnes, soit plus d'un quart des 120 000 personnes qui vivent en Ossétie du Sud ? Ces personnes ont quitté l'Ossétie du Sud pour le nord au péril de leur vie. S'agit-il ou non de nettoyage ethnique ? Doit-on évoquer un génocide ? Lorsque, sur une population de 120 000 personnes, 2000 civils meurent, s'agit-il ou non d'un génocide ? Combien de personnes, combien de civils doivent mourir avant que nous ne parlions de génocide ? »

175. Au cours de la même séance, les représentants de la Géorgie et de la Fédération de Russie firent part d'autres observations aux membres du Conseil de sécurité. Le représentant de la Géorgie les pressa de prendre des mesures en déclarant que « l'intention de la Russie [était d']éliminer l'Etat géorgien et [d']exterminer sa population ». Le représentant de la Fédération de Russie lui répondit que « les intentions de la Fédération de Russie dans cette situation [étaient] de garantir que les peuples de l'Ossé-

Federation in this case is to ensure that the people of South Ossetia and Abkhazia not fear for their lives or for their identity".

176. Finally, Georgia also submits the transcript of a press conference held in Moscow on 12 August 2008 — the date of Georgia's filing of its Application — by the Russian Federation's Minister for Foreign Affairs and the Minister for Foreign Affairs of Finland and Chairman-in-Office of the OSCE.

177. The Court takes note of certain significant elements of the content of this press conference. First, the Russian Federation places the blame for the outbreak of armed activities on the present Georgian leadership. Secondly, the Russian Federation asserts that it has "no trust in Mikhail Nikolayevich Saakashvili," and that "mov[ing] to mutually respectful relations . . . is hardly possible with the present Georgian leadership". Thirdly, the Russian Federation announces that its "approaches toward the negotiation process will undergo substantial change". Fourthly, the Russian Federation proposes its view of the essential next steps in the restoration of peace, including the cessation of armed activities, and the "signing of a legally binding agreement on the non-use of force" between Georgia, Abkhazia and South Ossetia. Fifthly, the Russian Federation has received confirmation from the Chairman-in-Office of the OSCE that Georgia is ready for the conclusion of such a pledge on the non-use of force. Additionally, the Russian Federation's Foreign Minister declared that:

> "As a matter of fact, it will be no exaggeration to say that the talk is about ethnic cleansings, genocide and war crimes [committed by Georgia].
>
> . . . . . .
>
> Mr. Saakashvili . . . claimed hysterically that the Russian side wanted to annex the whole of Georgia and, in general, he did not feel shy of using the term ethnic cleansings, although, true, it was Russia that he accused of carrying out those ethnic cleansings."

178. The Court makes two observations on the basis of the Russian Federation's Foreign Minister's remarks. First, with regard to the subject-matter of CERD, the Court notes that the topic of ethnic cleansing had not become the subject of genuine negotiations or attempts at negotiation between the Parties. The Court is of the view that although the claims and counter-claims concerning ethnic cleansing may evidence the existence of a dispute as to the interpretation and application of CERD, they do not constitute attempts at negotiations by either Party.

179. Secondly, the Court observes that the issue of negotiations between Georgia and the Russian Federation is complex. On the one hand, the Russian Federation's Foreign Minister manifested his discontent with regard to President Saakashvili personally, and stated that he "do[es] not think that Russia will have the mindset not only to negotiate, but even to speak with Mr. Saakashvili" and that "Mr. Saakashvili can

tie du Sud et de l'Abkhazie n'aur[aient] pas à craindre pour leur vie ou pour leur identité».

176. Enfin, la Géorgie présente la transcription d'une conférence de presse tenue à Moscou le 12 août 2008 — le jour où elle a déposé sa requête — par le ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie et le ministre des affaires étrangères de la Finlande et président en exercice de l'OSCE.

177. La Cour relève, dans le texte de cette conférence de presse, certains éléments importants. Premièrement, la Fédération de Russie rendait les autorités géorgiennes de l'époque responsables du déclenchement des opérations armées. Deuxièmement, elle affirmait n'avoir «aucune confiance en Mikhaïl Nikolaïevitch Saakachvili» et qu'«il n'é[tait] guère possible d'entretenir des relations fondées sur le respect mutuel ... avec les autorités géorgiennes actuelles». Troisièmement, la Fédération de Russie annonçait que sa «politique à l'égard du processus de négociation sera[it] sensiblement différente». Quatrièmement, elle proposait sa vision des mesures essentielles à prendre pour rétablir la paix, notamment la cessation des activités armées et la «signature d'un accord juridiquement contraignant sur le non-recours à la force» entre la Géorgie, l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud. Cinquièmement, elle indiquait avoir reçu confirmation du président en exercice de l'OSCE que la Géorgie était disposée à conclure un tel accord. En outre, le ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie déclara ce qui suit :

> «En fait, il n'est pas exagéré de dire qu'il est question de nettoyage ethnique, de génocide et de crimes de guerre [commis par la Géorgie].
>
> . . . . . .
>
> M. Saakachvili ... a proféré des propos hystériques, accusant la partie russe de chercher à annexer l'ensemble de la Géorgie, sans hésiter à employer les termes de «nettoyage ethnique»; mais il est vrai que c'était la Fédération de Russie qu'il accusait de tels actes.»

178. La Cour formule deux observations à la lumière des propos du ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie. Premièrement, pour ce qui est de la CIEDR, elle note que la question du nettoyage ethnique n'était pas devenue l'objet de véritables négociations ou tentatives de négociations entre les Parties. La Cour est d'avis que, si les allégations de nettoyage ethnique et leurs démentis peuvent attester l'existence d'un différend sur l'interprétation et l'application de la Convention, elles ne constituent des tentatives de négociations de la part ni de l'une ni de l'autre des Parties.

179. Deuxièmement, la Cour observe que la question des négociations entre la Géorgie et la Fédération de Russie est complexe. D'un côté, le ministre des affaires étrangères de cette dernière manifesta son mécontentement à l'égard de M. Saakachvili personnellement, et indiqua «qu'à son avis la Russie ne serait pas disposée à négocier, ni même parler, avec M. Saakachvili» et que, ce dernier «ne pouvant plus être [le] partenaire

no longer be our partner and it would be best if he left". On the other hand, the Foreign Minister did not make his desire to see President Saakashvili "repent" for his "crime against our citizens" a "condition for ending this stage of the military operation", and for resuming talks on the non-use of force. He further stated that:

> "As to Georgia, we have always treated and continue to treat the Georgian people with deep respect. We continue to want to live with them in friendship and harmony and are convinced that the Georgian people will yet display their wisdom."

180. Notwithstanding the tone of certain remarks made by the Foreign Minister of the Russian Federation about President Saakashvili, the Court considers that overall the Russian Federation did not dismiss the possibility of future negotiations on the armed activities in which it was engaged at the time, and on the restoration of peace between Georgia, Abkhazia and South Ossetia. However, the Court considers that the subject-matter of such negotiations was not the compliance by the Russian Federation with its obligations relating to the elimination of racial discrimination. Therefore, regardless of the Russian Federation's ambiguous and perhaps conflicting statements on the subject of negotiations with Georgia as a whole, and President Saakashvili personally, these negotiations did not pertain to CERD-related matters. As such, whether the Russian Federation wanted to end or to continue negotiations with Georgia on the matter of the armed conflict is of no relevance for the Court in the present case. Consequently, remarks by the President and by the Foreign Minister of the Russian Federation regarding the prospects of talks with the Georgian President did not terminate the possibility of CERD-related negotiations, as those were never genuinely or specifically attempted.

181. In sum, the Court is unable to consider these statements — whether in the Georgian presidential press briefing or at the Security Council meeting — as genuine attempts by Georgia to negotiate matters falling under CERD. As outlined in detail with regard to the Russian Federation's first preliminary objection, the Court considers that these accusations and replies by both Parties on the issues of "extermination" and "ethnic cleansing" attest to the existence of a dispute between them on a subject-matter capable of falling under CERD. However, they fail to demonstrate an attempt at negotiating these matters.

182. The Court is thus also unable to agree with Georgia's submission when it claims that "Russia's refusal to negotiate with Georgia in the midst of its ethnic cleansing campaign, and two days prior to the filing of the Application is sufficient to vest the Court with jurisdiction under Article 22". The Court concludes that the facts in the record show that, between 9 August and 12 August 2008, Georgia did not attempt to negotiate CERD-related matters with the Russian Federation, and that,

[de la Fédération de Russie], mieux valait qu'il s'en aille». D'un autre côté, il ne fit pas de son souhait de voir le président Saakachvili «se repentir» du «crime commis contre [les] citoyens [russes]» une «condition de l'arrêt de la phase actuelle des opérations militaires» et de la reprise des pourparlers sur le non-recours à la force, ajoutant:

> «Pour ce qui est de la Géorgie, nous avons toujours traité et continuons de traiter le peuple géorgien avec un grand respect. Nous souhaitons toujours entretenir avec lui des relations amicales et harmonieuses et sommes convaincus qu'il fera malgré tout preuve de sagesse.»

180. Nonobstant le ton de certains propos tenus par le ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie à l'égard du président Saakachvili, la Cour est d'avis que, d'une manière générale, la Fédération de Russie n'excluait pas la possibilité de négociations futures sur les activités armées auxquelles elle se livrait alors et sur le rétablissement de la paix entre la Géorgie, l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud. Elle considère toutefois que le respect par la Russie de ses obligations en matière d'élimination de la discrimination raciale n'était pas l'objet de telles négociations. En conséquence, indépendamment des déclarations ambiguës et peut-être contradictoires de la Fédération de Russie sur la question des négociations avec la Géorgie en général, et avec le président Saakachvili en particulier, celles-ci n'avaient pas trait à des questions relevant de la CIEDR. La Cour considère dans ces conditions que le point de savoir si la Fédération de Russie voulait l'arrêt ou la poursuite des négociations avec la Géorgie sur la question du conflit armé est sans objet en la présente espèce. Les propos du président et du ministre des affaires étrangères de la Fédération de Russie concernant la perspective de pourparlers avec le président de la Géorgie n'éliminaient donc pas toute possibilité de négociations se rapportant à la CIEDR, celles-ci n'ayant jamais été tentées réellement ou dans ce but précis.

181. En bref, la Cour ne saurait considérer que ces déclarations — qu'il s'agisse de la conférence de presse du président de la Géorgie ou des déclarations faites au Conseil de sécurité — constituent de la part de la Géorgie de véritables tentatives de négociation sur des questions relevant de la CIEDR. Comme elle l'a expliqué de manière détaillée à propos de la première exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie, la Cour estime que les accusations et réponses formulées par l'une et l'autre des Parties sur les questions d'«extermination» et de «nettoyage ethnique» attestent l'existence d'un différend sur des questions relevant de la Convention. Elles ne prouvent cependant pas qu'il fut tenté de négocier sur ces questions.

182. En conséquence, la Cour ne peut accueillir non plus les conclusions de la Géorgie selon lesquelles «le fait que la Russie a refusé de négocier avec la Géorgie pendant sa campagne de nettoyage ethnique, et deux jours avant le dépôt de la requête, suffit à conférer compétence à la Cour en vertu de l'article 22». Elle conclut que les éléments versés au dossier montrent que, entre le 9 et le 12 août 2008, la Géorgie ne tenta pas de négocier avec la Fédération de Russie au sujet de questions touchant

consequently, Georgia and the Russian Federation did not engage in negotiations with respect to the latter's compliance with its substantive obligations under CERD.

183. The Court has already observed (see paragraph 149) the fact that Georgia did not claim that, prior to the seisin of the Court, it used or attempted to use the other mode of dispute resolution contained at Article 22, namely the procedures expressly provided for in CERD. Considering the Court's conclusion, at paragraph 141, that under Article 22 of CERD, negotiations and the procedures expressly provided for in CERD constitute preconditions to the exercise of its jurisdiction, and considering the factual finding that neither of these two modes of dispute settlement was attempted by Georgia, the Court does not need to examine whether the two preconditions are cumulative or alternative.

184. The Court accordingly concludes that neither requirement contained in Article 22 has been satisfied. Article 22 of CERD thus cannot serve to found the Court's jurisdiction in the present case. The second preliminary objection of the Russian Federation is therefore upheld.

IV. Third and Fourth Preliminary Objections

185. Having upheld the second preliminary objection of the Russian Federation, the Court finds that it is required neither to consider nor to rule on the other objections to its jurisdiction raised by the Respondent and that the case cannot proceed to the merits phase.

* * *

186. The Court in its Order of 15 October 2008 indicated certain provisional measures. This Order ceases to be operative upon the delivery of this Judgment. The Parties are under a duty to comply with their obligations under CERD, of which they were reminded in that Order.

* * *

187. For these reasons,

THE COURT,

(1) *(a)* By twelve votes to four,

Rejects the first preliminary objection raised by the Russian Federation;

IN FAVOUR: *President* Owada; *Judges* Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Donoghue; *Judge* ad hoc Gaja;

AGAINST: *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Skotnikov, Xue;

la Convention et que, en conséquence, la Géorgie et la Fédération de Russie n'entamèrent pas de négociations portant sur le respect par cette dernière de ses obligations de fond au titre de la CIEDR.

183. La Cour a déjà relevé (voir paragraphe 149) que la Géorgie n'a pas prétendu avoir eu recours ou tenté d'avoir recours, avant de la saisir, à l'autre mode de règlement des différends visé à l'article 22, à savoir les procédures expressément prévues par la CIEDR. Considérant qu'elle a conclu, au paragraphe 141, que l'article 22 de la Convention fait des négociations et des procédures expressément prévues dans cet instrument des conditions préalables à l'exercice de sa compétence, et considérant qu'elle a établi que la Géorgie n'a tenté d'avoir recours à aucun de ces deux modes de règlement, la Cour n'a pas besoin de se demander si ces deux conditions sont cumulatives ou alternatives.

184. La Cour conclut en conséquence qu'il n'a été satisfait à aucune des conditions énoncées à l'article 22 de la CIEDR, lequel ne saurait donc fonder sa compétence en la présente espèce. En conséquence, la deuxième exception préliminaire de la Fédération de Russie est retenue.

IV. Troisième et quatrième exceptions préliminaires

185. Ayant retenu la deuxième exception préliminaire de la Fédération de Russie, la Cour conclut qu'elle n'a pas à se pencher ni à se prononcer sur les autres exceptions à sa compétence soulevées par le défendeur, et qu'elle ne pourra pas connaître du fond de l'affaire.

* * *

186. La Cour a, dans son ordonnance du 15 octobre 2008, indiqué certaines mesures conservatoires. Cette ordonnance cesse de produire ses effets dès le prononcé du présent arrêt. Les Parties ont le devoir de s'acquitter de leurs obligations découlant de la CIEDR, devoir que la Cour a rappelé dans ladite ordonnance.

* * *

187. Par ces motifs,

La Cour,

1) *a)* Par douze voix contre quatre,

Rejette la première exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie;

pour : M. Owada, *président*; MM. Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Mme Donoghue, *juges*; M. Gaja, *juge* ad hoc;

contre : M. Tomka, *vice-président*; MM. Koroma, Skotnikov, Mme Xue, *juges*;

(b) By ten votes to six,

Upholds the second preliminary objection raised by the Russian Federation;

IN FAVOUR: *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue;

AGAINST: *President* Owada; *Judges* Simma, Abraham, Cançado Trindade, Donoghue; *Judge* ad hoc Gaja;

(2) By ten votes to six,

Finds that it has no jurisdiction to entertain the Application filed by Georgia on 12 August 2008.

IN FAVOUR: *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue;

AGAINST: *President* Owada; *Judges* Simma, Abraham, Cançado Trindade, Donoghue; *Judge* ad hoc Gaja.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this first day of April, two thousand and eleven, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of Georgia and the Government of the Russian Federation, respectively.

(Signed) Hisashi OWADA,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

President OWADA and Judges SIMMA, ABRAHAM, DONOGHUE and Judge *ad hoc* GAJA append a joint dissenting opinion to the Judgment of the Court; President OWADA appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Vice-President TOMKA appends a declaration to the Judgment of the Court; Judges KOROMA, SIMMA and ABRAHAM append separate opinions to the Judgment of the Court; Judge SKOTNIKOV appends a declaration to the Judgment of the Court; Judge CANÇADO TRINDADE appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judges GREENWOOD and DONOGHUE append separate opinions to the Judgment of the Court.

(Initialled) H.O.

(Initialled) Ph.C.

b) Par dix voix contre six,

Retient la deuxième exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie;

POUR: M. Tomka, *vice-président*; MM. Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Mme Xue, *juges*;

CONTRE: M. Owada, *président*; MM. Simma, Abraham, Cançado Trindade, Mme Donoghue, *juges*; M. Gaja, *juge* ad hoc;

2) Par dix voix contre six,

Dit qu'elle n'a pas compétence pour connaître de la requête déposée par la Géorgie le 12 août 2008.

POUR: M. Tomka, *vice-président*; MM. Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Mme Xue, *juges*;

CONTRE: M. Owada, *président*; MM. Simma, Abraham, Cançado Trindade, Mme Donoghue, *juges*; M. Gaja, *juge* ad hoc.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le premier avril deux mille onze, en trois exemplaires, dont l'un sera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la Géorgie et au Gouvernement de la Fédération de Russie.

Le président,
(Signé) Hisashi OWADA.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

M. le juge OWADA, président, MM. les juges SIMMA et ABRAHAM, Mme la juge DONOGHUE et M. le juge *ad hoc* GAJA joignent à l'arrêt l'exposé de leur opinion dissidente commune; M. le juge OWADA, président, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle; M. le juge TOMKA, vice-président, joint une déclaration à l'arrêt; MM. les juges KOROMA, SIMMA et ABRAHAM joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle; M. le juge SKOTNIKOV joint une déclaration à l'arrêt; M. le juge CANÇADO TRINDADE joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente; M. le juge GREENWOOD et Mme la juge DONOGHUE joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle.

(Paraphé) H.O.
(Paraphé) Ph.C.

Doc. num. 43

Practising Virtue: Inside International Arbitration
David D. Caron, Stephan W. Schill, Abby Cohen Smutny, and Epaminontas E. Triantafilou
Print publication date: 2015
Print ISBN-13: 9780198739807
Published to Oxford Scholarship Online: January 2016
DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198739807.001.0001

Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration

James Crawford

DOI:10.1093/acprof:oso/9780198739807.003.0037

Abstract and Keywords

This chapter focuses on arbitrator challenges in International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) arbitrations. It considers the requirements of the relevant provisions of the ICSID Convention, arbitral pronouncements on the relationship between those provisions, and some further specific issues raised in ICSID arbitrations. In particular, it looks at whether the standard of 'reasonable doubt', which is applied to the disqualification of arbitrators in certain other regimes, is compatible with the provisions of the ICSID Convention. The relatively low proportion of challenges to ICSID arbitrators that have led to disqualification suggests that the threshold for a successful challenge in ICSID appears to be higher than alternative regimes.

Keywords: investment treaty arbitration, independence, impartiality, arbitrators, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID, reasonable doubt

I. Introduction

Arbitrators must be independent and impartial. On that much everyone agrees. But there are different ways to define independence and impartiality, and there are different ways to ensure that an arbitrator has those qualities. The approach taken can influence the choice of forum by the parties to an investment dispute. I will discuss one approach: that of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). Of course it allows challenges to arbitrators on grounds that include a lack of independence and impartiality, but there are some indications that the threshold for a successful challenge is higher than under alternative regimes. I will consider the requirements of the relevant provisions of the ICSID Convention,[1] arbitral pronouncements on the relationship between those provisions, and some further specific issues raised in ICSID arbitrations. In particular, I will consider whether the standard of 'reasonable doubt',

which is applied to the disqualification of arbitrators in certain other regimes, is compatible with the provisions of the ICSID Convention.

II. The Requirements of the ICSID Convention

I begin with the relevant provisions. These provide expressly for the qualities that an arbitrator is expected to possess. Under Article 14(1) of the ICSID Convention, arbitrators

shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment.

This entails three qualities: that an arbitrator (i) has high moral character, (ii) has recognized competence, and (iii) can 'be relied upon to exercise independent judgment'. It is well established that the third of these qualities requires not just independence (freedom from control), but also impartiality (freedom from bias).[2] It is this third quality that is directly relevant here.

(p.597) Additionally, Article 57 of the ICSID Convention provides, in part:

A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14.

These two provisions raise a number of questions. How does the phrase 'manifest lack' in Article 57 interact with the qualities that an arbitrator must possess under Article 14? Does it apply to all three qualities in the same way? Does 'manifest' describe the *seriousness* of the lack of one of the qualities or the *standard* to which the lack must be established?

The requirement of independence is distinguishable from the other two requirements listed in Article 14. The assessment of high moral character and recognized competence involves a judgment based on past facts and circumstances. It is a judgment of whether an arbitrator has, in the past, acted in a way which is consistent with the possession of high moral character and competence. But the assessment of an arbitrator's independence is different: it is prospective. Although also based on past facts and circumstances, it is a prediction of how the arbitrator will act in the future. It consists in evaluating the *probability* of a certain event—the event of the arbitrator acting independently—rather than simply whether that event will occur. This distinction is important in considering how Articles 14 and 57 interact.

Some tribunals have asked whether an arbitrator who has been challenged manifestly lacks independence, in the same way that one might ask whether an arbitrator manifestly lacks high moral character or competence. Other tribunals have asked whether a challenged arbitrator can be 'relied upon to exercise independent judgment'.

The second approach is preferable, since it takes into account the different character of a judgment of independence.

But even if we accept this second approach, there remains a further question: the meaning of 'manifest'. Some tribunals have considered the pertinent enquiry to be whether the *evidence* of unreliability is manifest, meaning that it is *clear*. Others have considered the enquiry to be whether the *degree* of the unreliability is manifest: here 'manifest' means *serious*.

III. Pronouncements on the Relationship between Articles 14 and 57

A. The Decision in *Vivendi*

The remaining members of the ad hoc committee in *Vivendi* in 2001 took the former approach—that 'manifest' applies to the evidence. Rejecting the alternative view that it is a matter of degree, they said:

The term 'manifest' might imply that there could be circumstances which, though they might appear to a reasonable observer to create an appearance of lack of independence or bias, do not do so manifestly. In such a case, the arbitrator might be heard to say that, while he might be biased, he was not *manifestly* biased, and that he (p.598) would therefore continue to sit … in light of the object and purpose of Article 57 we do not think this would be a correct interpretation.[3]

We might ask what, on this approach, the word 'manifest' adds to the analysis. The remaining members of the ad hoc committee commented:

On the one hand it is clear that that term cannot preclude consideration of facts previously undisclosed or unknown, provided that these are duly established at the time the decision is made. On the other hand, the term must exclude reliance on speculative assumptions or arguments—for example, assumptions based on prior and in themselves innocuous social contacts between the challenged arbitrator and a party. But in cases where (as here) the facts are established and no further inference of impropriety is sought to be derived from them, the question seems to us to be whether a real risk of lack of impartiality based upon those facts (and not on any mere speculation or inference) could reasonably be apprehended by either party.[4]

They added that the 'circumstances actually established (and not merely supposed or inferred) must negate or place in clear doubt the appearance of impartiality'.[5]

The same approach seems to characterize *SGS v Pakistan*, in which the remaining members of the tribunal said:

The Party challenging an arbitrator must establish facts, of a kind or character as reasonably to give rise to the inference that the person challenged clearly may not be relied upon to exercise independent judgment in the particular case where the challenge is made.[6]

B. More Recent Decisions

We can observe a shift towards a higher threshold for disqualification in the first *Suez* decision.[7] The remaining members of the tribunal said it was essential to determine whether a challenged arbitrator 'manifestly lacks the quality of being a person who may be relied upon to exercise independent judgment'.[8] They said that '[i]ndependence and impartiality are states of mind' and that such states of mind 'can only be inferred from conduct either by the arbitrator in question or persons connected to him or her'.[9] So far, this is compatible with the *Vivendi* decision: proof has to be 'manifest', not speculative, and what has to be proved is something that cannot be affirmed or negated with certainty. But the remaining members of the tribunal then cited a comment by Christoph Schreuer about the 'relatively heavy burden of proof' associated with the term 'manifest' and went on to state that 'to conclude that [the challenged arbitrator] lacks independence or impartiality, we would have to find that participation in the (p.599) award was in and of itself obvious evidence of such a state of mind'.[10] This suggests that a reasonable doubt is not enough: instead, obvious evidence is required.

The second *Suez* decision, from 2008,[11] seems to suggest that a standard of 'reasonable doubt' is incompatible with the requirement of a 'manifest lack' in Article 57. Two arbitrators had to examine a challenge to the third member of the tribunal pursuant to Article 10.1 of the UNCITRAL Rules—which expressly adopt a standard of 'reasonable doubt'—and a further challenge pursuant to Article 57 of the ICSID Convention.[12] As to the UNCITRAL standard, the question asked by the two arbitrators was whether 'a reasonable, informed person viewing the facts [would] be led to conclude that there is a justifiable doubt as to the challenged arbitrator's independence and impartiality'.[13] But they described the standard under the ICSID Convention differently: 'the Respondent to succeed must prove such facts that would lead an informed reasonable person to conclude that [the challenged arbitrator] *clearly* or *obviously* lacks the quality of being able to exercise independent judgment and impartiality'.[14]

The remaining members of the tribunal in *EDF v Argentina*[15] took a similar position. They began:

We must consider whether [the challenged arbitrator] 'may be relied upon to exercise independent judgment'. If reasonable doubts exist on this matter, she should cease to serve in these proceedings.[16]

But they went on to say:

Professor Schreuer indicates that the proposed test for what is 'manifest' relates not to the seriousness of the allegation, but to the ease with which it may be (p.600) perceived. Something is 'manifest' if it can be 'discerned with little effort and without deeper analysis'.[17]

In the first ICSID decision on a disqualification application, *Amco v Indonesia*, the remaining members of the tribunal articulated the justification for not requiring a high threshold for disqualification of an arbitrator: all arbitrators must have 'absolute impartiality'.[18] If we accept this justification, it follows that the differences in wording among the ICSID Convention and the various other procedural regimes applicable in investment disputes (the UNCITRAL Rules, the SCC Rules, the ICC Rules, the PCA

Optional Rules) should not prejudice the fundamental guarantee that a dispute will be decided by an independent tribunal.[19]

The remaining members of the ad hoc committee in *Vivendi* affirmed the importance of the integrity of arbitral tribunals. They commented that Article 57 'might be thought to set a lower standard for disqualification than the standard laid down, for example, in Rule 3.2 of the IBA Code of Ethics, which refers to an "appearance of bias"'.[20] But they went on to hold that a challenge would have to be upheld if 'the facts would lead to the raising of some reasonable doubt as to the impartiality of the arbitrator'.[21] This is comparable to the standard of 'justifiable doubts' adopted by Article 12 of the UNCITRAL Rules[22] and General Standard 2 of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (hereinafter, the IBA Guidelines).[23]

The remaining members of the ad hoc committee in *Nations Energy Corporation v Panama*,[24] in September 2011, explicitly rejected the 'reasonable doubt' test. The party seeking disqualification had argued:

[T]he Claimants fail by not meeting the exacting standard imposed on them by said Article 57 … not having proved that the professional relationship between the [challenged arbitrator] and the counsel … would result in a lack of independence which is *manifest*, and not only possible, but highly probable, which means almost certain.[25]

The remaining members of the ad hoc committee accepted this argument: (p.601)

We already established that the burden of proof concerning the facts that make evident and probable to the highest degree, *and not only possible*, that [the arbitrator] is a person on who it is not possible to rely to issue an independent and impartial decision falls on the party that requests the disqualification.[26]

There seems to be no middle ground between a 'mere possibility' and a 'probability of the highest degree'. The remaining members of the ad hoc committee did not consider the possibility that the relationship discussed in the decision might give rise to a reasonable doubt concerning the arbitrator's independence.

Two decisions from May 2011 accentuate this trend. In *Universal Compression v Venezuela*,[27] where two arbitrators were challenged, the parties proposed different tests. One submitted that 'the "manifest" criterion merely means that an arbitrator's lack of Article 14(1) qualities is clear; it does not mean that a claimant must show that the arbitrator manifestly lacks these qualities'.[28] The other party submitted:

the applicable standard is the 'manifest' lack of independence or impartiality. A challenge must be based on objective facts that, from the point of view of a reasonable and informed third person, evidently and clearly constitute a manifest lack of the qualities indicated above.[29]

It was this latter view that the Chairman of the Administrative Council of ICSID adopted. Each circumstance invoked by the parties to justify their requests for disqualification was dismissed on the ground that it did not 'indicate a manifest lack of the required qualities'.

The decision in *OPIC Karimum v Venezuela*[30] was similar. The claimant requested the application of the 'reasonable doubt test',[31] but the respondent's position was that:

A proposal for disqualification must be based on objective facts which, from the point of view of a reasonable and informed third person, evidently and clearly show a manifest lack of the qualities described above.[32]

The remaining members of the tribunal sided with the respondent:

these two appointments by Respondent's counsel do not in our view reach the level of multiple appointments that would by themselves demonstrate the manifest lack of independence required to be established for a successful proposal to disqualify (p.602) under the Convention … [W]e find that Claimant has failed to establish the requisite manifest lack of independence by [the challenged arbitrator] and conclude that the proposal for disqualification … must be dismissed.[33]

In *ConocoPhillips v Venezuela*,[34] the remaining members of the tribunal made a clear statement that the 'reasonable doubt' standard is more appropriate to a judgment based on the IBA Guidelines than one based on the ICSID Convention, which set a lower standard. After discussing the standard of proof in disqualification proceedings and rejecting the applicability of the IBA Guidelines, they held:

the conflict of interest text incorporated in [IBA] General Standard 2(b) is significantly different from that in Article 57 of the Convention and is easier to satisfy. The standard requires resignation or disqualification 'if facts or circumstances have arisen since the appointment that from a reasonable third person's point of view, having knowledge of the relevant facts, give rise to *justifiable doubts* as to the arbitrator's impartiality or independence'.[35]

Two trends are evident from the more recent decisions. The first is the interpretation of the requirement that a lack of independence be 'manifest' as permitting disqualification only when a certain or almost certain lack of independence is proved. The second is the explicit affirmation that the standard of 'reasonable doubt' (for example, in the UNCITRAL Rules and the IBA Guidelines) is not applicable in ICSID disqualification cases.

Despite these trends, the test of 'reasonable doubt' still appears in recent decisions. An example from June 2012 is *Getma v Equatorial Guinea*,[36] where both parties appear to have made their arguments in terms of assessing the existence of a reasonable doubt about the challenged arbitrator's independence. As to the respondent, the remaining members of the tribunal noted:

La Défenderesse considère, en outre, que '*le terme "défaut manifeste" visé à l'art. 14.1 ne fait pas référence à la gravité du défaut mais à la facilité avec laquelle il peut être discerné*' … [L]a demande de récusation … estime que cette situation suffit à elle seule à créer des doutes légitimes et raisonnables.[37]

Quoting the claimant, they said:

le critère pour apprécier l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre est objectif. Il s'agit d'apprécier si un tiers pourrait, au regard des circonstances de fait, avoir des doutes raisonnables sur l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre.

(p.603) The tribunal went on to state:

Les Demanderesses ajoutent aussi que cette charge est plus lourde parce que … la convention CIRDI exige que le défaut des qualités … soit manifeste. An s'appuyant sur la jurisprudence du CIRDI elle souligne que la notion de '*manifeste*' s'entend d'un défaut '*clair*' ou '*certain*' *('obvious' or 'evident')*.[38]

Although the two parties raised the matter in terms more in line with *Vivendi* than with more recent decisions, the remaining members of the tribunal reached their decision without reference to the 'reasonable doubt' test. Instead, they looked for a 'défaut "clair" ou "certain"' ('lack of "clear" or "certain"'):

la notion de 'défaut manifeste' de l'article 57 … s'entend d'un défaut 'clair' ou 'certain' … Les faits allégués doivent être avérés par des éléments de prévue objectifs, et une demande ne peut prospérer sur la base d'une simple spéculation, présomption, croyance, opinion ou interprétation de la parte réquerante.[39]

It is not clear whether this 'manifest lack' refers to independence or to the capacity to 'be relied upon to exercise independent judgment' under Article 14 of the ICSID Convention.

IV. The Relevance of ICSID Arbitration Rule 6(2)

Despite the trend in recent decisions away from the 'reasonable doubt' test, some factors point in the opposite direction. One is Rule 6(2) of the ICSID Arbitration Rules.

Rule 6(2) prescribes the text of the declaration that each arbitrator must sign. It requires each arbitrator to attach 'a statement of … any … circumstance that might cause [the arbitrator's] reliability for independent judgment to be questioned by a party'. This might be invoked in support of the view that Articles 14 and 57 of the ICSID Convention are compatible with the 'reasonable doubt' test. The standard of disclosure of potential conflicts of interest in Rule 6(2) appears to be concerned *not only* with manifest cases of lack of independence—or more strictly, of reliability—*but also* with situations that might give rise to serious, reasonable reservations about an arbitrator's ability to act independently.

But the tribunals that have considered Rule 6(2) have not taken this view. In *Alpha Projektholding*,[40] the remaining members of the tribunal acknowledged that 'the drafters chose, for the purposes of [ICSID Arbitration Rule 6(2)] to adopt a "justifiable doubts" test such as that encapsulated in Article 9 of the UNCITRAL Arbitration Rules'.[41] They held that one must

seek to square the circle between the disclosure standards of Arbitration Rule 6(2) and the disqualification dictates of Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention. In this regard, the [remaining members of the Tribunal] cannot agree with the suggestion … that reconciliation is best achieved by simply imputing the 'justifiable doubts' standard inherent in Arbitration Rule 6(2) into Articles 14(1) and 57 of the ICSID (p.604) Convention. Rather, there is a clear distinction between the parameters of the duty to disclose and the standards required to uphold the merits of a particular challenge.[42]

The remaining members of the tribunal in *Tidewater v Venezuela* reached a similar conclusion.[43]

V. The Relevance of the Power to Exclude Counsel

The disqualification of arbitrators can be compared with how tribunals have dealt with the exclusion of a particular counsel. This question may arise if a connection between counsel and an arbitrator arises after the constitution of the tribunal. The connections that tribunals are called on to consider are often similar to those in disqualification requests. In *Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia*,[44] the tribunal reflected on its power to exclude counsel, which is not explicitly provided for in the ICSID Convention or Arbitration Rules.[45] The tribunal was

concerned—indeed, compelled—to preserve the integrity of the proceedings and, ultimately, its Award. Undoubtedly, one of the 'fundamental rules of procedure' referred to in Article 52(1)(d) of the ICSID Convention is that the proceedings should not be tainted by any justifiable doubt as to the impartiality or independence of any Tribunal member. The Parties agree that the relevant perspective in that inquiry is that of a reasonable independent observer … [The challenged counsel's] continued participation in the proceedings could indeed lead a reasonable observer to form such a justifiable doubt in the present circumstances …[46]

The phrase 'justifiable doubt' is significant. The principle that 'proceedings should not be tainted by any justifiable doubt as to the impartiality or independence of any Tribunal member' seems equally relevant for disqualification decisions.[47] And indeed, later in the decision, the tribunal hinted at the potential applicability of this 'justifiable doubt' standard to arbitrators:

The Tribunal's conclusion about the substantial risk of a justifiable apprehension of partiality leads to a stark choice: either the President's resignation (which, as noted, (p.605) neither party desires), or directions that [the challenged counsel] cease to participate in the proceedings.[48]

In *Rompetrol*,[49] the tribunal seemed inclined to limit the potential effect of these comments. It said 'there should be no room for any idea to gain ground that challenging counsel is a handy alternative to raising a challenge against the tribunal itself, with all the consequences that the latter implies'[50] and that 'if it indeed be correct to attribute to an ICSID Tribunal the powers implied by the *Hrvatska* Tribunal, they would remain powers to be exercised only in extraordinary circumstances which genuinely touch on

the integrity of the arbitral process *as assessed by the Tribunal itself*.[51] It suggested *Hrvatska* was better seen 'as an ad hoc sanction for the failure to make proper disclosure in good time than as a holding of a more general scope'.[52]

Despite this, *Rompetrol* does not expressly cite the test of 'obvious or clear lack of impartiality' as the applicable standard. It cites a House of Lords decision, *Porter v Magill*, pointing to an assessment on the ground of 'reasonable doubt': 'the test is "whether [a] fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased"'.[53] It rejected the request to prevent counsel from participating in the proceedings, based on the lack of such a 'real possibility' or of anything that 'might provide a reasonable basis, in terms of Article 14 of the ICSID Convention and Article 6 of the Rules, for questioning the ability of the Tribunal or any of its members to judge fairly or exercise independent judgment'.[54] So although intent on constraining the seemingly radical decision in *Hrvatska*, the *Rompetrol* Tribunal also employed the language of 'reasonable doubt'.

VI. Conclusion

The compatibility of the 'reasonable doubt' test for the disqualification of arbitrators with the provisions of the ICSID Convention is still an open question. One could take the view—consistent with the *Vivendi* decision—that the word 'manifest' in Article 57 does not substantially raise the threshold for disqualification. That would suggest that the integrity of proceedings and the independence of arbitrators will receive no less attention in an ICSID arbitration than they would in, for example, proceedings under the UNCITRAL Rules. But given the relatively low proportion of challenges to ICSID arbitrators that have led to disqualification, the threshold in ICSID does indeed appear to be higher.[55] There is a discernible trend, at least since (p.606) 2008, away from the 'reasonable doubt' test and towards a more onerous test of a 'certain or almost certain lack of independence'. Studies comparing the disqualification procedures in various arbitral regimes have questioned this trend, which draws on Schreuer's remarks.[56] One thing is clear: disqualification in ICSID is in need of greater conceptual clarity.

Notes:

([1]) Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (signed 18 March 1965, entered into force 14 October 1966) 575 UNTS 159 (ICSID Convention).

([2]) This last requirement, because of the different wording of the equally authoritative Spanish text of the ICSID Convention, should be understood as including impartiality as well as independence; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17 and *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal (22 October 2007) para 28, often cited by subsequent decisions.

([3]) *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic,* ICSID Case No ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee (3 October 2001) para 20.

([4]) Ibid para 25.

([5]) Ibid para 25.

([6]) *SGS Société Générale de Surveillance SA v The Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/01/13, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Arbitrator (19 December 2002) (2005) 8 ICSID Rep 398, 402.

([7]) *Suez* (n 2).

([8]) Ibid para 28.

([9]) Ibid para 30.

([10]) Ibid para 34. The comment by Schreuer is in Christoph H Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press 2001) 1200.

([11]) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17 and *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal (12 May 2008).

([12]) The circumstances on which the request for disqualification was based in the different cases were not identical.

([13]) *Suez* (n 11) para 22. A recent decision under the UNCITRAL rules is that by Peter Tomka (President of the International Court of Justice) to disqualify Francisco Orrego Vicuña due to the appearance, based on previous awards and articles, that he had a fixed view on the meaning of the 'essential security' standard: *CC/Devas (Mauritius) Ltd et al v India*, PCA Case No 2013-09, Disqualification of Arbitrator Francisco Orrego Vicuña (30 September 2013). The decision is not public, but see 'Francisco Orrego Vicuna is Disqualified from Sitting in India BIT Arbitration due to Appearance of Having Fixed View as to Meaning of "Essential Security" Standard', *IA Reporter* (9 October 2013) <http://www.iareporter.com/articles/20131010> accessed 22 July 2014; B R Srikanth, 'Devas Choice Disqualified as Arbitrator', *The Asian Age* (9 October 2013) <http://archive.asianage.com/india/devas-choice-disqualified-arbitrator-099> accessed 22 July 2014.

([14]) *Suez* (n 11) para 29 (emphasis in original). The decision also proposed a four-prong test to assess manifest lack of independence, based on the criteria of proximity, intensity, dependence, and materiality, ibid para 35. It does not seem that this test has been applied frequently.

([15]) *EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/23, Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler (25 June 2008).

([16]) Ibid para 64.

([17]) Ibid para 68 (citing Schreuer (n 10) 933).

([18]) *Amco Asia Corpn et al v The Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator (24 June 1982) 6; see also *Hrvatska Elektroprivreda DD v The Republic of Slovenia*, ICSID Case No ARB/05/24, Order Concerning the Participation of a Counsel (6 May 2008) para 30.

([19]) Cf Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer Law International 2012) 237–46.

([20]) *Vivendi* (n 3) para 20.

([21]) Ibid para 25.

([22]) United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules (as revised in 2010).

([23]) International Bar Association (IBA) Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (22 May 1994) <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx > accessed 5 August 2014.

([24]) *Nations Energy Corpn, Electric Machinery Enterprises Inc, and Jamie Jurado v The Republic of Panama*, ICSID Case No ARB/06/19, Challenge to Dr Stanimir A Alexandrov (on the Annulment Committee) (7 September 2011).

([25]) Ibid para 31 (emphasis in original): '[L]os Solicitantes pecan en incumplir con el exigente estándar que les impone el mencionado Artículo 57 … al no haber podido probar que la relacíon profesional del [árbitro recusado] con el abogado … resultaría en una falta de independencia *manifiesta* y no solamente posible, sino altamente probable, es decir, casi segura.'

([26]) Ibid para 65 (emphasis in original): 'Ya hemos establecido que la responsabilidad de probar los hechos que hagan evidente y sumamente probable, *y no solamente posible*, que [el árbitro] sea una persona en quien no se puede confiar para pronunciarse en forma independiente e imparcial recae sobra aquél que propone la recusación.'

([27]) *Universal Compression International Holdings SLU v The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/9, Decision on the Proposal to Disqualify Prof Brigitte Stern and Prof Guido Santiago Tawil, Arbitrators (20 May 2011).

([28]) Ibid para 21.

([29]) Ibid para 29.

([30]) *OPIC Karimum Corpn v The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/14, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator (5 May 2011).

([31]) Ibid para 16 (emphasis in original): '[I]n Claimant's view, "[w]hat matters is that the *appearance* of bias or of a conflict is sufficient in the eyes of a reasonable, informed third person that is in the position of the party challenging the arbitrator." Claimant further asserts that "'[r]easonable doubt' regarding the arbitrator's independence or impartiality is therefore sufficient to meet the manifest standard …".'

([32]) Ibid para 26.

([33]) Ibid paras 53, 57.

([34]) *ConocoPhillips Co Petrozuata BV et al v The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L Yves Fortier QC, Arbitrator (27 February 2012); see also *Alpha Projektholding GmbH v Ukraine*, ICSID Case No ARB/07/16, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr Yoram Turbowicz (19 March 2010); *Tidewater Inc et al v The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/5, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator (23 December 2010).

([35]) *ConocoPhillips* (n 34) para 59 (emphasis in original).

([36]) *Getma International et al v The Republic of Equatorial Guinea*, ICSID Case No ARB/11/29, Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator Bernardo M Cremades (28 June 2012).

([37]) Ibid paras 25 and 31 (emphasis in original).

([38]) Ibid paras 38–9 (emphasis in original).

([39]) Ibid para 60.

([40]) *Alpha* (n 34).

([41]) Ibid para 55.

([42]) Ibid para 64.

([43]) *Tidewater* (n 34). This case was mainly concerned with the consequences of non-disclosure in itself rather than with the seriousness of the non-disclosed facts. The tribunal said: 'The standard of "*likely to give rise to justifiable doubts*", referred to in the ICSID Secretariat Note on the new text of Arbitration Rule 6(2)(b), is taken from the standard of disclosure required by the UNCITRAL Arbitration Rules, which is also the standard applicable in those Rules to arbitration challenges', ibid para 39 (emphasis in original). Clearly distinguishing the UNCITRAL and ICSID standards, the tribunal added that '[t]his standard is stricter than the "*manifest lack of qualities*" of Article 57 of the ICSID Convention' (ibid (emphasis in original)) and that '[t]here is a clear distinction between the disclosure standards of Arbitration Rule 6(2) and the

disqualification dictates of Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention. Reconciliation between these two standards is not to be achieved by simply imputing the justifiable doubts standard into Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention' (ibid para 40).

([44]) *Hrvatska* (n 18).

([45]) Ibid para 24.

([46]) Ibid para 30.

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

([48]) Ibid para 32.

([49]) *Rompetrol Group NV v Romania*, ICSID Case No ARB/06/3, Decision on the Participation of a Counsel (14 January 2010).

([50]) Ibid para 21; see also ibid para 15: 'The *Hvratska* decision is not of course a binding precedent.'

([51]) Ibid para 15 (emphasis in original).

([52]) Ibid para 25.

([53]) Ibid para 15 (citing *Porter v Magill* [2002] 2 WLR 37 (Lord Hope)).

([54]) *Rompetrol* (n 49) para 26.

([55]) See, eg, Margaret L Moses, 'Reasoned Decisions in Arbitration Challenges' (2013) 3 Yb Int'l Arb 199; Daele (n 19) 455–61 (providing a complete list of ICSID disqualification cases and their outcome).

([56]) See, eg, Audley Sheppard, 'Arbitrator Independence in ICSID Arbitration' in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich (eds), *International Investment Law for the 21st Century* (Oxford University Press 2009) 155–6; Daele (n 19) 237–9.

Doc. num. 44

International Centre for Settlement of Investment Disputes
Washington, D.C.

In the proceedings between

Hrvatska Elektroprivreda, d.d.
(Claimant)

v.

The Republic of Slovenia
(Respondent)

(ICSID Case No. ARB/05/24)

Tribunal's Ruling

regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings

6 May 2008

BACKGROUND

1. The Request for Arbitration was filed on 4 November 2005 by the Claimant which is the national power company of the Republic of Croatia. The Tribunal was constituted on 20 April 2006.

2. The First Session of the Tribunal was held in London on 3 July 2006. Hunton & Williams and Allen & Overy have represented the Claimant and Respondent respectively from the outset. Allen & Overy presented on behalf of the Respondent an extensive Counter-Memorial on 6 July 2007 and a Rejoinder on 7 April 2008.

3. On 25 April 2008, Allen & Overy sent to the Secretary of the Tribunal the Respondent's list of persons who would be attending the two-week substantive hearing in Paris scheduled to begin on 5 May. The list included Mr. David Mildon QC of Essex Court Chambers London. The Tribunal's President is a door tenant at the same Chambers.

4. On 28 April 2008 Hunton & Williams for the Claimant wrote to the Tribunal as follows:

> "The Claimant and its counsel learned for the first time upon receipt of Allen & Overy's letter dated April 25, 2008, that the Respondent apparently plans for Mr. David Mildon, Q.C. of Essex Court Chambers to play a role in presentation of the Respondent's defense at the May 5-16 2008 hearing in Paris.
>
> The Claimant is deeply concerned about the Respondent's 'eleventh hour' disclosure of Mr. Mildon's proposed participation at the hearing.
>
> Having in mind the 'IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration', and especially General Standard 2(b) and paragraph 3.3.2 of the 'Orange List', the Claimant requests full disclosure, as soon as possible, by Messrs. Williams and Mildon of the following:
>
> (1) All details of their professional and personal relationship; and
>
> (2) Any other facts or information relating to the relationship between Messrs. Williams and Mildon that could give a reasonable third person justifiable doubts as to Mr. Williams' impartiality or independence if Mr. Mildon serves as counsel for the Respondent.
>
> The Claimant also requests disclosure from Respondent, as soon as possible, of the following:
>
> (1) A detailed explanation of the role that the Respondent expects Mr. Mildon to play at the hearing; and
>
> (2) How long the Respondent has been planning for Mr. Mildon to participate in the presentation of the Respondent's defense at the hearing beginning in one week, including the precise date upon which Slovenia decided to use Mr. Mildon as part of its arbitration team, and the precise date upon which Mr. Mildon agreed to become part of Slovenia's arbitration team.
>
> The Claimant seeks the above-described disclosure so that it may determine its course of action with respect to the proposed participation of Mr. Mildon at the hearing next week.
>
> The Claimant regrets any burden which the Respondent's 'eleventh hour' disclosure of Mr. Mildon's proposed participation in this case places upon the Tribunal or the ICSID Secretariat."

5. On 29 April 2008, the President replied to Hunton & Williams noting that he had been unaware of Mr. Mildon's retainer until he received their letter of 28 April 2008. He said he had never had any personal relationship with Mr Mildon QC and that his professional relationship with Mr Mildon QC arose solely because of his door tenancy at Essex Court Chambers. He also explained the nature of his position as a door tenant at Essex Court Chambers and indicated that he had sat as an arbitrator in numerous international arbitrations where one of the parties had been represented by counsel from Essex Court Chambers. He stated that he had never perceived any difficulty in acting objectively and impartially in those circumstances and that he considered the position to be no different on this occasion.

6. On 29 April 2008, Allen & Overy replied, stating that neither they nor Mr. Mildon QC were obliged to respond to the request for disclosure but indicating that Mr. Mildon had willingly offered the following clarification:

> "1. Mr Mildon has no professional or personal relationship with Mr Williams.
>
> 2. Mr Mildon has never had any professional or personal relationship with Mr Williams.
>
> 3. Mr Mildon has never appeared as advocate in a case in which Mr Williams was involved whether as advocate or arbitrator.
>
> 4. Mr Williams has never appeared as advocate in a case in which Mr Mildon was involved as arbitrator.
>
> 5. The only connection between Mr Williams and Mr Mildon is that Mr Williams conducts his London arbitration practice from the same address at which Mr Mildon is one of the self-employed barrister tenants.
>
> 6. Mr Mildon has never spoken to Mr Williams about the present reference.
>
> 7. Mr Mildon cannot recall when he last spoke to Mr Williams but he thinks it probable that he has not spoken to him since some time last year.
>
> 8. There are no facts or information known to Mr Mildon that could give a reasonable third person justifiable doubts as to Mr Williams impartiality or independence".

Allen & Overy refused to disclose when Mr. Mildon had been retained and what role he was expected to play at the hearing.

7. On 30 April 2008 Hunton & Williams acknowledged with appreciation the President's response and acknowledged to Allen & Overy receipt of their letter of 29 April. Their letter continued:

> "The Claimant remains deeply concerned about both the 'eleventh hour' disclosure that a member of Slovenia's legal team and the President of the Tribunal are both members of Essex Court Chambers, as well as your complete refusal to answer our legitimate question of when Mr. David Mildon, Q.C. was first engaged by the Respondent.
>
> For the Claimant who, like many throughout the world, is entirely unfamiliar with the English legal system, the fact that the President of the Tribunal, who will preside over an important hearing scheduled to start in less than a week, and counsel for the Respondent are members of the same 'Chambers', is a matter of great concern and a circumstance which could cast an unwanted 'cloud over these proceedings'. HEP's concerns are understandable, especially in this commercial age in which Barristers' Chambers publish promotional material lauding the capabilities of its members collectively. Without meaning any disrespect to Mr. Williams, had HEP known at the outset that the lawyer proposed to be President of the Tribunal and one of Slovenia's lawyers were members of the same Chambers, the Claimant would not have consented to that lawyer's appointment as President.
>
> The IBA Guidelines require prompt disclosure by arbitrators and parties (*see* General Standards 3 and 7). Thus, for example, Standard 7 requires a party to inform other parties about potentially problematic circumstances 'as soon as it becomes aware of such relationship'. The 'Background Information' on the IBA Guidelines similarly states that barristers affiliated with the same Chambers 'should make full disclosure as soon as they become aware of the involvement of another member of those chambers in the same arbitration, whether as arbitrator, counsel, or in any other capacity.'
>
> These prompt disclosure requirements are designed to avoid having parties put in the invidious position in which Slovenia has now placed HEP immediately before the hearing. Let us be clear on this. HEP is entirely innocent in this situation. This dilemma has been created by Slovenia (and its legal team) alone.
>
> In order to decide its course of action with respect to this matter (including the issue of Mr. Mildon's representation of Slovenia in this arbitration), HEP requires prompt, precise and candid answers to the following questions:
>
> 1. How long has Slovenia intended to use Mr. Mildon's services as counsel in this case?
>
> 2. When did Slovenia first ask Mr. Mildon to represent it in this case?
>
> 3. When did Mr. Mildon first agree to represent Slovenia in this case?
>
> If you elect, once again, to refuse to answer these questions, we will need to schedule a telephone conference with the Tribunal on May 1 or May 2."

8. Allen & Overy responded on 1 May 2008 and stated:

"Thank you for your letter dated 30 April 2008 regarding David Mildon.

You refer to Standards 3 and 7 of the IBA Guidelines. Standard 3 relates to disclosure by an arbitrator. Standard 7 covers disclosure by a party. David Mildon is not a party to those proceedings.

Nonetheless, you have now received full details about the relationship (or, to be more accurate, the lack of a relationship) between Mr Mildon and Mr Williams. Further, Mr Mildon has confirmed that:

'*There are no facts or information known to [him] that could give a reasonable third person justifiable doubt as to Mr Williams' partiality or independence.*'

It is by no means unusual in international arbitrations for a barrister to appear as an advocate before an arbitrator who is from the same chambers. That often happens when both advocate and arbitrator are full members of the same chambers, which is not the case here.

We see little point in continuing with this correspondence or having a telephone conference with the Tribunal as it is abundantly clear that there is no justifiable cause for concern on the part of the Claimant. We do not propose therefore to answer the questions set out at the end of your letter; you are not entitled to that information which is, in any event, irrelevant."

9. Hunton & Williams were dissatisfied with this response. In a reply of 1 May 2008 they stated:

"We write in response to your letter bearing today's date.

The Claimant rejects your narrow interpretation of Standard 7 of the IBA Guidelines. Information known to attorneys representing a party concerning facts or circumstances which might give rise to justifiable doubts about conflicts of interest certainly are, and will be, imputed to the client/party for purposes of Standard 7.

There are two possibilities here. First, Mr. Mildon was engaged only a short time ago. That is one situation. The second, and more likely, possibility is that Mr. Mildon was engaged some time ago and Slovenia and its attorneys ignored their obligations to make prompt disclosure, thus placing HEP and all other participants in these proceedings, including the members of the Tribunal and ICSID, in very awkward circumstances. These circumstances could have been avoided had disclosure been promptly made by Slovenia and its lawyers as required by the IBA Guildeines and suggested in the clearest language by the 'Background Information.'

We urge you in the strongest possible terms to respond to the questions we have posed in our letters dated April 28 and 30, 2008."

10. Hunton & Williams then wrote to the Tribunal on 2 May 2008 as follows:

"The Tribunal has seen the correspondence between the parties over the past week regarding Respondent's disclosure, for the first time, on April 25, 2008 that it plans to have Mr. David Mildon, Q.C., a member of Essex Court

> Chambers participate in the hearing commencing on Monday, May 5, as a lawyer for the Respondent. Mr. David A.R. Williams Q.C., also a member of Essex Court Chambers, was appointed President of the Tribunal over two years ago.
>
> We understand that the Respondent and its London-based legal team believe that a reasonable third person should have no justifiable concerns about the fact that the President of the Tribunal and a lawyer for the Respondent are both members of Essex Court Chambers or that the announcement of Mr. Mildon's participation was made by the Respondent and its legal team on the eve of the hearing. But the community of participants in ICSID arbitrations is much broader than the English bar, and what may not, apparently, be cause for concern in London may well be viewed very differently by a reasonable third person from Africa, Argentina, or Zagreb, Croatia. The Claimant is concerned that the President, and a member of the Respondent's legal team, are from the same Chambers. Viewed from the Claimant's cultural perspective, such concerns are justified, and, indeed, they are unavoidable.
>
> We wish to be clear. Responsibility for these circumstances rests with the Respondent and its legal team, including Mr. Mildon, alone. They apparently knew of the troublesome circumstances some time ago, yet failed to make prompt disclosure as required by the IBA Guidelines. Had the Respondent met its disclosure obligations in a timely fashion, these circumstances, and the prospect of an unwanted cloud over these proceedings, could have been avoided.
>
> This is to advise the Tribunal that the Claimant intends to raise the matter at the outset of the proceedings, and will ask the Tribunal to recommend to the Respondent that it refrain from using the services of Mr. Mildon at the hearing."

11. As the hearing was convened Mr. Mildon QC left the room and, upon inquiry by the Tribunal, the Respondent volunteered the following:

> "Mr. Mildon was approached in late February [2008]"[1]
>
> " ... [w]e accept the point now made that it would have been sensible and prudent for us to have made that disclosure at the time.
>
> The matter was considered at that time, and ... it was not considered that there was any conflict or any basis upon which there could be an objection and therefore no disclosure was made."[2]
>
> "We took the view that it was not relevant." [3]

[1] Transcript Day One, 5 May 2008, 5:10-11 (hereafter "T and page").

[2] T.10:17-24.

[3] T.5:8-9.

ISSUES

12. Such were the circumstances as the substantive hearings commenced. In summary, the Respondent has sought to announce the augmentation of its legal team at a very late stage by the listing as one of its counsel Mr. David Mildon QC, who is affiliated with the same barristers' Chambers as the President of the Tribunal. The Claimant is deeply troubled by this development and seeks an order from the Tribunal that the Respondent refrain from using the services of Mr. Mildon QC. This raises two central issues: Does the Tribunal have the power to make such an order, and, if so, should it do so in the circumstances of this case?

13. As to the Tribunal's powers to make an order that counsel not appear, counsel for the Claimant referred to ICSID Arbitration Rule 18(1) which obliges a party to notify the Secretary General of the identity of counsel and for the Secretary General to "promptly inform the Tribunal and the other party". Reference was also made to ICSID Arbitration Rule 19 which states that "[the] Tribunal shall make the orders required for the conduct or the proceeding" and to ICSID Arbitration Rule 39 relating to provisional measures "for the preservation [of a party's] rights."[4] Counsel for the Claimant also submitted that there was inherent power in the Tribunal to make orders to deal with the situation.[5]

14. Counsel for the Respondent disputed that any or those Rules provided apposite powers and added that he was "not aware of any inherent jurisdiction or authority in ... a public international law proceeding ... LCIA ... ICC ... WTO, ICJ, ITLOS ... which would enable the Tribunal to grant ... the relief [Claimant] is seeking."[6]

15. The Tribunal's obligation as guardian of the legitimacy of the arbitral process is to make every effort to ensure that the Award is soundly based and not affected by procedural imperfection. If the Tribunal grants the order sought it may later be

---

4 T.21.

5 T.22.

6 T.23.

contended by the Respondent that there was a serious departure from a fundamental rule of procedure, i.e. the right to representation (ICSID Arbitration Rule 19) and the right to be given a full opportunity to present a case. On the other hand, if the order were refused the Claimant may later assert unfairness in that the President was not in a position to be relied upon to "judge fairly" as required by ICSID Arbitration Rule 6 or that there existed an impermissible appearance of partiality.

16. During the submissions of the parties the Tribunal stated on several occasions that, in view of the Claimant's strong objections if Mr. Mildon QC did not withdraw, the only other realistic outcome which would avoid such future problems would be the resignation of the President. Both parties repeatedly affirmed that they did not wish the President to resign. The cost and delay implications of that course were apparent to all. Nevertheless the Respondent strongly pressed its case for Mr. Mildon QC's continued involvement based on its right to have counsel of its choice.

DISCUSSION

17. Barristers are sole practitioners. Their Chambers are not law firms. Over the years it has often been accepted that members of the same Chambers, acting as counsel, appear before other fellow members acting as arbitrators. The Essex Court Chambers website puts the position as follows:

> "Essex Court Chambers is a leading set of Barristers Chambers specialising in commercial, international and European law. Its members advise and act in a broad range of litigation, arbitration, and dispute resolution worldwide.
>
> Chambers is not a firm, nor are its members partners or employees. Rather, Chambers contains the separate, self-contained offices of individual barristers, each self-employed and working separately. Indeed, (as in all specialist sets) individual Barristers within Chambers are commonly retained by opposing sides in the same dispute, both in litigation and arbitration. As well as acting on opposing sides, individuals regularly appear in front of other members acting as Deputy Judges or Arbitrators. Members of Chambers may be instructed individually or in a team to provide a wide range and level of expertise in both contentious and non-contentious work."

18. It is, however, equally true that this practice is not universally understood let alone universally agreed, and that Chambers themselves have evolved in the modern market place for professional services with the consequence that they often present themselves with a collective connotation. Essex Court Chambers' elaborate website, obviously serving marketing purposes, contains special sections entitled "about us" and "how we operate" and quotes with apparent approval a Law Directory which states that the Chambers are recognized as "a premier commercial operator..."

19. This evolution has been observed in the Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.[7] Paragraph 4.5 of that Background Information discusses the question of barristers who practise as arbitrators, and states:

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

20. It is true that many parties would readily accept that a member of such a professional grouping would not be affected by any favouritism when considering submissions made by a fellow member, but by the same token other parties may take a different view.

21. In this case, the Claimant has unambiguously objected to Mr. Mildon QC's participation as counsel following the repeated refusal of the Respondent's counsel to make the disclosures regarding Mr Mildon QC urged by Claimant's counsel. It does not wish that the President step down, and has expressed its confidence in his conduct. The same is true of the Respondent. The Claimant

---

[7] Published in (2004) 5 *Business Law International* 433, and available at http://www.ibanet.org/images/downloads/Background%20Information.pdf.

understandably considers, however, that Mr. Mildon QC's participation would create an "appearance of impropriety",[8] and thus an unacceptable situation.

22. The ICSID Convention in Article 14 demands that arbitrators "be relied upon to exercise independent judgment." ICSID Arbitration Rule 6 requires them to "judge fairly". The objection in this case is not predicated on any actual lack of independence or impartiality, but on apprehensions of the appearance of impropriety. In the interest of the legitimacy of these proceedings, the arbitrators consider that the Claimant is entitled to make this objection and that it is well founded.

23. The consequences of this conclusion are not straightforward. For an international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies.

24. The ICSID Convention and Rules do not, however, explicitly give the power to tribunals to exclude counsel. To the contrary, we readily accept that as a general rule parties may seek such representation as they see fit – and that this is a fundamental principle.

25. Even fundamental principles must, however, give way to overriding exceptions. In this case, the overriding principle is that of the immutability of properly constituted tribunals (Article 56(1) of the ICSID Convention).

26. To be concrete: although the Respondent in this case was free to select its legal team as it saw fit prior to the constitution of the Tribunal, it was not entitled subsequently amend the composition of its legal team in such a fashion as to imperil the Tribunal's status or legitimacy.

---

[8] T.55:20.

27. The principle of the immutability of properly constituted tribunals was explicitly considered by the drafters of the Convention. The matter was the subject of considerable discussion. The consensus that emerged crystallized notably in the much discussed provision of Article 56(3) of the Convention to the effect that a party may not appoint a replacement arbitrator if its prior appointee has resigned "without the consent" of the other arbitrators. That provision is a specific consequence of the general rule in Article 56(1) of the Convention that "After a Commission or Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged; ...". As Mr. Aaron Broches explained on 23 February 1965: "If a party could prevail upon an arbitrator to resign in the course of proceedings without cause he would be able to frustrate or slow down the proceedings."[9]

28. The principle of the immutability of arbitral tribunals was conceived in the International Law Commission's 1953 "Draft Convention on Arbitral Procedure".[10] It is true that one of the relevant provisions was ultimately abandoned as unrealistic in the final 1958 text of Model Rules on Arbitral Procedure, on the footing that it is "not in practice possible to prevent an arbitrator from withdrawing or resigning".[11] The drafters of the ICSID Convention had no difficulty seeing that immutability was not absolute. It may be impossible to overcome the simple incapacity or even personal disinclination of an arbitrator to serve. The drafters nevertheless agreed that the immutability principle should be

---

9 Memorandum of the Meeting of the Committee of the Whole (23 February 1965), Doc. SID/65-6 (February 25, 1965), *reprinted* in ICSID, *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention* (1968), Vol. II, 989 at 992, para. 29.

10 Reprinted in ILC, "Report of the International Law Commission covering the work of its fifth session, 1 June – 14 August 1953", UN Doc. A/2456, [1953-II] *Yearbook of the International Law Commission* 200 at 201. Article 7(1) read in material part: "Once the proceedings before the tribunal have begun, an arbitrator may withdraw only with the consent of the tribunal." An earlier draft of 1952, which was circulated for comments to governments, contained an almost identically worded Article 7(1). See UN Doc. A/2163, [1952-II] *Yearbook of the International Law Commission* 57 at 60.

11 ILC, "Report of the International Law Commission covering the work of its tenth session, 28 April-4 July 1958", UN Doc. A/3859, [1958-II] *Yearbook of the International Law Commission*, 78 at 87, para. 28. Nevertheless, the final text retains in Article 4(1) the general rule that "Once the tribunal has been constituted, its composition shall remain unchanged until the award has been rendered", which was later adopted almost in terms in Article 56(1) of the ICSID Convention.

the norm, since it affects not only arbitrators. As the Special Rapporteur Georges Scelle wrote in his first report to the ILC on international arbitral procedure, as early as 1950,[12] there is a distinction to be made between:

> "Events which affect the composition of the tribunal independently of any purposeful action of the parties [and] incidents which may be generated by the litigants."

29. The present case involves precisely such an initiative undertaken by one of the litigants, which only at an extremely late stage has disclosed the involvement of counsel whose presence is for all practical purposes incompatible with the maintenance of the Tribunal in its present proper composition.

30. The Tribunal is concerned – indeed, compelled – to preserve the integrity of the proceedings and, ultimately, its Award. Undoubtedly, one of the "fundamental rules of procedure" referred to in Article 52(1)(d) of the ICSID Convention is that the proceedings should not be tainted by any justifiable doubt as to the impartiality or independence of any Tribunal member. The Parties agree that the relevant perspective in that inquiry is that of a reasonable independent observer. For reasons set out in the second paragraph of Hunton & Williams' letter of 2 May 2008[13] and at paragraphs 18-19 above, Mr. Mildon's QC's continued participation in the proceedings could indeed lead a reasonable observer to form such a justifiable doubt in the present circumstances.

31. The Tribunal does not believe there is a hard-and-fast rule to the effect that barristers from the same Chambers are always precluded from being involved as, respectively, counsel and arbitrator in the same case. Equally, however, there is no absolute rule to opposite effect. The justifiability of an apprehension of partiality depends on all relevant circumstances. Here, those circumstances include, first, the fact that the London Chambers system is wholly foreign to the Claimant; second, the Respondent's conscious decision *not* to inform the

---

[12] Report of the Special Rapporteur on Arbitral Procedure, UN Doc. A/CN.4/18, [1950-II] *Yearbook of the International Law Commission*, 114 at 126 (translation by the Tribunal).

[13] See paragraph 10 above.

Claimant or the Tribunal of Mr. Mildon's involvement in the case,[14] following his engagement in February of this year, third, the tardiness of the Respondent's announcement of Mr. Mildon's involvement and, finally, the Respondent's subsequent insistent refusal to disclose the scope of Mr. Mildon's involvement, a matter of days before the commencement of the hearing on the merits. The last three matters were errors of judgment on the Respondent's part and have created an atmosphere of apprehension and mistrust which it is important to dispel.

32. The Tribunal's conclusion about the substantial risk of a justifiable apprehension of partiality leads to a stark choice: either the President's resignation (which, as noted, neither Party desires), or directions that Mr. Mildon QC cease to participate in the proceedings. In the light of the cardinal rule of immutability of Tribunals, (Article 56(1) of the Convention), resignation of its President is a course of action that the Tribunal simply cannot endorse in the present circumstances.

33. The Tribunal disagrees with the contention of Respondent that it has no inherent powers in this regard. It considers that as a judicial formation governed by public international law, the Tribunal has an inherent power to take measures to preserve the integrity of its proceedings.[15] In part, that inherent power finds a textual

---

14 See paragraph 11 above.

15 See Scheurer, The ICSID Convention: A Commentary (2001) at 683 where the learned author states:

> "An ICSID tribunal's power to close gaps in the rules of procedure is declaratory of the inherent power of any tribunal to resolve procedural questions in the event of *lacunae*. In exercising this power, the tribunal may not go beyond the framework of the Convention, the Arbitration Rules and the parties' procedural agreements but must, first of all, attempt to close any apparent gaps through the established methods of interpretation for treaties and other legal documents. But the tribunal is free of the constraints of procedural law in any national legal system of law, including that of the tribunal's seat (see also paras. 3, 20 supra).
>
> ICSID tribunals have exercised their procedural discretion by formulating general rules for the proceedings before them or by making specific decisions. They have done this earlier in the form of procedural orders or informally. The Arbitration Rules provide in this context:
>
> **Rule 19**
>
> Procedural Orders
>
> The Tribunal shall make the orders required for the conduct of the proceeding."

The doctrine of inherent, i.e. non-statutory, powers has been applied by the International Court of Justice and other international tribunals in a number of different contexts. Notably, inherent powers have been invoked in order summarily to dismiss proceedings lacking even a prima facie jurisdictional foundation, suspend proceedings in certain cases of parallel related litigation, and

foothold in Article 44 of the Convention, which authorizes the Tribunal to decide "any question of procedure" not expressly dealt with in the Convention, the ICSID Arbitration Rules or "any rule agreed by the parties".[16] More broadly, there is an "inherent power of an international court to deal with any issues necessary for the conduct of matters falling within its jurisdiction"; that power "exists independently of any statutory reference".[17] In the specific circumstances of the present case, it is in the Tribunal's view both necessary and appropriate to take action under its inherent power.

34. In light of the fundamental rule enshrined in Article 56(1) of the Convention and given its inherent procedural powers confirmed by Article 44, the Arbitral Tribunal hereby decides that the participation of Mr. Mildon QC in this case would be inappropriate and improper. We appreciate that the Respondent was under a misapprehension in this regard and will, by making appropriate procedural adjustments, ensure that the Respondent's ability to present its case will not be adversely affected by this ruling.

35. The circumstances of this case are clearly distinguishable from those in the ICC case relied upon by Respondent and discussed by Mr. Michael Hwang SC in his article "Arbitrators and Barristers: An Unsuccessful Challenge".[18] There the

---

refuse to hear vexatious claims. See C. Brown, "The Inherent Powers of International Courts and Tribunals", (2005) 76 B.Y.I.L 195, in particular 231-232 and the references.

16 Examples of the use of Article 44 include *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A v The Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/03/17, Order Accepting Amicus Submissions, March 17 2006; *Aguas Argentina S.A Suez and Vivendi Universal S.A v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, order allowing withdrawal of one party from an arbitration that is to continue thereafter, April 14 2006; *SGS v Republic of Philippines*, ICSID Case No ARB/02/06, Decision on Objections to Jurisdiction, January 29 2004, paras 173 (*et seq*) (Order to Stay Proceedings).

17 *Prosecutor v. Beqa Beqaj*, Case No. IT-03-66-T-R77, Judgment on Contempt Allegations (27 May 2005), paras. 10 and 9. *Beqaj* was one of the recent cases on charges of contempt in the International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). It is established ICTY jurisprudence that the power to punish contempt is part of "an inherent jurisdiction, deriving from [ICTY's] judicial function, to ensure that its exercise of the jurisdiction which is expressly given to it by [its] Statute is not frustrated and that its basic judicial functions are safeguarded": *Prosecutor v. Duško Tadic*, Case No. IT-94-I-A-R77, Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel (31 January 2000), para. 13 (citation omitted). The specific power to deal with contempt has since been codified in Rule 77(A)(iv) of ICTY's Rules of Procedure and Evidence.

18 (2005) 6 Business Law International 235.

complaining party knew of the common Chambers membership before the hearing started but did not make its unsuccessful challenge until after the hearing was concluded and the Tribunal was working on its Award. There is also a great deal of difference between the present case and those cases to which the President referred in his letter of 30 April 2008, where there was early and timely disclosure of the fact that the President and one of the counsel were from the same Chambers and no objection to the participation of either.

36. It is a matter of significance that the Claimant has explicitly confirmed that Mr. Mildon QC's withdrawal would "eliminate ... the problem entirely" from its standpoint[19]. The position could be different if a party objects, on reasonable grounds, that its opponent's case has been irretrievably infused with decisive strategic contributions from the counsel in question in memorials and other important written submissions embodying that party's position, with the consequence that withdrawal of counsel would not be a complete and satisfactory solution.

RULING

In accordance with the foregoing, and after deliberations, the Tribunal hereby makes the following ruling:

1. Mr. David Mildon QC may not participate further as counsel in this case.

2. The hearing will proceed this afternoon with opening statements on all except quantum matters. It is clear from the written openings that there is an easy division, because each side has a section headed "Quantum" in their pre-hearing submissions. This will be followed by the hearing of evidence from witnesses who speak as to liability issues.[20]

---

19 T.10:1.

20 When Directed by the Tribunal to disclose the nature and extent of Mr Mildon QC's instructions it was indicated that he was "assisting....principally on matters of quantum..." T.5:10-16.

Date: 6 May 2008

[*Signed*]
The Honorable Charles N. Brower
Arbitrator

[*Signed*]
Mr. Jan Paulsson
Arbitrator

[*Signed*]
Mr. David A.R. Williams QC
President

Doc. num. 45

Sir FRANKLIN BERMAN KCMG QC *Barristers*
ESSEX COURT CHAMBERS, 24 LINCOLN'S INN FIELDS, LONDON WC2A 3EG Tel: +44-(0)20-7813 8000 Fax: +44-(0)20-7813 8080

Dr. Jim Yong Kim
President of the World Bank and Chairman of the ICSID Administrative Council
Washington DC

4 December 2016

Dear Dr Kim,

I have been informed by the Secretary-General that a proposal has been lodged for my disqualification as an arbitrator in respect of the ancillary proceedings in relation to the resubmission, following a partial annulment, of the dispute between Mr Victor Pey Casado and the Foundation President Allende and the Republic of Chile (ARB/98/2). As you know, the resubmission tribunal, over which I presided, completed its mandate with the issue of its award on 13 September 2016, but was subsequently called back into being on a request for rectification of that award.

In order not to impose any unnecessary delay in your consideration of the matter, I write to say at once that there is nothing I wish to say, or need to say, on the substance of the proposal for my disqualification; I am content for you to decide the matter on the record as it stands, though I naturally stand ready to answer any questions you may wish to put to me.

In saying this, I wish merely to draw attention to certain aspects of the record: -

1) It is not correct to say that I declined to make disclosure. The request was originally put to me through the Secretary-General, and my reply was promptly conveyed, through the Secretary-General, that disclosure had been made in the standard terms at the time of my appointment, and that nothing had happened since then to call for further disclosure. I drew attention to this in my letter to counsel for the claimants. When counsel subsequently wrote to me direct to convey his personal esteem and admiration, I understood this to mean that he recognized that there could be no objection to the

impartiality and independence with which I had carried out my functions in the case. Both letters are attached for ease of reference.

2) I note that the disqualification proposal bases itself on a professional engagement said to have been made by the respondent state with a fellow member of my Chambers a short while before the issue of the resubmission award, a matter of which I was entirely unaware (nor could I have been aware of it) until it was raised by counsel some weeks after the resubmission award had issued.

3) I note finally a suggestion in the papers that the resubmission tribunal had pressed ahead with the rectification proceedings in undue haste, and attach therefore, for completeness' sake, a copy of the Centre's letter to the parties which sets out the schedule laid down by the tribunal under Arbitration Rule 49(3).

Yours sincerely,

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES
1818 H STREET, NW | WASHINGTON, DC 20433 | USA
TELEPHONE (202) 458 1534 | FACSIMILE (202) 522 2615
WWW.WORLDBANK.ORG/ICSID

21 November 2016
(Second letter)

By email

Mr Víctor Pey Casado
and Foundation Presidente Allende
c/o Mr Juan E. Garcés
Garcés y Prada, Abogados
Calle Zorrilla no.11, primero derecha
28014 Madrid, Spain

and

Ms Carole Malinvaud
Ms Alexandra Muñoz
Gide, Loyrette, Nouel,
22 cours Albert 1er
75008 Paris, France

Republic of Chile
c/o Mr Carlos Álvarez Voullième, Director
Ms Liliana Macchiavello
Ms Victoria Fernández-Armesto
Investment Promotion Agency – InvestChile
Ahumada 11, Piso 12
Santiago de Chile, Chile

and

Mr Paolo Di Rosa,
Ms Gaela Gehring Flores
Ms Mallory Silberman
Arnold & Porter LLP
601 Massachusetts Ave. NW
Washington, D.C. 20001, USA

and

Mr Jorge Carey
Mr Gonzalo Fernández
Mr Juan Carlos Riesco
Carey & Cia.
Isidoro Goyenechea 2800 Piso 43
Las Condes, Santiago, Chile

Re: Víctor Pey Casado and Foundation Presidente Allende v. Republic of Chile
(ICSID Case No. ARB/98/2 – Resubmission – Rectification)

Dear Sirs and Mesdames,

The Tribunal refers to the Claimants' Request dated 27 October 2016 for rectification of the Tribunal's Award of 13 September 2016 (the "Request"), to the Claimants' letters dated 10 and 18 November 2016 and to the Respondent's letter dated 17 November 2016 in response to the Tribunal's invitation dated 16 November 2016.

The Tribunal has taken note of the application enunciated in the Request for the suspension of the present proceedings until an undetermined future date. Having given this matter its careful consideration, the Tribunal can find no grounds for such a suspension which appear to it, in any event, to be contrary to the spirit and intention of Article 49(2) of the ICSID Convention and Arbitration Rule 49.

The Tribunal notes that, under the provisions of § 12.2 of Procedural Order No. 1, any written pleading filed by the Claimants in French is to be accompanied by a translation into Spanish not later than

15 days after the filing. The Claimants are offered a further opportunity to comply with this requirement in respect of the Request not later than **2 December 2016**. Given that any rectifications made to the Award will presumptively affect the English language text of the Award as well as the Spanish and French texts, the Claimants are invited also to submit a translation of the Request into English within the same time limit.

The Tribunal has considered the Parties' positions and, having consulted pursuant to ICSID Arbitration Rule 49(3), determines the following as the procedure for the consideration of the Request:

(1) The Respondent may submit a response to the Request by **6 January 2017**;

(2) The Claimants may then, if they choose, submit a reply to the Respondent's response not later than **3 February 2017**;

(3) In the event that the Claimants avail themselves of the opportunity to submit a reply under paragraph (2) above, the Respondent may then submit a rejoinder not later than four weeks at the latest from the date of submission of the Claimants' reply;

(4) Any filings submitted pursuant to paragraphs (2) or (3) above will be subject to a strict length limit of five pages;

(5) In view of the limited nature of these proceedings on rectification, filings submitted pursuant to paragraphs (1) to (3) above shall, notwithstanding § 12.2 of Procedural Order No. 1, be accompanied simultaneously by translations into Spanish;

(6) After receipt of the Respondent's response under paragraph (1) above, and, as the case may be, any reply or rejoinder under paragraphs (2) or (3) above, the Tribunal will rule promptly on the Request for Rectification.

Yours sincerely,

Benjamin Garel
Secretary of the Tribunal

cc: Members of the Tribunal

Doc. num. 46

Attached Message	
From	V.V Veeder QC (London Arbitrators) <vvveeder@londonarbitrators.net>
To	Benjamin Garel <bgarel@worldbank.org>; fberman@essexcourt.net <fberman@essexcourt.net>; Alexis Mourre <amourre@mourrepartners.com>
Cc	V.V. Veeder QC <vveeder@essexcourt.net>
Subject	Re: Víctor Pey Casado and the President Allende Foundation v. Chile (ICSID Case No. ARB/98/2) - My Response to the Claimants' Challenge
Date	Sun, 11 Dec 2016 15:52:21 +0000

Dear Mr Garel (as Secretary to the Tribunal),

I refer to the timetable established by the ICSID Secretariat's second letter dated 29 November 2016 under ICSID Arbitration Rule 9(3), whereby I am invited to respond in writing to the formal challenge made by the Claimants to my independence as a co-arbitrator (nominated by the Claimants in this arbitration), within the meaning of Article 14(1) of the ICSID Convention.

Save for one matter, I think it inappropriate here to add to the written response made by my letter dated 17 October 2016 addressed to the Claimants' counsel (copied to the Parties), the contents of which I here confirm (a copy is attached; it is also Pièce 16 to the Claimants' formal challenge of 22 November 2016).

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

I resigned in that ICSID arbitration because I learnt at the jurisdictional hearing, for the first time, that one of the counsel acting for the claimant (Vanessa Ventures) was an English barrister who was, at that time, also co-counsel with me acting for a different party in a different and unrelated ICSID Case. I did not resign because he and I were both members of the same barristers' chambers. Before the jurisdictional hearing, I did not know that this counsel was acting for Vanessa Ventures; nor could have I taken any legitimate steps by myself to check for any such conflict owing to the confidential nature of every English barrister's professional practice.

The circumstances in *Vanessa Ventures* related to an actual conflict caused by counsel within the same arbitration and not to counsel extraneous to the arbitration. To my understanding, the former circumstances are not present in this case (nor so alleged by the Claimants).

Yours Sincerely,

V.V.Veeder

V.V. VEEDER QC
ESSEX COURT CHAMBERS
24 LINCOLN'S INN FIELDS
LONDON WC2A 3EG
UNITED KINGDOM
EMAIL: vvveeder@londonarbitrators.net
TELE: INT + 44 (0)20 7813 8000
FAX: INT + 44 (0)20 7813 2024

PLEASE NOTE: THE INFORMATION CONTAINED IN THIS EMAIL TRANSMISSION IS CONFIDENTIAL; AND IT IS INTENDED TO BE SENT ONLY TO THE PERSON(S) NAMED ABOVE. IF YOU ARE NOT THE INTENDED RECIPIENT OF THIS TRANSMISSION, PLEASE TELEPHONE OR EMAIL MY OFFICE AT THE ABOVE ADDRESS AS SOON AS POSSIBLE.

NB: LES INFORMATIONS CONTENUES DANS CE COURRIEL SONT CONFIDENTIELLES ET SONT DESTINÉES À L'USAGE EXCLUSIF DU (DES) DESTINATAIRE(S). SI VOUS AVEZ REÇU CES INFORMATIONS PAR ERREUR NOUS VOUZ SAURIONS GRÉ DE NOUS LE FAIRE CONNAÎTRE PAR TÉLÉPHONE OU COURRIEL DANS LES MEILLEURS DÉLAIS.

Doc. num. 47

Defeated ICSID claimant probes Chile's ties to arbitrators' chambers

Lacey Yong 25 October 2016

Buy now

Santiago, Chile
Istockphoto

Victor Pey Casado, the 101 year-old Spanish publisher whose two-decade ICSID claim against Chile ran aground last month, has asked the state to disclose its ties to the London barristers' chambers of two of the arbitrators who denied him compensation for the loss of his business during the Pinochet years.

In a letter to ICSID (http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1477304226/13_october_2016_letter_to_icsid_249116_1117.pdf) dated 13 October, Pey Casado and co-claimant the President Allende Foundation asked Chile to disclose any relationship or contacts the state may have had with members of Essex Court Chambers, the London set of **Sir Franklin Berman QC** and **VV Veeder QC**, who were part of the tribunal that unanimously dismissed (http://globalarbitrationreview.com/article/1068563/after-two-decades-101-year-old-claimant-receives-second-knockback-at-icsid) their US$340 million damages claim last month.

The letter came a week after the claimants filed a request for interpretation (http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7634.pdf) of a 2008 award rendered by a different tribunal in the same dispute, raising the prospect that ICSID's longest-running case may not yet be over.

The letter to ICSID

GAR understands that the claimants' letter was prompted by an interview with Chile's minister of foreign affairs **Heraldo Muñoz** published on 18 September in Chilean newspaper *El Mercurio*, which revealed that **Alan Boyle** – another member of Essex Court Chambers – has been acting for Chile in an unrelated case against Bolivia at the International Court of Justice.

Boyle is working for Chile alongside US academic **Stephen McCaffrey** and Swiss-French academic **Laurence Boisson de Chazournes** in the ICJ case, which was lodged in June (http://www.icj-cij.org/docket/files/162/19018.pdf) and concerns the status and use of the Silala waters

between Chile and Bolivia.

The ICSID claimants are now asking Chile to reveal any other relationships the state may have had with the chambers – information that they suggest may form the basis for a request for rectification of last month's award or an additional decision.

Among other things, the claimants have asked Chile to reveal whether it was a client of Essex Court Chambers during the arbitration, and if so, the amounts it paid for the chambers' services and the dates of any retainer agreements.

The claimants observe that conflicts of interest relating to barristers' chambers have been an issue in other ICSID cases. Most famously, **David Mildon QC** was ordered to withdraw as counsel to Slovenia in the *Hrvatska Elektroprivreda* case in 2008 because he was a member of Essex Court Chambers, where the tribunal president **David AR Williams QC** was a door tenant.

Veeder himself also resigned as tribunal chair in the *Vannessa Ventures v Venezuela* case in 2005 after concerns were raised about a potential conflict of interest stemming from the claimants' instruction of fellow Essex Court member **Sir Christopher Greenwood QC**.

Arnold & Porter partner **Paolo di Rosa** in Washington, DC, who acted for Chile in the *Pey Casado* case, tells *GAR:* "The letter is nothing but a transparent attempt to undermine the credibility of the recent award through allegations and insinuations of corruption. At best, the letter reflects a misunderstanding of the nature of barristers' chambers in the UK, and at worst, a disingenuous or even bad faith effort to cast doubt on the integrity of the tribunal and of the legitimacy of its award."

He says that Chile will not be filing a response to the letter unless it is requested to do so by ICSID, noting that proceedings between the parties at the centre ended when the tribunal issued its award on 13 September.

A two-decade saga

Pey Casado's letter is the latest twist in a saga that has already seen an arbitration, a revision, an annulment, a supplementary decision proceeding and a resubmission proceeding.

The dispute began in 1998 when Pey Casado and his foundation filed an ICSID claim under the Chile-Spain bilateral investment treaty over the seizure of their publishing business and assets in the wake of Augusto Pinochet's 1973 coup. Pey Casado had previously ran a newspaper in Chile called *El Clarin* that was labelled as Marxist under the dictator's rule.

In a 2008 award, a tribunal chaired by the late **Pierre Lalive**, sitting with Algeria's **Mohammed Chemloul** and French arbitrator **Emmanuel Gaillard**, ruled that it lacked jurisdiction over the expropriation claim because the assets had been seized before the 1991 BIT came into force. But it found that the Chilean courts' delay in resolving Pey Casado's restitution claim amounted to a denial of justice under the BIT and ordered Chile to pay US$10 million in damages.

An annulment committee chaired by **Yves Fortier QC** struck down the damages portion of the award in 2012 but left the findings on liability intact.

The claimants resubmitted their damages claim in 2013 before a new tribunal, seeking US$330 million in compensation and US$10 million in moral damages. In their award last month, tribunal chair Berman joined with Veeder and Chile's appointee **Alexis Mourre** in rejecting the

claim, finding that the claimants had not proved any quantifiable injury to themselves. The arbitrators also expressed their hope that the case "will now be at a final end".

As well as raising concerns about Berman and Veeder's impartiality, the claimants filed a request on 7 October for interpretation of the 2008 award, whose meaning they contend is disputed among the parties. While such requests are typically heard by the tribunal that issued the original award, that will be impossible in this case, as Lalive died in 2014.

Di Rosa describes the interpretation request as "far-fetched" and "an attempt to lay a foundation for challenging the most recent award."

"It also is a further manifestation of claimants' *in extremis* efforts, and their pattern of contorting law and fact, to obtain compensation for the 1970s expropriation of the *El Clarín* newspaper, which was manifestly outside the temporal ambit of the investment treaty at issue in this case," he adds.

Historic documents emerge

In the wake of the award last month, two historic documents from the ICSID arbitration have appeared in the public domain for the first time.

The first document (http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1477057201/5_september_2008_request_for_annulment_english_original_219116_1439.pdf) is the state's 2008 request to annul the Lalive tribunal's award. Chile had argued that the tribunal's "Solomonic approach" of finding it liable for breaches under the BIT while limiting the claimants' damages to US$10 million was "wholly unacceptable in the ICSID context."

It argued that the claimants never raised the alleged BIT breaches in its submissions and that the Lalive tribunal did not give the state the opportunity to respond to those claims before making a finding of liability. It also alleged that the tribunal had prevented it from cross-examining Pey Casado and that it had denied the state's discovery requests.

The second document (http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1477057258/18_december_2013_request_for_disqualification_219116_1440.pdf) is Chile's challenge to UK-French arbitrator **Philippe Sands QC**, who was Pey Casado's original appointee in the second arbitration before he resigned in 2014 and was replaced by Veeder. As *GAR* reported at the time (http://globalarbitrationreview.com/article/1033099/sands-resigns-from-panel-over-pinochet-challenge), Chile had sought to disqualify Sands on the grounds of his publicly stated views of Pinochet and his involvement in an unsuccessful attempt to extradite the late dictator from the UK to face trial in Spain for human rights abuses in the late 1990s.

According to Chile, Sands had written a book describing the arrest of Pinochet in London as a "a JFK or a John Lennon moment" in international law, in which everyone remembered where they were when they heard the news. Sands also disclosed that he had served as counsel in the English court proceedings over Pinochet's claim to immunity and access to his medical record. Such activities gave rise to a justifiable doubt about his impartiality, Chile argued.

Sands resigned before the challenge was decided.

A threatened ICSID claim on hold

Meanwhile, Chile has reportedly avoided a potential ICSID claim from the Colombian majority shareholder of transport company Subus.

On 21 October, local media (https://www.df.cl/noticias/empresas/actualidad/subus-demanda-ante-el-ciadi-en-pausa-mientras-empresa-espera-recibir/2016-10-20/204149.html) reported that Chile had offered a settlement plan, prompting Colombia's Fanalca to withdraw its threat to bring a US$89 million ICSID claim against the state.

The offer comes five months after Fanalca announced it was seeking damages for problems arising from Transantiago, the state-owned public transport system in the capital city of Santiago. The company alleged that Chile had breached a 2011 agreement between the parties to build 102 kilometres of exclusive bus lanes within five years in exchange for Fanalca's continued operation of buses for Transantiago.

Counsel to both parties in the dispute remain unknown.

Victor Pey Casado and Foundation Presidente Allende v Chile (ICSID Case No. ARB98/2)

In the resubmission proceedings

Second Tribunal

- **Franklin Berman QC** (UK) (Chair)
- **VV Veeder QC** (UK) (replaced **Philippe Sands** in 2014)
- **Alexis Mourre** (France)

Counsel to Victor Pey Casado and Fountation Presidente Allende

- Garcés y Prada

Partner **Juan Garcés** in Madrid

- Gide Loyrette Nouel

Partner **Carole Malinvaud** and counsel **Alexandra Munoz** in Paris

- Buckley Sandler

Partner **Samuel Buffone** in Washington, DC

Counsel to Chile

- Arnold & Porter

Partners **Paolo Di Rosa** and **Gaela Gehring Flores** and associate **Mallory Silberman** in Washington, DC

- Carey & Cia

Partners **Jorge Carey** and **Gonzalo Fernández** and associate **Juan Carlos Riesco** in Santiago de Chile

In the annulment proceeding

Ad hoc annulment committee

- **Yves Fortier QC** (Canada)
- **Piero Bernardini** (Italy)
- **Ahmed El Kosheri** (Egypt)

Counsel to Victor Pey Casado and Fountation Presidente Allende

- Garcés y Prada Abogados in Madrid

Partner **Juan Garcés** in Madrid

- Gide Loyrette Nouel

Partner **Carole Malinvaud** and associate **Alexandra Muñoz** in Paris

- Buckley Sander

Partner **Samuel Buffone** in Washington, DC

Counsel to Chile

- Foreign Investments Committee

Matías Mori Arellano and **Carlos Dettleff** in Santiago

- Arnold & Porter

Partners **Paolo Di Rosa**, **Jean Kalicki*** and associates **Samuel Witten** and **Mallory Silberman** in Washington, DC

*no longer with the firm

- Carey & Cia

Partners **Jorge Carey** and **Gonzalo Fernández Ruiz** in Santiago

In the original arbitration

Arbitral tribunal

- **Pierre Lalive** (President) (Switzerland) - appointed following the resignation of **Francisco Rezek** (Brazil)

- **Mohammed Chemloul** (Algeria) - appointed following the disqualification of **Mohammed Bedjaoui** (Algeria)
- **Emmanuel Gaillard** (France) - appointed by ICSID following the resignation of **Jorge Witker** (Mexico) and **Galo Leoro Franco** (Ecuador)

Counsel to Victor Pey Casado and Allende Foundation

- Cabinet Garcés y Prada Abogados

Partner **Juan Garcés** in Madrid

- Gide Loyrette Nouel

Partner **Carole Malinvaud** and associate **Alexandra Muñoz** in Paris

- Ropes & Gray LLP

Partner **Samuel Buffone** in Washington, DC

- Boston University School of Law

William W Park

Counsel to Chile

- Chief of justice, ministry of the economy, development and reconstruction, **Eduardo Escalona Vázquez**

- Department for defence of arbitrations relating to foreign investments, Ministry of Economy, Development and Reconstruction **Eduardo Bobadilla Brinkmann**, **Nicolás Muñoz Montes** and **Diego Rioseco Antezana**

- Carey & Cía

Partners **Jorge Carey** and **Gonzalo Fernández Ruiz** in Santiago

- Arnold & Porter (from 2007)

Partner **Paolo Di Rosa** in Washington, DC

- Winston & Strawn (from 2004 to 2007)

Partner **Paolo Di Rosa** in Washington, DC

- White & Case (from 1997 to 2004)

News, Investment Arbitration

Comments Add your comment

Add Your Comment

Anonymous

Your Name Your Name

Your e-mail address

Email Address

Your Comment title Comment title

Your Comment Please place comments here

ERROR for site owner:
Invalid domain for site key

reCAPTCHA
Privacy - Terms

By submitting a comment you agree to abide by our terms & conditions

Submit your Comment

Doc. num. 48

Doc. num. 49

CIRDI Affaire ARB/98/2

AFFAIRE VICTOR PEY CASADO ET FONDATION ESPAGNOLE «PRÉSIDENTALLENDE» c. LA REPUBLIQUE DU CHILI

PROCÉDURE DE CORRECTION D'ERREURS MATERIELLES CONTENUES DANS LA SENTENCE DU 13 SEPTEMBRE 2016

PROPOSITION MOTIVÉE ET RESPECTUEUSE DE RECUSATION DES ARBITRES SIR FRANKLIN BERMAN QC ET M. V.V. VEEDER QC

que les parties Demanderesses soumettent à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI conformément aux articles 57 et 58 de la Convention et 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI

Washington, le 22 novembre 2016

PROPOSITION MOTIVÉE DE RESPECTUEUSE RECUSATION DES ARBITRES DU TRIBUNAL ARBITRAL SIR FRANKLIN BERMAN ET M. V.V. VEEDER

I. LE CONFLIT D'INTERETS APPARENT ENTRE LES DEUX ARBITRES MEMBRES DES ESSEX COURT CHAMBERS ET LA PARTIE DÉFENDERESSE, LA REPUBLIQUE DU CHILI . 7

1. Le refus de Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder de révéler au Centre et aux investisseurs les rapports entre des membres de leur Chamber et l'Etat Défendeur 7

2. L'obligation de *disclosure* en droit anglais ne justifie pas la fin de non-recevoir de MM. Berman et Veeder opposée à la demande des Demanderesses 11

II. LA CONVENTION DU CIRDI 15

1. L'obligation de *disclosure* dans le système CIRDI contredit MM. Berman et Veeder 15

2. La doctrine des Tribunaux du CIRDI dans deux cas de conflit d'intérêts apparent entre des membres des Essex Court Chambers et des arbitres également membres de ces Chambers 18

3. Les Principes de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international sont pris en compte dans le système CIRDI 19

III. LES CIRCONSTANCES SPÉCIFIQUES EN L'ESPÈCE 24

1.Les agissements continus de la République du Chili pour placer le Tribunal arbitral sous influence et/ou saborder l'arbitrage 24

2. Le Code éthique de l'Ordre des avocats du Chili qualifie de conflit d'intérêts objectif une situation comme celle crée dans la présente procédure entre l'Etat du Chili et des arbitres membres des Essex Court Chambers 27

3. La République du Chili, le Tribunal arbitral et le Centre ont pourtant appliqué aux parties Demanderesses les Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts 28

4. *Nemo iudex esse debet in causa sua* 31

5. Révéler ou se démettre en cas de confidentialité 32

IV. LA SURPRENANTE CONTRADICTION DE L'ARBITRE M. ALEXIS MOURRE 34

V. La proposition de récusation est formulée promptement 36

CONCLUSIONS 39

PIÈCES ANNEXÉES 41

Le 22 Novembre 2016

Madame Meg Kinnear
Secrétaire Générale du CIRDI
Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende v. République du Chili (Affaire No. ARB-98-2. Nouvel examen- Rectification)

Madame la Secrétaire Générale,

1. Le 10 novembre 2016, deux jours après avoir appris la reconstitution du Tribunal arbitral de la procédure en rectification des erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016, les parties Demanderesses ont adressé une demande motivée lui sollicitant que

   «vu les faits et fondements figurant dans la Requête du 27 octobre 2016 (pp. 28 à 91), les Demanderesses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral que dans le cadre de la Règle d'arbitrage n° 49(3), préalablement à toute détermination sur la procédure à suivre pour examen de la demande de suspension provisoire de la suite processuelle de la présente procédure,

   1. *Qu'il fasse droit à la demande adressée par les parties requérantes à la République du Chili le 13 octobre 2016 de* full disclosure *au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports pendant les trois années qui ont précédé le commencement, le 16 juin 2013, de la présente phase de la procédure, et ceux qui existent actuellement, entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers;*
   2. *Qu'il fasse droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts posées dans la lettre des Demanderesses du 13 octobre 2016, et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties ;*
   3. *Que dans le cas où, pour des raisons de confidentialité ou autres, Messieurs les arbitres membres du Tribunal arbitral et également des Essex Court Chambers ne se considéreraient pas en mesure de procéder à cette enquête et/ou à la* full disclosure *de l'information sollicitée, qu'ils soumettent à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI leur démission volontaire (articles 8(2) du Règlement d'arbitrage et 14 de la Convention) comme arbitres du Tribunal qui devra décider la demande du 27 octobre 2016 de suspension provisoire de la suite processuelle de la requête en correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016. »*[1]

2. L'apparence de conflit d'intérêt entre l'Etat Défendeur et les deux arbitres également membres des Essex Court Chambers dont les Demanderesses ont eu connaissance le 20 septembre 2016 s'est caractérisée lorsque, le 16 novembre 2016, le Tribunal arbitral a rejeté par absence pure et simple de prise en considération, qui ne peut

[1] Pièce n° 2, demande des investisseurs adressée le 10 novembre 2016 au Tribunal arbitral

s'analyser que comme un rejet, la demande d'ordonner la *disclosure* qui lui avait été adressé le 10 novembre 2016[2].

3. Le lendemain, le jeudi 17 novembre, l'Etat du Chili répondait au Tribunal arbitral ignorant également la demande de *full disclosure* des rapports entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers adressée à son intention le 13 octobre 2016 par les Demanderesses[3]: une nouvelle coïncidence objective, après celle du 17 septembre antérieur, entre les deux arbitres membres des Essex Court Chambers et la partie Défenderesse dans le refus de la *full disclosure* sollicitée.

4. Le vendredi 18 novembre 2016 les Demanderesses ont invoqué la Règle d'arbitrage n° 27[4], et en communicant au Tribunal leur objection à l'absence de traitement de la demande de *disclosure* formulée le 10 novembre ont respectueusement réitéré celle-ci[5].

5. Le lundi 21 novembre 2016 le Tribunal arbitral a pris la Décision[6] de ne pas faire droit à la demande adressée à la République du Chili de *full disclosure* au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers, de même que de refuser la demande de faire droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties.

6. Les articles 49(2) et 51 de la Convention confèrent au présent Tribunal arbitral la compétence de décider deux recours importants, à savoir les recours en rectification d'erreurs matérielles et de révision de la Sentence du 13 septembre 2016.

7. Conformément aux articles 58 de la Convention du CIRDI et 9 du Règlement d'arbitrage, les investisseurs espagnols soumettent sans délai la respectueuse proposition de récusation des arbitres MM. Sir Franklin Berman QC et V.V. Veeder QC pour les motifs et les antécédents qui suivent.

***

[2] Pièce n° 3
[3] Pièce n° 4, communication des parties Demanderesses adressée à l'État Défendeur le 13 octobre 2016
[4] Règle d'arbitrage n° 27 : « *Une partie qui a ou devrait avoir connaissance du fait qu'une disposition du Règlement administratif et financier, du présent Règlement ou de tout autre règlement ou accord applicable à la procédure, ou d'une ordonnance du Tribunal, n'a pas été observée, et qui s'abstient de faire valoir promptement ses objections à ce sujet, est réputée avoir renoncé à son droit d'objection (...)*»
[5] Pièce n° 5, les Demanderesses sollicitent au Tribunal arbitral de traiter leur demande du 10-10-2016
[6] Pièce n° 28

I. LE CONFLIT D'INTERETS APPARENT ENTRE LES DEUX ARBITRES MEMBRES DES ESSEX COURT CHAMBERS ET LA PARTIE DÉFENDERESSE, LA REPUBLIQUE DU CHILI

1. Le refus de Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder de révéler au Centre et aux investisseurs les rapports entre des membres de leur Chamber et l'Etat Défendeur

8. Le 18 septembre 2016 les autorités du Chili ont rendu public un fait susceptible de constituer un conflit d'intérêts apparent, à savoir l'existence

> *"[d']une recherche secrète et 'avancée' de conseils internationaux, qui travaillent déjà depuis des mois- jusqu'à maintenant dans la discrétion totale- (...) Aujourd'hui, pour la première fois [le Gouvernement] révèle les noms (...) Il s'agit d'Alan Boyle (...), de même que Samuel Wordsworth -avocat du Chili (...) il est membre du cabinet prestigieux Essex Court Chambers »* (soulignement ajouté)[7].

9. Cette information a été ultérieurement confirmée aux investisseurs par d'autres sources dignes de foi.

10. Le 20 septembre 2016, les investisseurs espagnols ont sollicité de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI[8] que les arbitres Sir Frank Berman et M. V.V. Veeder révèlent pleinement (*full disclosure*) sans tarder

> *« 1. si dans les Essex Court Chambers il y aurait des membres, des assistants ou d'autres personnes qui recevraient des instructions, de financement ou qui seraient impliqués, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, avec la République du Chili,*
>
> *2. si la République du Chili a dévoilé au Tribunal la nature et l'envergure des éventuels rapports financiers ou d'autre nature qu'elle a pu avoir avec des membres des Essex Court Chambers -les parties Demanderesses sont en mesure d'affirmer catégoriquement qu'elles n'en ont eu absolument d'aucune sorte avant la nomination des arbitres dans le Tribunal de la présente procédure arbitrale, ni après-,*
>
> *3. si l'un et l'autre des deux arbitres a mené, et à quelle date, une enquête raisonnable – en vertu de leur devoir de* due diligence- *afin d'identifier des conflits d'intérêts, des faits ou des circonstances raisonnablement susceptibles de soulever des doutes légitimes quant à leur impartialité dans la présente procédure arbitrale où la République du Chili a été condamnée pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, par la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard), condamnation confirmée par la Décision*

---

[7] Pièce 6, déclaration du Ministre des Affaires Étrangères du Chili, publiée dans la presse chilienne le dimanche 18 septembre 2016: "*una sigilosa y* 'adelantada*' búsqueda de asesores internacionales, quienes ya llevan meses trabajando -hasta ahora, bajo absoluta reserva- (...) hoy por primera vez [*el Gobierno*] revela los nombres (...) Se trata de (...) Alan Boyle (...) [que] al igual que Samuel Wordsworth -abogado de Chile (...) es miembro de la prestigiosa oficina Essex Court Chambers"*, pièces ci-annexées nos.6 et 7

[8] Pièce n° 8, lettre du 20 septembre 2016 des investisseurs espagnols à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI

du Comité ad hoc du 18 décembre 2012 (L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri),

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

5. si des membres ou des associés des Essex Court Chambers représentent le Chili d'une manière régulière,

6. si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,

7. si une law firm-Chamber ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci,

8. si une law firm-Chamber associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci.

11. La réponse à Mme. la Secrétaire Générale des deux arbitres a été:

> *« Sir Franklin and M. Veeder ont chacun confirmé qu'aucune circonstance n'est survenue depuis justifiant d'être notifiée au Secrétaire général aux termes de l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ».*[9]

9. En effet, MM. Sir Franklin Berman et M. V. V. Veeder, membres des Essex Court Chambers (Londres) et du Tribunal arbitral, n'ont révélé à aucun moment au Centre ni aux Demanderesses que des membres des Essex Court Chambers recevaient des instructions et du financement de l'Etat du Chili, ou d'organismes et institutions qui en dépendent malgré ce que dispose la Règle d'arbitrage 6(2).[10]

10. Le 10 octobre 2016 les Demanderesses ont sollicité de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI de confirmer si, à son tour,

> *«la République du Chili aurait accompli son obligation de révéler au CIRDI avoir eu une relation quelconque, directe ou indirecte, avec les Chambers dont sont membres deux des trois arbitres du présent Tribunal, avant et pendant le développement de la*

[9] Pièce n° 9, lettre de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols
[10] Règle d'arbitrage n° 6(2), "« (…) *Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance*».

nouvelle soumission du différend entre l'Etat du Chili et les Demanderesses, initiée le 16 juin 2013 ».[11]

11. Le 12 octobre 2016 Mme. la Secrétaire Générale a répondu aux investisseurs:

« Le CIRDI confirme que, conformément aux articles 13.1 et 13.2 de l'Ordonnance de procédure no. 1, toute correspondance reçue de la Défenderesse dans cette affaire a été transmise aux Demanderesses ainsi qu'au Tribunal. (…)Nous avons pris note de la demande adressée par M. Pey Casado et la Fondation Presidente Allende à la République du Chili. Nous notons que cette dernière n'était pas en copie de votre courrier. Il appartient à M. Pey Casado et à la Fondation Presidente Allende, s'ils le souhaitent, de contacter directement la République du Chili afin de lui faire part de cette demande ».[12]

12. Le lendemain 13 octobre 2016 les investisseurs ont demandé par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral à la République du Chili et à Messieurs les arbitres membres des Essex Court Chambers de leur faire savoir, de même qu'au Centre, au plus tard le 17 octobre

1. *si l'Etat du Chili, ou un organisme dépendant de celui-ci, est un client actuel ou antérieur de membres des Essex Court Chambers, et à quelles dates,*

2. *si la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, est un client régulier ou occasionnel de membres des Essex Court Chambers, et à quelles dates,*

3. *le nombre de millions de dollars que la République du, ou un organisme dépendant de celle-ci, aurait versé à des membres et des personnes en rapport avec les Essex Court Chambers jusqu'au 13 septembre 2016, et les dates des paiements correspondants –notamment à partir des dates où les deux arbitres ont été nommés dans le présent Tribunal arbitral,*

4. *les montants financiers engagés par la République du Chili, ou par un organisme dépendant de celle-ci, pour une période à venir avec des membres de ces Chambers, et les dates des accords correspondants,*

5. *si les services que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, reçoivent de membres appartenant aux Essex Court Chambers portent sur des conseils stratégiques ou des transactions spécifiques,*

6. *si les travaux de membres des Essex Court Chambers pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, sont effectués dans les lieux où les deux arbitres dans la présente procédure sont installés ou ailleurs, et depuis quelles dates,*

7. *si les membres des Essex Court Chambers au service de la République du Chili ont mis en place un* ethical screen *ou un* Chinese Wall *comme bouclier desdits deux arbitres à l'égard des autres travaux, et à quelles dates,*

---

[11] Pièce n° 10, lettre des investisseurs espagnols, le 10 octobre 2016, à M. le Président du Conseil administratif du CIRDI par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI

[12] Pièce n° 11, réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols

8. *quels sont les membres, les assistants ou autres personnes desdites Chambers qui reçoivent des instructions, des financements ou qui seraient impliqués, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, avec la République du Chili ou un organisme dépendant de celle-ci,*

9. *si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,*

10. *si une law firm-Chamber ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci, et depuis quelles dates,*

11. *si une law firm-Chamber associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers, mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci et à quelles dates*[13]

13. Le 17 octobre les deux arbitres ont répondu au conseil des Demanderesses, en synthèse,

Sir Franklin Berman:

You are, I am sure, aware that an English barristers ' chambers is not a law firm, and that all barristers in chambers operate in strict independence of one another, with the sole exception of the circumstance in which more than one of them is retained by the same client to act in the same matter. I would not therefore in any case be able to answer your questions, as the governing rules impose on each barrister the strictest confidence over the affairs of his clients, so that it would be prohibited for me to make enquiries of fellow members of chambers about the work undertaken by them.[14]

M. V. V. Veeder:

« (...) vous demandez des informations confidentielles concernant d'autres barristers exerçant leurs professions d'avocats au sein de Essex Court Chambers. Etant donné que tous les barristers de Essex Court Chambers (comme d'autres chambers en Angleterre et au Pays de Galles) exercent à titre individuel et ne constituent donc pas une 'law firm', un 'partnership' ou une 'company', je regrette de ne pas être en mesure de vous répondre. D'après le Code of Conduct du Bar Standards Board, chaque barrister est independant et 'must keep the affairs of each client confidential' (Core Duty 6). En bref, ces informations confidentielles, quelles qu'elles soient, ne peuvent être ni ne sont connues de moi. »[15]

---

[13] Pièces nos. 12 et 13, lettres des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'attention de la République du Chili et de Messieurs les arbitres, respectivement

[14] Pièce nº 14, lettre de Sir Franklin Berman QC au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016, répondue le lendemain, pièce nº 15

[15] Pièce nº 16, lettre de M. V. V. Veeder QC au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016

[Le fondement de ces deux réponses est contraire au sens et la portée de la plus récente pratique en matière de conflits d'intérêts dans le système CIRDI et l'arbitrage international en général, comme il sera développé ci-après]

14. Le 18 octobre 2016 par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du Centre les investisseurs ont réitéré leurs questions à la République du Chili[16], qui n'a pas répondu. Un conseil de la République du Chili a toutefois rendu publique le 25 octobre 2016 que celle-ci ne serait pas disposée à révéler volontairement ses rapports avec les Essex Court Chambers « *unless it is requested to do so by ICSID* »[17].

15. Il est ainsi manifeste que les rapports existant entre des membres des Essex Court Chambers et la République du Chili sont objectivement maintenus par celle-ci comme par les deux arbitres dans l'opacité la plus totale à l'égard du Centre et des investisseurs espagnols, et que les réponses sont objectivement coordonnées (les deux arbitres disent le 17 octobre qu'ils ne vont pas révéler ces rapports et huit jours après la République du Chili s'appuie sur les arbitres pour déclarer dans la *Global Arbitration Review*[18] ne pas les révéler à son tour).

2. <u>L'obligation de *disclosure* en droit anglais ne justifie pas la fin de non-recevoir de MM. Berman et Veeder opposée à la demande des Demanderesses</u>

16. Or, contrairement à ce que, comme on vient de voir, MM. Berman et Veeder ont soutenu devant Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI le 17 octobre 2016, il n'est pas exact que le droit anglais, tel qu'appliqué aujourd'hui, leur interdirait de révéler complètement (*full disclosure*) les rapports avec la partie Défenderesse comme sollicité par les investisseurs.

17. En effet, la récente Sentence de la High Court of England and Wales du 2 mars 2016[19] concerne une situation dont les circonstances sont, en substance, similaires au cas d'espèce, à savoir si l'arbitre Mr David Haigh QC se trouvait dans un

> *apparent bias based on alleged conflict of interest that fell squarely within paragraph 1.4 of the Non-Waivable Red List within the 2014 IBA Guidelines*[20] *(...) The arbitrator's firm (but not the arbitrator) does regularly advise an affiliate of the Defendant (but not the Defendant) and the arbitrator's firm (but not the arbitrator) derives substantial financial income from advising the affiliate.*

---

[16] Pièces nos 17 et 18, lettre des investisseurs espagnols du 18 octobre à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI et réponse de celle-ci du 20 octobre 2016, respectivement

[17] Déclaration d'un conseil de l'Etat du Chili publiée le 25 octobre 2016 dans *Global Arbitration Review*, pièce n° 19, page 4, accessible dans http://bit.ly/2dLavCK

[18] Ibid.

[19] Pièce n° 20, Sentence de la High Court of England and Wales du 2 mars 2016

[20] Para 1.4: "*The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom.*"

18. Or l'arbitre Mr David Haigh QC a informé la High Court of England and Wales qu'il exerçait sa profession d'avocat dans un isolement apparemment plus grand que celui des *barristers* des Essex Court Chambers :

> *a sole practitioner carrying on my international practice with support systems in the way of secretarial and administrative assistance provided by [the Law Firm]. I am treated for the purposes of compensation as a separate department within the firm and, other than [one other] I am the only member of the ... Alternative Dispute Resolution department.*

19. Cependant - à la différence de Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder - Mr David Haigh QC a déclaré que

> *On accepting the appointment as arbitrator, Mr Haigh QC made some, in the event immaterial, disclosures to the parties revealed by his firm's conflict check systems. He made a later, in the event immaterial, disclosure in September. Those conflict check systems did not however alert him to the fact that the firm had Q as a client (...) he would have wished to make a disclosure had he known"*

20. Au vu de cette déclaration de l'arbitre, la Cour anglaise a appliqué le « *test at common law for apparent bias* »:

> "*the test at common law for apparent bias is whether 'a fair minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased' (...) no attention will be paid to any statement by the [arbitrator] as to the impact of any knowledge on his or her mind*",

la Cour a tenu compte du fait que

> *"the arbitrator, although a partner, operates effectively as a sole practitioner using the firm for secretarial and administrative assistance for his work as an arbitrator. The arbitrator makes other disclosures where, after checking, he has knowledge of his firm's involvement with the parties, and would have made a disclosure here if he had been alerted to the situation,*
> *(...)*
> *where, as here, the arbitrator made checks, and made disclosures where the checks drew matters to his attention, and the problem was that the facts in relation to Q were not drawn to his attention, the fair minded and informed observer would say that this was an arbitrator who did not know rather than that this was an arbitrator whose credibility is to be doubted, who 'must have known', and who was choosing not to make a disclosure in this one important instance.*
> *24. The fact that the arbitrator would have made a disclosure if he had been alerted to the situation shows a commitment to transparency that would be relevant in the mind of the fair minded and informed observer,*

avant de statuer que

> *On considering the facts the fair minded and informed observer would not, in my view, conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased, or lacked independence or impartiality".*
> (Soulignement ajouté).

21. En l'espèce, dans leur communication du 17 octobre 2016 Sir Franklin Berman et M. V.V. Veder n'ont pas fait de *disclosure to the parties*, ni indiqué avoir fait un *checking* quelconque, bien au contraire. Et lorsque le 10 novembre 2016 -dans le cadre de la procédure qui venait de s'ouvrir trois jours avant- les investisseurs leur ont demandé de traiter, en leur qualité d'arbitres siégeant au Tribunal arbitral, comme question préalable mener une enquête raisonnable des rapports entre l'État Défendeur et des membres des Essex Court Chambers, et d'en révéler le résultat, les deux arbitres ont refusé tacitement en communiquant aux parties, le 16 novembre suivant, que le Tribunal engageait la procédure en rectification sur le fond[21], faisant fi des demandes de *full disclosure* préalable.

22. Pour sa part, le *Bar Council of England and Wales* avait émis le 6 juillet 2015 une *Information Note Regarding Barristers in International Arbitration*[22] renvoyant, précisément, à l'application des Principes approuvés par l'IBA[23] invoqués par les investisseurs espagnols, infirment la *splendid isolation* des *barristers* à l'égard des principes relatifs à la *disclosure* appliqués dans le système CIRDI que MM. Berman et Veeder opposent à la révélation des rapports entre des membres de leur *Chambers* et l'Etat du Chili (voir §13 *supra*):

> *4(1). The position of the barrister acting as arbitrator will be no different from the position of any other individual acting as an arbitrator, and is likely to be governed by the rules (legal and contractual) which govern the type of arbitration in question. Part II of this document addresses the position of barristers who act as arbitrators. 1.In preparing this document, we have consulted many arbitral institutions worldwide and have taken their comments into account (...)*
>
> *30. (a) An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator, if he or she has any doubt as to his or her ability to be impartial or independent.*
>
> *(b) The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, which,* ***from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances****, would give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, unless the parties have accepted the arbitrator in accordance with the requirements set out in General Standard (4).*
>
> *(c)* ***Doubt is justifiable*** ***if a reasonable and informed third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision.***

---

[21] Pièce nº 3

[22] Pièce nº 22, *Bar Council of England and Wales: Information Note Regarding Barristers in International Arbitration*, 6 juillet 2015, accessible dans http://bit.ly/1JUpt13 , paras. 4(1), 29-34

[23] I*BA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 23 Octobre 2014, accessibles dans http://bit.ly/1UgAOml

(d) Justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's impartiality or independence in any of the situations described in the Non-Waivable Red List. (Soulignement ajouté).

23. Avant cela, en 2014 lesdites Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international avaient indiqué dans le commentaire au Principe Général 6 cité dans le §49 *infra* que :

> *Although barristers' chambers should not be equated with law firms for the purposes of conflicts, and no general standard is proffered for barristers' chambers, disclosure may be warranted in view of the relationships among barristers, parties or counsel* (soulignement ajouté).

24. Or, dans les circonstances du cas présent, comme on le voit dans les §§8, 10-23 *supra* et §68 *infra*, la situation des deux arbitres membres des Essex Court Chambers réunit des conditions qui la placent dans le cadre de la *Non-Wailable Red List* :

> *1.4 The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom.*

25. Cependant, ni la République du Chili ni lesdits deux arbitres n'ont répondu aux demandes des 13 septembre et 10 novembre 2016 de dévoiler les montants versés par l'État du Chili, ou d'organismes et institutions qui en dépendent, ni les engagements souscrits avec des membres des Essex Court Chambers.

26. En tous cas, il y aura lieu de tenir compte, en évaluant le comportement dans la présente procédure desdits deux arbitres, de ce que, comme affirme le prof. William W. Park, Président de la London Court of International Arbitration :

> *Shared profits are not the only type of professional relationships that can create potential conflicts. Senior barristers often have significant influence on the progress of junior colleagues' careers. Moreover, London chambers increasingly brand themselves as specialists in particular fields, with senior 'clerks' taking on marketing roles for the chambers, sometimes travelling to stimulate collective business.*
>
> *Moreover, a barrister's success means an enhanced reputation, which in turn reflects on the chambers as a whole. (note 203: Sceptics also note that salaried legal associates in the United States and other countries assume the conflicts of their firm affiliation even without sharing in profits.)*
>
> *In response to doubts about the ethics of their practice, some barristers suggest that outsiders just do not understand the system, characterising the critiques as naïve. Like a Paris waiter impugning a tourist's ability to speak French in order to distract him from insisting on the correct change, the critique aims to camouflage what is at*

stake. Often, however, outsiders do understand the mechanics of chambers. They simply evaluate the dangers differently.[24]

***

II. LA CONVENTION DU CIRDI

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

27. Quand même le droit anglais protégerait l'opacité alléguée par Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder à l'égard des rapports entre l'Etat Défendeur et des membres des Essex Court Chambers, *quod non*, une telle absence de transparence ne saurait être acceptable dans le système d'arbitrage du CIRDI dans les circonstances concrètes du présent arbitrage, et encore moins de servir d'excuse à l'inaccomplissement de l'obligation corrélative.

28. Conformément à la Convention du CIRDI il est considéré comme impératif que les arbitres s'engagent «*à juger les parties de façon équitable* », *doivent offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions* et ont « *l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance* » (articles 14 de la Convention et 6 du Règlement d'arbitrage).

29. Il est, en effet, généralement accepté que dans le système CIRDI les arbitres doivent être impartiaux.[25]

30. L'obligation de révéler complètement les circonstances d'un possible conflit d'intérêts est permanente dans le système CIRDI,

> *"The prohibition against a conflict of interest and the disclosure obligation continue after the appointment. If the facts that could cast doubt on the arbitrator's independence and impartiality arise during the course of the proceeding, the arbitrator is expected to reveal them promptly [Shihata, I. F.I.: The experience of ICSID in the Selection of Arbitrators, News from ICSID, Vol. 6/1, pp 5, 6 (1989)]. In Holiday Inns v. Morocc, the arbitrator appointed by the Claimants disclosed that four*

---

[24] William W. Park, Rectitude in International Arbitration, in William W. Park (ed.), *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*, (© LCIA; Kluwer Law International 2011, page 516

[25] *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 December 2013, §65; *Repsol S.A. and Repsol Butano S.A. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser (Spanish), 13 December 2013, §70; *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 November 2013, §58, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3009.pdf ; *Abaclat and Others v. Argentine Republic* , ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, 4 February 2014, §74, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3057.pdf

years after the registration of the request he had become a director of one of the Claimants. He had to resign in accordance with art. 56(3) (see Art. 56, para 38)"[26]

31. Ceci est d'autant plus impératif depuis l'introduction en 2006 dans le Règlement d'arbitrage de la disposition régissant la première session du Tribunal suivant laquelle chaque arbitre doit signer une déclaration indiquant :

> « *Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance* » (Règle d'arbitrage 6(2), soulignement ajouté).

32. Selon le Président du Conseil administratif du CIRDI[27],

> *« 59… Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias.*[28]
> *60. The applicable legal standard is an 'objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party'*[29]*. As a consequence, the subjective belief of the party requesting the disqualification is not enough to satisfy the requirements of the Convention.*
> *61. Finally, regarding the meaning of the word 'manifest' in Article 57 of the Convention, a number of decisions have concluded that it means 'evident' or 'obvious.'*
> *62. The Chairman notes that the Parties have referred to other sets of rules or guidelines in their arguments such as the IBA Guidelines. While these rules or guidelines may serve as useful references, the Chairman is bound by the standard set forth in the ICSID Convention.*[30]
> (Soulignements ajoutés).

33. Dans son étude sur les arbitres internationaux, les travaux préparatoires de la Convention du CIRDI et les articles de celle-ci où il est question du terme « *manifeste* », Karel Daele a conclu que ce terme équivaut à *easily recognizable*, *clear*, *obvious* et/ou *self evident*, et qu'une définition stricte de ce terme ne concordait

---

[26] SCHREUER (Ch.): The ICSID Convention. A Commentary (2001), pages 516-517, Art. 41, §23
[27] *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, cité, §§59-62
[28] Dans le même sens, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales del Agua SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007, §30 (Suez I), accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0811_0.pdf ; et les Décisions dans les affaires CIRDI *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador* du 13 décembre 2013, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3028.pdf . ; *Repsol S.A. and Repsol Butano S.A. v. Republic of Argentina* du 13 décembre 2013, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3033.pdf ; *Abaclat and Others v. Argentine Republic,* Décision du 4 février 2014, citée
[29] Dans le même sens, *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee, 3 October 2001, §20: "*In such a case, the arbitrator might be heard to say that, while he might be biased, he was not manifestly biased and that he would therefore continue to sit. As will appear, in light of the object and purpose of Article 57, we do not think this would be a correct interpretation.*"
[30] Voir dans le même sens *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, 12 August 2010, §43, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0887.pdf

clairement pas avec le fait que '*nowhere in the legislative history of the Convention, is there any indication that anything less than the full and complete possession of the [independence and impartiality] would be sufficient*".[31]

34. Dans l'affaire *Caratube*, les arbitres MM. Levy et Aynès affirmaient que l'on ne pouvait espérer que l'arbitre M. Boesch puisse « *maintain a 'Chinese wall' in his own mind*"" et que "*a third party would find that there is an evident or obvious appearance of lack of impartiality or independence based on a reasonable evaluation of the facts in the present case*".[32]

[Or *a 'Chinese wall' in his own mind* semble être ce que chacun des deux arbitres, MM. Sir Franklin Berman et V.V. Veeder, opposent à la demande de *disclosure* que les Demanderesses leur ont adressée].

35. Dans l'affaire CIRDI *Lemire v. Ukraine* l'arbitre nommé par l'investisseur, M. Jan Paulson, révéla spontanément que sa *law firm* venait de recevoir des instructions de la part de l'Etat défendeur dans un arbitrage différent auprès de la Cour Internationale de Justice. Et bien que M. Paulson n'était pas personnellement concerné dans l'autre arbitrage et qu'il était d'avis que le mandat à *sa law firm* n'affectait pas à son impartialité, il offrit sa démission volontaire aux parties et leur demanda de s'exprimer à cet égard[33].

[A la différence de M. Jan Paulson, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas révélé aux investisseurs espagnols, ni au Centre, que des membres de leurs *Chambers* avaient des rapports avec la République du Chili dans une affaire auprès de la Cour Internationale de Justice, pas plus qu'ils n'ont offert de démissionner du Tribunal arbitral]

36. Or dans le système du CIRDI the "*requirement of impartiality and independence (...) [also] applies in investor-State disputes, where the need for independence is at least as great.*"[34]

---

[31] Daele (K.), *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer 2012), §§ 5-027, 5-028

[32] *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v Republic of Kazakhstan,* ICSID Case No ARB/13/13, Decision on the Proposal for Disqualification of Mr Bruno Boesch, 20 March 2014, §24, 75, 91

[33] Challenge, Decision of 23 December 2008, §§20-22

[34] *OPIC Karimum Corp. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator, ¶ 49 (May 5, 2011), accesible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0588.pdf

2. La doctrine des Tribunaux du CIRDI dans deux cas de conflit d'intérêts apparent entre des membres des Essex Court Chambers et des arbitres également membres de ces Chambers

37. Il est connu qu'en l'absence du consentement des parties, certaines des spécificités propres au système des *barristers* anglais pratiquant l'arbitrage ne s'appliquent pas dans le système CIRDI.

38. C'est un Tribunal arbitral du CIRDI présidé précisément par un membre des Essex Court Chambers, M. D.A.R. Williams QC, qui en mai 2008 a pris en considération le §4.5 de la *Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International arbitration* relative aux *barristers* qui pratiquent l'arbitrage, selon laquelle :

> *"While the peculiar nature of the constitution of barristers' chambers is well recognised and generally accepted in England by the legal profession and by the courts, it is acknowledged by the Working Group that, to many who are not familiar with the workings of the English Bar, particularly in light of the content of the promotional material which many chambers now disseminate, there is an understandable perception that barristers' chambers should be treated in the same way as law firms"*[35]

et a formulé la doctrine de portée générale concernant les barristers/arbitres membres des Chambers anglaises que les investisseurs espagnols invoquent dans la présente procédure:

> *For an international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies. (...).*[36]

[La réponse du 17 octobre 2016 de Sir Franklin Berman et M. V V. Veeder va dans un sens contraire à cette Sentence ils ont opposé les règles internes de leur Chamber à celles appliquées dans le système international du CIRDI invoquées par les Demanderesses le 13 octobre 2016]

39. Peu après, en août 2008, dans un autre arbitrage CIRDI, c'était M. V. V.Veeder lui-même qui en sa qualité de président du Tribunal arbitral a démissionné après être

---

[35] Publié dans (2004) 5 *Business Law International, 433*

[36] *Hrvatska c. Slovenia*, ICSID Case N° ARB/05/24, Tribunal's Ruling, 6 Mai 2008, p. 23, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf

apparu qu'un autre membre des Essex Court Chambers avait des rapports avec l'une des parties[37] :

> *On May 20, 2005, the Parties informed the Centre that they had jointly appointed Mr. V.V. Veeder, a British national, as the third and presiding arbitrator (...) on May 7, 2007, the hearing on jurisdiction took place in London (...) the following persons appeared as legal counsel and representatives for the Claimant: (...) Prof. Greenwood of Essex Chambers. (...) The following persons appeared on behalf of the Respondent as its legal counsel and representatives: Messrs. (...) Kelby Ballena (...) Mr. Paolo Di Rosa and Ms. Gaela Gehring Flores of Arnold & Porter LLP (...). During the session, after hearing the Parties' positions regarding the participation of Prof. Greenwood in the case, the President of the Tribunal submitted his resignation. His resignation was accepted by his two co-arbitrators, Judge Brower and Mr. Paulsson (...).* [Soulignement ajouté].

40. Or, dans la présente procédure, les représentants de la République du Chili – précisément MM. Kelby Ballena, Mr. Paolo Di Rosa, Ms. Gaela Gehring Flores, Arnold & Porter LLP- ont plaidé pendant plus de deux ans devant M. V.V.Veeder en personne et Sir Franklin Berman et tous –l'Etat du Chili, ses conseils, les deux arbitres- ont maintenu sous silence les rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers, et ils souhaitent le maintenir également occultes dans la procédure initiée le 7 novembre 2016.

41. *Omnes sapiebant, omnes tacebant* …

42. Ces faits, discriminatoires et biaisés à l'égard des parties Demanderesses, soulèvent des questions raisonnables quant à l'impartialité et la neutralité des deux arbitres exigées par les arts. 14(1) et 52(1)(d) de la Convention et l'art. 6(2) du Règlement d'arbitrage.

3. Les Principes de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international sont pris en compte dans le système CIRDI

43. La Cour Permanente d'Arbitrage a considéré que ces principes "*reflect international best practices and offer examples of situations that may give rise to objectively justifiable doubts as to an arbitrator's impartiality and independence.*"[38]

44. Ces Principes ne sont pas obligatoires, certes, mais ils *may serve as useful references,* affirme le CIRDI[39], et sont régulièrement appliqués par le Centre et les Tribunaux du CIRDI, à des nombreuses occasions[40].

---

[37] ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, *Decision on Jurisdiction*, 22 August 2008, pages 7-9, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0888.pdf

[38] *ICS Inspection & Control Services Ltd. v. Republic of Argentina*, Decision on Challenge to Arbitrator, PCA Case No. 2010-9, 1, 4 (Dec. 18, 2009), accessibles dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0415.pdf

[39] Voir le site internet du CIRDI dans http://bit.ly/2e5wWVF

[40] Voir *Compañia de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee (3 October 2001) (Vivendi I); SGS

45. Dans *Blue Bank* et *Burlington*, le Président du Conseil administratif du CIRDI a considéré ces Principes comme étant des "*useful references*"[41]. Dans l'affaire *Alpha Projekt* les deux co-arbitres les ont qualifiés d'"*instructive*"[42] et dans l'affaire *Urbaser*, *"a most valuable source of inspiration*"[43].

46. En résumé, selon la Cour Permanente d'Arbitrage les Principes de l'IBA sont d'application dans le système CIRDI

i. quel que soit le stade de la procédure[44] :

> *« The first General Standard, entitled "General Principle," provides as follows:*
> *Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so during the entire arbitration proceeding until the final award has been rendered or the proceeding has otherwise finally terminated.*
>
> *The second General Standard, entitled "Conflict of Interest" provides as follows:*
> *(a) An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator if he or she has any doubts as to his or her ability to be impartial or independent*
> *(b)The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, unless the parties have accepted the arbitrator in accordance with the requirements set out in General Standard (4).*
> *(c)Doubts are justifiable if a reasonable person and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision. [. . .]*

Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/01/13, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Arbitrator (19 December 2002); *Azurix Corp v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify the President (25 February 2005); *EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/23, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify an Arbitrator (25 June 2008)

[41] *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, cité, §62; *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, cité, §69.

[42] *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, 19 March 2010, §56.

[43] *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Cambell McLachlan, 12 August 2010, §37

[44] Commentaire à la Règle générale 3(e) des principes de l'IBA: *"(e)* ***Disclosure*** *or disqualification (as set out in General Standards 2 and 3)* ***should not depend on the particular stage of the arbitration****. In order to determine whether the arbitrator should disclose, decline the appointment or refuse to continue to act, the facts and circumstances alone are relevant, not the current stage of the proceedings, or the consequences of the withdrawal. (...) no distinction is made by these Guidelines depending on the stage of the arbitral proceedings. While there are practical concerns, if an arbitrator must withdraw after the arbitration has commenced, a distinction based on the stage of the arbitration would be inconsistent with the General Standards."*
(Soulignement ajouté)

As Judge Brower points out, the stage of proceedings (which are neither at a very early, or a very late stage) is "wholly irrelevant" to this challenge. Applying the IBA Guidelines, I have not taken the stage of proceedings into account in determining this challenge.[45]

[Dans le cas présent, un fait constitutif du conflit d'intérêts a été porté à la connaissance des investisseurs espagnols le 20 septembre 2016]

ii. <u>quelle que soit l'expérience et la réputation des arbitres</u> :

«Claimant argues that Judge Brower's "experience and standing are relevant when evaluating his independence and impartiality." The justifiable doubts test is objective and applies universally to all arbitrators, irrespective of whether they are chairs, sole arbitrators or party-appointed arbitrators (see General Standard 5). There is nothing in the IBA Guidelines that supports a special deference to the subjective positions of arbitrators based on their level of experience or standing in the international community. Judge Brower no doubt has extensive experience in international arbitration and is highly regarded in the field, but this fact is irrelevant in applying the IBA.

Indeed, given Judge Brower's experience and reputation, it can be assumed that he must have been aware of the risks his interview could entail as far as raising justifiable doubts regarding his impartiality or independence.[46]

[Sir Franklin Berman QC et M. V. V. Veeder QC ont une grande expérience et réputation]

iii. <u>sur la base de l'apparence de partialité ou dépendance et non de partialité ou dépendance effectives</u>:

in all of the jurisdictions considered by the Working Group in formulating the Guidelines, there was agreement "that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the appearance of bias and not actual bias." The Background Information proceeds to explain that: Based on the virtual consensus of the national reports and the discussions of national law, the Working Group decided that the proper standard for a challenge is an "objective" appearance of bias, so that an arbitrator shall decline appointment or refuse to continue to act as an arbitrator if facts or circumstances exist that form a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. If an arbitrator chooses to accept or continue with an appointment once such bias has been brought to light, disqualification is appropriate and a challenge to the appointment should succeed. Accordingly, a finding that Judge Brower is actually biased against Ecuador or has actually prejudged the merits of the dispute is not necessary in order for the challenge to be sustained under the IBA Guidelines. [47]

---

[45] Cour Permanente d'arbitrage, *Perenco v. Ecuador, I*CSID CASE No. ARB/08/6, *Décision du 8 décembre 2009 concernant le Juge Charles Brower,* PCA Case No. IR-2009/1, §§39, 40, 65, 66, souligné dans l'original, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0625.pdf

[46] *Perenco v. Ecuador, ibid.* §§62, 63

[47] *Perenco v. Ecuador, ibid.* §§43,44

[Dans le cas présent, l'apparence de conflit d'intérêts est d'autant plus significative compte tenu de l'absence de *disclosure* par Sir Franklin Berman QC et à M. V. V. Veeder QC lors de son acceptation comme arbitres en janvier 2014, ou avant la clôture de la procédure le 17 mars 2016, ou après la demande qui, en leur qualité de membres du présent Tribunal arbitral, leur a été adressée les 10 novembre 2016 et 13 octobre 2016 par les parties Demanderesses]

47. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire CIRDI *Vivendi c. Argentine* (II) a tenu compte des Principes de l'IBA en étudiant l'appartenance d'un arbitre à une institution ayant un rapport indirect avec l'une des parties, et a affirmé que

> *having properly and adequately investigated and established any relationship between* [l'institution] *and any of the parties to the arbitrations, it is for the arbitrator personally first to consider such a connection in terms of* ***a voluntary resignation as arbitrator. Such connection must otherwise be properly disclosed to the parties through an adequate amendment of earlier declarations under Rule 6.***
>
> *The Respondent has raised the important point that, if this is the decisive element, failure to adequately investigate, disclose and inform is encouraged in this manner, and that as a consequence a nonsense is being made of all duties in this respect, thus undermining the credibility of the entire ICSID process, which the Committee has already stated to underly all of Article 52. The Respondent cites the revision of the Pinochet case in the House of Lords as powerful support.*[48]
>
> [Dans le présent cas, le rapport actuel entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers est directe. Quelque temps avant, l'apparence d'un conflit d'intérêts entre un juge du Tribunal de la House of Lords et l'une des parties -dans l'affaire de l'extradition de Pinochet pour être jugé en Espagne pour crimes contre l'Humanité- avait été connue après le prononcé de la Sentence du 25 novembre 1998[49], et celle-ci avait été annulée le 17 décembre 1998 par un deuxième tribunal de la House of Lords[50]].

48. Dans le système CIRDI, les arbitres ont l'obligation de communiquer au Centre, au Tribunal arbitral et aux autres parties un éventuel conflit d'intérêts le plus tôt possible, conformément à la Règle d'arbitrage n° 6(2) et selon le Principe Général n° 7 de l'IBA:

> ***Devoirs des arbitres et des parties***
> *(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of* ***any*** *relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and* ***any person or entity*** *with a direct*

---

[48] *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal v Republic of Argentina*, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/97/3, 10 August 2010, §§226, 230, 236, 237, accessible dans http://www.italaw.com/documents/VivendiSecondAnnulmentDecision.pdf

[49] Accessible dans http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm

[50] Accessible dans http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm

economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration.
The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity.
(c) In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide ***any*** *relevant information available to it.*
(d) An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify ***any*** *conflict of interest, as well as* ***any*** *facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence.*
Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries. (Soulignement ajouté).

[En l'espèce, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas menée d'enquête, ni informé le Centre ni les parties Demanderesses, des Rapports existant entre l'État Défendeur et des membres des Essex Court Chambers, ni fait droit à la requête de *disclosure* du 10 novembre 2016].

49. Les relations entre l'arbitre et une partie font l'objet du Principe Général n° 6 :

(6) Relationships
(a) ***The arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm****, but when considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists, or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator's law firm, if any, and the relationship of the arbitrator with the law firm,* ***should be considered in each individual case****.*
The fact that the activities of the arbitrator's firm involve one of the parties shall not necessarily constitute a source of such conflict, or a reason for disclosure. Similarly, if one of the parties is a member of a group with which the arbitrator's firm has a relationship, ***such fact should be considered in each individual case****, but shall not necessarily constitute by itself a source of a conflict of interest, or a reason for disclosure.*
(b) ***If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in,*** *or a duty to indemnify a party for,* ***the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party****.* (Soulignement ajouté).

[En l'espèce, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas révélé les rapports de la République du Chili avec des membres de ces Chambers, ont explicitement refusé de le faire dans leurs communications du 17 octobre 2016[51], et tacitement -cette fois dans le cadre de la procédure en qualité d'arbitres- en n'acceptant pas la demande du 10 novembre 2016[52]].

50. Les Principes de l'IBA placent dans la *Non-Waivable Red List* le fait que

1.4 *The arbitrator or his or her firm* ***regularly advises the party****, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm* ***derives significant financial income therefrom****.* (Soulignement ajouté).

[51] Pièces nos. 14 et 16
[52] Pièce n° 3

[Le 18 septembre 2016 le Gouvernement du Chili a rendu publique le fait que des membres des Essex Court Chambers conseillaient la République du Chili de manière régulière[53]]

La *Part II: Practical Application of the General Standards* de ces Principes de l'IBA indique

2. (...) The Non-Waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, acceptance of such a situation cannot cure the conflict.

[Dans leur réponse du 17 octobre 2016 les deux arbitres membres des Essex Court Chambers se sont placés eux-mêmes en *iudices in causa sua*[54]]

51. Dans l'affaire CIRDI *Azurix c. Argentina* le Président du Tribunal arbitral, M. Yves Fortier, PC CC OQ QC, révéla en début de procédure que l'une des parties avait des rapport avec sa *law firm* et aussitôt démissionna de celle-ci, avec effet immédiat, '*so that [he would] serve as president in a capacity of unquestionable independence unaffected by events of which [he had] no knowledge or information and over which [he had] no control*'[55].

[Dans leur réponse du 17 octobre 2016, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas révélé les rapports entre la République du Chili et des membres de leurs *Chambers*, et n'ont démissionné de celles-ci, ni fait droit le 16 novembre 2016 à la demande des Demanderesses du 10 novembre dans le cadre de leurs fonctions au sein du Tribunal[56]].

***

III. LES CIRCONSTANCES SPÉCIFIQUES EN L'ESPÈCE

1. Les agissements continus de la République du Chili pour placer le Tribunal arbitral sous influence et/ou saborder l'arbitrage

52. Cette opacité est encore moins acceptable dans le système CIRDI dès lors que la Sentence arbitrale de 2008 a condamné la République Défenderesse pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, à l'égard des investisseurs espagnols, consistant à occulter les effets majeurs sur l'orientation de l'arbitrage d'une décision de justice.

[53] Pièces nos. 6 et 7
[54] Pièces nos. 14 et 16
[55] Challenge, Decision of 25 February 2005
[56] Pièces nos. 2, 14, 16 et 21

53. L'une des circonstances spécifiques et uniques du présent arbitrage, depuis son commencement le 6 novembre 1997, est constitué par les agissements continus de l'Etat du Chili visant à placer le Tribunal arbitral sous son contrôle, direct ou indirect, ou, alternativement, de saborder la procédure arbitrale, ce qui a abouti à prolonger la procédure et maximiser les coûts.[57] Il ne s'agit pas ici « d'accusations » mais de faits patents et avérés. En résumé, très abrégé, il a été attesté devant le présent Tribunal arbitral[58] que

- **Le 5 mai 1998,** la représentation de la République du Chili a exigé du Secrétaire Général du CIRDI l'annulation de l'enregistrement de la Requête, en déclarant qu'il demanderait la nullité de la Sentence à venir si celle-ci ne lui était pas favorable.[59]

- **Le 29 juillet 1998,** la représentation de la République du Chili a désigné, en qualité d'arbitre, « *el distinguido jurista mexicano Don Jorge Witker Velásquez*», en passant sous silence qu'il était chilien *iure soli* et *iure sanguinis*.[60]

- **Le 18 novembre 1998,** la représentation du Chili a nommé comme arbitre M. Galo Leoro-Franco, Grand-Croix de l'Ordre Bernardo O'Higgins, la plus haute décoration de la République du Chili.[61]

- **Le 30 novembre 1998,** le Ministre chilien de l'Économie a adressé une lettre à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI où il attaque le Centre pour avoir enregistré la **Requête d'arbitrage.**[62]

- **Le 2 février 1999**, lors de l'acte de constitution du Tribunal, le représentant du Chili a reconnu qu'**antérieurement au 20 avril 1998** (date de l'enregistrement de la Requête), le Ministre de l'Économie du Chili s'était déplacé en personne au CIRDI afin d'insister personnellement pour que la **Requête** introduite le 6 novembre 1997 ne soit pas enregistrée.[63]

- **Le 2 février 1999,** également, la représentation de la République du Chili a remis en main propre au Tribunal arbitral une copie de la lettre du Ministre chilien de l'Économie[64], datée du 30 novembre 1998 et adressée à Monsieur le Secrétaire

---

[57] Voir la pièce CRM89, 2005-09-19 Mémorandum relatif à la mauvaise foi du Chili, accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/051005_fr.pdf

58 Voir la *Brève synthèse raisonnée de la méthode mise en œuvre par la représentation du Chili afin de faire échec à l'arbitrage: placer le Tribunal sous influence, prolonger la procédure et maximiser les coûts*, du 27 juin 2014, pièce CM-00, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3245.pdf

59 Ibid, p. 4.13.1.2

[60] *Ibid*, p.4.13.1.7

[61] Voir la lettre de l'agent du Chili adressée au Centre le 18 novembre 1998

[62] Pièce ci-jointe n° 25, accessible dans http://www.elclarin.cl/images/pdf/memoire17031999.pdf, figurant comme pièce C-M01 annexée au Mémoire initial des Demanderesses du 17 mars 1999, §4.13.1.10

[63] Pièce C-M01, ibid, §4.13.1.1.1

[64] Lettre du Ministre chilien de l'Économie du 20 novembre 1998, pièce ci-jointe n° 12; Pièce C-M01f, Mémoire du 17 mars 1998, §4.13.1.10

Général du CIRDI, où après avoir attaqué le Centre pour avoir enregistré la **Requête** l'auteur affirmait : "*nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal*", et menaçait de "***demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)***" au cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulerait pas l'enregistrement de la Requête.

- **Le 21 août 2002**[65], la Chambre des Députés du Chili tient une séance spéciale sur la présente procédure arbitrale. Les partis gouvernementaux approuvent une motion demandant que la République du Chili ne respecte pas une éventuelle décision du Tribunal arbitral favorable aux investisseurs espagnols.

- **Le 24 août 2005**, la représentation de la République du Chili demande la récusation de l'entier Tribunal arbitral, après que, le 27 juin 2005, celui-ci ait fait connaitre aux Parties, par l'intermédiaire du Centre, qu'il avait rédigé un projet de Sentence, et le 12 août 2005 que les membres du Tribunal arbitral devaient se réunir début septembre afin de finaliser la Sentence.[66]

- **Le 26 août 2005**, M. Leoro Franco, arbitre désigné par la République du Chili, donne sa démission au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné.[67]

- **Le 8 septembre 2005**, le Centre, à la demande du Juge M. Bedjaoui, informait les membres du Tribunal et les parties Demanderesses qu'une réunion *ex parte* s'était tenue le 2 septembre 2005 à Washington D.C. entre, d'une part, le Secrétaire Général du Centre et, d'autre part, le Ministre de l'Économie du Chili –en sa qualité d'envoyé personnel du Président du Chili-, l'Ambassadeur du Chili aux EE.UU., ainsi que d'autres membres d'une délégation chilienne demandant le renversement immédiat du Tribunal arbitral régulièrement constitué.[68]

- **M. Jorge Carey, représentant personnel du Président du Chili dans la présente phase de la procédure arbitrale, a également participé à cette réunion *ex parte* de 2005 visant le renversement du Tribunal arbitral, qui a été suivie de la destitution du Juge M. Bedjaoui, ancien Président de la Cour Internationale de Justice, par M. Paul Wolfowitz, Président alors du Conseil administratif du CIRDI, sans aucune motivation (se pliant donc à une interférence dans la procédure arbitrale[69] ontologiquement contraire à la raison d'être et à la finalité de la Convention de dépolitiser la solution des différends en matière d'investissements étrangers).**

- **Le 2 avril 2006,** le représentant du Chili demande au Tribunal arbitral de lui communiquer le détail d'une réunion à huis-clos du Tribunal, les opinions qui y ont été émises, le compte-rendu, l'enregistrement, les notes prises pendant la réunion ou,

---

[65] Pièce C208, procédure arbitrale initiale
[66] La récusation du Tribunal par le Chili est accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7549.pdf
[67] Document accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7550.pdf
[68] Documents accessibles dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7557.pdf et http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7552.pdf
[69] La décision de M. Paul Wolfowitz du 21 février 2006 et quelques-uns des agissements de l'État hôte pour renverser le Tribunal arbitral à partir d'août 2005 sont accessibles dans http://www.italaw.com/cases/829

alternativement, que chacun des arbitres communique au Chili «*une version précise et détaillée de ce qui a été discuté et décidé pendant cette réunion ou ces réunions, tout ceci certifié par Monsieur le Secrétaire du Tribunal…* ».

- Ces agissements ont été incorporées dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard, pp. 729, 34-37)[70] qui a condamné le Chili pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, condamnation que la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012[71] (L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri), p. 353, a déclarée *res iudicata.*

- **Le 6 janvier 2014,** la représentation de l'Etat du Chili a récusé l'arbitre nommé par les Demanderesses, le Prof. Philippe Sands, qui le 10 janvier 2014 a décidé de démissionner volontairement du Tribunal *« to allow these proceedings to continue without the distraction posed by my involvement (…) in the interest of the parties and the ICSID system ».*[72]

2. <u>Le Code éthique de l'Ordre des avocats du Chili qualifie de conflit d'intérêts objectif une situation comme celle crée dans la présente procédure entre l'Etat du Chili et des arbitres membres des Essex Court Chambers</u>

54. La déclaration publique de l'Ordre des Avocats du Chili du 24 octobre 2016 a rappelé les normes du Code Éthique s'appliquant aux conseils chiliens depuis le 1er août 2011[73] :

> *«3º) Par ailleurs, l'article 88 du Code d'Éthique Professionnelle dispose que, par norme générale « Quand plusieurs avocats sont membres de la même équipe professionnelle, quelle que soit la forme associative utilisée, les règles qui disqualifient l'un d'entre eux pour agir dans une affaire, pour raisons de conflit de fonctions ou d'intérêts, disqualifient les autres aussi ».*
>
> *4º) Ainsi l'extension des disqualifications dérivées de conflits de fonctions et d'intérêts, réglementés par le Code d'Éthique Professionnelle, à d'autres avocats avec lesquels est partagé un bureau professionnel, ne requiert pas l'existence d'une société professionnelle entre eux.*
>
> *5º) Le « toit en commun » constitue sans aucun doute une forme associative suffisante pour étendre la disqualification d'un avocat aux autres professionnels du bureau lorsque ce lien professionnel suppose le partage de frais, l'utilisation d'une dénomination en commun, une publicité pour le cabinet comme une entité au moyen*

[70] Accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf
[71] Accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf
[72] Voir dans la pièce nº 23 la lettre de démission du Prof. Philippe Sands du 10 janvier 2014, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3045.pdf
[73] Pièce nº 24, déclaration publique de l'Ordre des avocats du Chili, le 24 octobre 2016, accessible dans https://goo.gl/P9kX8x

de sa page web et le fait d'assurer ensemble, même occasionnellement, la défense juridique de certains clients.

55. La République du Chili ne respecte pas ces normes éthiques dans la présente procédure arbitrale ni dans ses rapports avec les membres des Essex Court Chambers[74].

3. La République du Chili, le Tribunal arbitral et le Centre ont pourtant appliqué aux parties Demanderesses les Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts

56. Le 18 décembre 2013 la République du Chili a communiqué au Tribunal arbitral ses exigences à ce sujet dans le présent arbitrage[75] :

> *46. Article 14(1) of the Convention mandates that arbitrators "*be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, **who may be relied upon to exercise independent judgment**.*"[76] As Professor Schreuer has noted, of the three qualities listed in Article 14(1), "*only the requirement of reliability to exercise independent judgment has played a role in practice.*"[77]*
>
> *47. Although the English version of the Convention states that an arbitrator must be a person "*who may be relied upon to exercise independent judgment,*"[78] ICSID tribunals —as well as the Centre itself— repeatedly have recognized that an arbitrator must also be relied upon to be impartial.[79] The requirement of independence and impartiality not only is an approach that "*accords with that found in many arbitration rules,*"[80] but is also one that is mandated by the terms of the ICSID Convention. As many tribunals have acknowledged, the Spanish version of Article 14(1) refers to an arbitrator's "*impartiality*"[81] rather than independence. "*Since the [ICSID Convention] by its terms makes both language versions equally authentic, [both] the standards of independence and impartiality [apply] in making our decisions."[82] (...)*
>
> *48. While "*the precise nature of the distinction [between independence and impartiality] is not always easy to grasp[,] [g]enerally speaking independence relates to the lack of relations with

---

[74] Voir la déclaration d'un conseil du Chili publiée dans *Global Arbitration Review* le 25 octobre 2016 : « *the letter* [des Demanderesses du 13 octobre 2013, pièce n° 12] *reflects a misunderstanding of the nature of barristers' chambers in the UK (...)* », pièce n° 19, page 4, cité

[75] Voir la lettre de la partie Défenderesse du 18 décembre 2013

[76] 88 ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).

[77] RA-10, CHRISTOPH SCHREUER ET AL., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Art. 57 ¶ 18 (2d. ed. 2009) ("Schreuer, *Commentary*, Art. 57"), souligné dans l'original.

[78] ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).

[79] RA-7, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007), ¶ 28 (Salacuse, Nikken) ("*Suez (Challenge)*"); *see also* RA-4, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30 (Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, 27 February 2012), ¶ 54 (Keith, Abi-Saab) ("*ConocoPhillips (Challenge)*"); RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 36.

[80] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28.

[81] ICSID Convention, Art. 14(1) (Spanish) (affirmant que les arbitres "*deberán . . . inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*").

[82] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28; *see also* RA-4, *ConocoPhillips (Challenge)*, ¶ 54; RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶36.

a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties."[83]

*49. As the Chairman of the Administrative Council recently emphasized in his decisions to disqualify arbitrators in the Blue Bank v. Venezuela and Burlington Resources v. Ecuador arbitrations, to prove that an arbitrator lacks independence or impartiality, the party requesting disqualification need not demonstrate actual bias. In both cases, the Chairman of the Administrative Council made the following (identical) statement: "*Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather, **it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias**."[84] *The Urbaser v. Argentina tribunal, which the Chairman of the Administrative Council cited in support of his rulings in Blue Bank and Burlington Resources,*[85] *explained: "*The requirements of independence and impartiality serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case. In order to be effective this protection does not require that actual bias demonstrate a lack of independence or impartiality."[86] *Instead,* "[a]n appearance of such bias from a reasonable and informed third person's point of view is sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."[87] *As Professor Sands himself noted in the context of challenges based on arbitrators who serve simultaneously as counsel,* "the test is not what we think, but what a reasonable observer would think."[88]

*50. Although many claims of partiality have been based on relationships between arbitrators and the parties (or arbitrators and counsel), other circumstances may be "*sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."[89] *As the Conoco Phillips tribunal recently held, justifiable doubts can arise out of any circumstances leading a reasonable person to conclude that an arbitrator might be* "influenced by factors other than those related to the merits of the case."[90] *(...).*

*53. (...) as the recent decisions by the Chairman of the Administrative Council in the Blue Bank and Burlington Resources cases confirm, there is little practical difference between the standard derived from the IBA Guidelines applied in Perenco and the one set forth in Article 57 of the ICSID Convention. As the PCA stated in Perenco, under the IBA Guidelines, "*Judge Brower would be disqualified if 'circumstances . . . have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts' as to Judge Brower's impartiality or independence."[91] *Under the General Standard of the IBA Guidelines, justifiable doubts exist "*if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision."[92] *This is an "*appearance test."[93] *Accordingly, a finding that the*

---

[83] RA-7, Suez (Challenge), ¶ 29.
[84] RA-2 Blue Bank (Challenge), ¶ 59 (emphasis added); RA-3, Burlington Resources (Challenge), ¶ 66 (ICSID Administrative Council Chairman Kim), souligné dans l'original
[85] RA-2, Blue Bank (Challenge), ¶ 59; RA-3, Burlington Resources (Challenge), ¶ 66 (citing RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43).
[86] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43.
[87] Id.
[88] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43.
[89] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43
[90] RA-4, ConocoPhillips (Challenge), ¶ 55. As Professor Schreuer has noted, one example of issue conflict "arises in investment arbitrations when an arbitrator is also involved as counsel in another pending case. Challenging parties in those types of situations argue that if an arbitrator also acts as counsel in another investment case, involving similar legal issues, an unbiased approach cannot be maintained." RA-10, Schreuer, Commentary, Art. 57, ¶ 34.
[91] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (quoting RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(b)).
[92] RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(c). This interpretation also has been accepted in the Article 57 context.
[93] RA-11, IBA Guidelines, Explanation to General Standard 2(b); *see also* RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶¶ 42–44.

> *arbitrator* "is actually biased . . . or has actually prejudged the merits of the dispute is not necessary in order for the challenge to be sustained . . . ."[94]
>
> *54. The standard for impartiality is evaluated the same way in the Article 57 context. As the Chairman of the Administrative Council held in the recent Blue Bank and Burlington Resources decisions:* "Independence and impartiality both 'protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case.'"[95]
> *For disqualification due to the lack of one of these qualities,* "[t]he applicable legal standard is an 'objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party.'"[96] Proof of actual dependence or bias is not required; "rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias."[97] *(...).*
>
> *55. The* "appearance" *standard is employed in numerous jurisdictions. As the Working Group that drafted the IBA Guidelines explained, in preparing the Guidelines,* "[t]he members of the Working Group submitted 13 National Reports from the following jurisdictions: Australia, Belgium, Canada, England, France, Germany, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Singapore, Sweden, Switzerland, and the United States."[98] *These reports covered a wide range of issues, including whether "an 'appearance' test or something similar is applied . . . ."*[99] *Out of the 13 surveyed,* "[a]ll of the jurisdictions agree that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the appearance of bias and not actual bias."[100]

57. Le 5 juillet 2014 la République du Chili a également demandé la récusation de M. le Secrétaire du Tribunal arbitral au motif suivant :

> *Chile took note of the disclosures made at the First Session by Claimants' counsel and by the Secretary of the Tribunal, Mr. Paul-Jean LeCannu, concerning (a) the ongoing status of Mr. LeCannu's father as a consultant to one of Claimants' counsel's law firms, Gide Loyrette Nouel, and (b) Mr. LeCannu's own role as an intern at Gide Loyrette Nouel years ago.*

58. En révélant ce rapport avec le Cabinet Gide, les Demanderesses appliquaient loyalement, sans réserve ni restriction aucunes, le Principe Général n° 7 de la IBA relatif aux conflits d'intérêts dans l'arbitrage international :

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

59. En acceptant la récusation du Secrétaire du Tribunal formulée par l'Etat du Chili, le Centre a fait une application extensive dans le système CIRDI des incompatibilités établies dans lesdits Principes de l'IBA relatifs aux conflits d'intérêts. Les Demanderesses formulent ici une demande reposant sur des faits mettant en jeu des incompatibilités plus objectives encore. A moins de considérer que les investisseurs

---

[94] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (emphasis in original).
[95] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.
[96] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 60; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 67 (quoting RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶¶ 39–40).
[97] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.
[98] RA-12, *Background Information on the IBA Guidelines*, pp. 436–437
[99] *Id.* p. 437.
[100] *Id.*, p. 441.

doivent être soumis à un critère d'examen différent de celui applicable à la Défenderesse, il serait ici fait droit à leur demande.

4. *Nemo iudex esse debet in causa sua*

60. Les deux circonstances prévues au point 1.4 de la *Non-Waivable Red List* surviennent, rappelons-le, lorsque

> *The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom.* (Soulignement ajouté).

61. Ce principe n'admet pas d'exception et, en conséquence, les arbitres ont le devoir de rechercher, avec la *due diligence* à laquelle ils sont tenus, l'existence de possibles conflits d'intérêts, de les révéler sans délai au Centre et aux parties, leur permettant ainsi d'évaluer leur éventuelle incidence sur l'intégrité de la procédure.

62. Les deux prémisses du Principe 1.4 *Non-Waivable Red List* de l'IBA sont vérifiées dans la présente procédure arbitrale. La première a été explicitement dévoilée le 18 septembre 2016 par les autorités du Chili[101], la deuxième configuration tacitement, elle est l'une des questions posées dans les lettres des Demanderesses du 13 octobre 2016[102] qui n'ont pas été répondues, et dans les demandes formulées au présent Tribunal arbitral des 10 et 18 novembre 2016 après sa reconstitution.

63. La Règle Générale n° 7(2) des principes de l'IBA dispose:

> "*[a]n arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify* ***any conflict of interest****, as well as* ***any facts or circumstances*** *that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence.* ***Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries***" (soulignement ajouté),

et la Règle générale 3(a):

> *"(a) If facts or circumstances exist that may,* ***in the eyes of the parties****, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns of them.* (Soulignement ajouté).

64. Or, en l'espèce, les faits et circonstances relatifs aux rapports, directs et indirects, existant entre la République du Chili et des membres et des personnes liées aux Essex

[101] Pièces 6 et 7
[102] Pièces 12 et 13

Court Chambers n'ont pas été dévoilés au Centre, ni aux investisseurs espagnols. Dans leur réponse du 17 octobre 2016 les deux arbitres se sont dispensés à eux-mêmes du devoir de *disclosure* en même temps qu'ils proclamaient leur ignorance des faits, une réponse que le jugement de la High Court of England and Wales du 2 mars 2016 considère inacceptable lorsqu'on applique le « *test at common law for apparent bias* » (§20 *supra*) :

> *No attention will be paid to any statement by the [arbitrator] as to the impact of any knowledge on his or her mind".*

5. Révéler ou se démettre en cas de confidentialité

65. Le General Standard n° 3 des Principes de l'IBA dispose

> *(d) Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.*

66. L'explication de l'IBA à ce standard est la suivante:

> *(d) In determining which facts should be disclosed, an arbitrator should take into account all circumstances known to him or her. If the arbitrator finds that he or she should make a disclosure, but that professional secrecy rules or other rules of practice or professional conduct prevent such disclosure, he or she should not accept the appointment, or should resign.* (Soulignement ajouté).

67. Ce principe a été appliqué par le prof. Philip Sands, l'arbitre nommé par les investisseurs espagnols, en démissionnant volontairement du présent Tribunal arbitral le 14 janvier 2014, après que le Chili lui ait posé une question relative à d'éventuelles relations professionnelles avec des tiers qui n'étaient même pas partie dans la présente procédure:

> *These proceedings involve only a very limited phase (quantum, following the findings on jurisdiction and liability). They can and should be addressed expeditiously and without undue distraction, as I expected to be the case when I accepted appointment. It hardly seems appropriate to expend undue effort in taking the matter raised by the Claimant to decision. This is all the more so where* ***the Respondent has raised issues that would require correction and/or response by reference to information that is subject to professional confidentiality (and could not be provided without permission obtained from third parties, which in certain respects would certainly not be granted).***[103] (Soulignement ajouté).

68. Alors que, comme on l'a vu, le commentaire à la Règle Général 4(b) des principes de l'IBA affirme que les ***facts and circumstances arising in the course of the***

[103] Voir la lettre de démission du professeur Philippe Sands dans la pièce n° 23

arbitration should be disclosed to the parties by virtue of the arbitrator's ongoing duty of disclosure,

et que les Règles 3.1.4, 3.2.1 et 3.2.3 des principes de l'IBA rendent obligatoire de révéler les faits relatifs à ce que

> *the arbitrator's law firm has, within the past three years, acted for or against one of the parties, or an affiliate of one of the parties, in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator,*
>
> *The arbitrator's law firm is currently rendering services to one of the parties, or to an affiliate of one of the parties, without creating a significant commercial relationship for the law firm and without the involvement of the arbitrator*

dans la présente procédure en rectification d'erreurs matériels de la Sentence arbitrale du 16 septembre 2016

a) l'absence de *disclosure* des faits sollicités par les investisseurs espagnols aussi bien de la part de la République du Chili que des arbitres également membres des Essex Court Chambers;
b) le silence continu de la République du Chili et desdits deux arbitres, depuis la date de leur désignation en janvier 2014, à l'égard des rapports entre l'Etat du Chili et des membres de leurs *chambers*;
c) le fait que les travaux de membres des Essex Court Chambers pour la République du Chili n'aient pas été interrompus après janvier 2014 afin d'assurer la pleine neutralité des deux arbitres ;
d) le fait que ces derniers n'aient pas démissionné de leurs *chambers,* ni offert aux parties de démissionner du présent Tribunal ;
e) l'absence apparente d'un « *écran éthique* » ou « *une muraille chinoise* »[104] avec les membres desdites *chambers* rémunérés par l'Etat du Chili et recevant des instructions de celui-ci, ou d'organismes qui en dépendent,
f) le fait que les deux arbitres n'aient pas fait droit à la demande adressée, cette fois, au Tribunal arbitral le 10 novembre 2016,

semblent converger dans le but apparent d'empêcher que soient vérifiés, en l'espèce, des tests tels que ceux appliqués dans le système CIRDI pour évaluer des éventuels conflits d'intérêts et des biais [105], ou d'autres test adaptés aux circonstances de l'espèce,

---

[104] En ce qui concerne les '*ethical screens*', voir C. Nakajima & E. Sheffield, Conflicts of Interest and Chinese Walls (London, Butterworths Lexis Nexis, 2002); C. Hollander & S. Salzedo, Conflicts of Interest & Chinese Walls (London, Sweet & Maxwell, 2000)

[105] Voir, par exemple, les tests appliqués dans les affaires CIRDI *Fábrica de Vidrios c. Venezuela,* ICSID Case No. ARB/12/21, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, 28 mars 2016;*Conoco v. Venezuela,* ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, du 15 mars 2016 ; *Azurix v Argentina I*, Challenge Decision, 25 February 2005; *Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela,* ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction, 22 August 2008, pages 7-9; *Vivendi v. Argentina I*, Challenge Decision, 3 October 2001; *Lemire v. Ukraine*, cité ; *Suez v. Argentina II*, Challenge

et ont créé l'apparence objective

1. d'absence de transparence de la part des arbitres membres des Essex Court Chambers et de la République du Chili;
2. de possible proximité, d'intensité, de dépendance et de signification des rapports, directs ou indirects, entre l'Etat du Chili et les Essex Court Chambers;
3. du fait que les services que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, reçoivent de membres appartenant aux Essex Court Chambers pourraient porter sur des conseils stratégiques,
4. que ces services pourraient présenter des rapports, directs ou indirects, avec le présent arbitrage,
5. que les montants des rétributions versées par la République du Chili à des membres desdites *Chambers* et leur date pourraient être inavouables devant le Tribunal arbitral, le Centre et les investisseurs espagnols.

***

IV. LA SURPRENANTE CONTRADICTION DE L'ARBITRE M. ALEXIS MOURRE

69. En ne faisant pas droit le 21 novembre 2016 aux demandes de *disclosure* formulées par les Demanderesses, et visant MM. Berman et Veeder, M. Alexis Mourre, en tant que membre du Tribunal, a favorisé l'opacité des rapports entre l'État Défendeur et des membres des Essex Court Chambers dont sont membres les deux autres arbitres.

70. En agissant ainsi M. Mourre fait preuve de discrimination au détriment des Demanderesses et n'applique pas dans le cadre du système CIRDI les normes de transparence dont il fait figure de champion dans l'arbitrage international. En effet, comme il le souligne:

> *It is of course not satisfactory to leave the fate of an award in which the parties have invested tens of millions of dollars and years of work to the hazards of subjectivity. The* Tecnimont *tale is in this respect cautionary. Because certain professional links between a party and one of the arbitrators' law firms had not been disclosed, a partial award was quashed by the Court of Appeal in Paris in February 2009[(19)106] and the parties have since then been litigating before the French judiciary.[(20)107]*
>
> *All these questions come down to one single fundamental question: is the arbitrator required to disclose any link with the parties and their counsel, or is he or she*

Decision, 12 May 2008; *Hrvatska v. Slovenia,* cité, ou *Rompetrol Group NV v. Romania*, Challenge Decision of Counsel, 14 January 2010, cité

[106] [19 Paris *Cour d'Appel,* 1ère Chambre, Section C, 12 February 2009, no. 07.22164]

[107] [20 French *Cour de Cassation,* Civ. 1ère, 4 November 2010, no. 02-12716; Reims *Cour d Appel, 2* November 2011, no. 10.02888; French *Cour de Cassation,* Civ. 1 re, 25 June 2014, no. 11-26259]

allowed to exercise judgment as to what is or is not relevant? And why is that question so important? Because, at the end of the day, the arbitrator is not the judge of the ultimate relevance of the facts that he or she will disclose. He or she is not the judge of whether they should be disqualified. That judgment will be made by the parties and, in case of a disagreement, by a judge, an institution or sometimes the remaining arbitrators. What is required from the arbitrator is only to provide the information that is needed in order to enable the parties to exercise their right to bring forward a challenge[108].

71. Et en sa qualité de Président de la Chambre de Commerce Internationale (CCI, ou ICC en anglais), dont le siège est à Paris, M. Mourre a mis en application des principes de transparence[109] dont il dénie l'application lorsqu'il s'agit de révéler les rapports entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers dont sont membres ses deux co-arbitres.

72. En effet, le 26 septembre 2016 M. Mourre a fait distribuer une *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules for Arbitration intended to provide parties and arbitral tribunals with practical guidance concerning the conduct of arbitrations*, dont la suivante:

17. The parties have a legitimate interest in being fully informed of all facts or circumstances that may be relevant in their view in order to be satisfied that an arbitrator (…) is and remains independent and impartial or, if they so wish, to explore the matter further and/or take the initiatives contemplated by the Rules.

18. An arbitrator (…) must therefore disclose (…) as the arbitration is ongoing, any circumstance that might be of such a nature as to call into question his or her independence in the eyes of any of the parties or give rise to reasonable doubts as to his or her impartiality. ***Any doubt must be resolved in favour of disclosure****.*

20. Each arbitrator (…) must assess what circumstances, if any, are such as to call into question his or her independence in the eyes of the parties or give rise to reasonable doubts as to his or her impartiality. In making such assessment, an arbitrator should in particular, ***but not limited to****, pay attention to the following circumstances:*

☐(…) his or her law firm represents or advises, or has represented or advised, one of the parties or one of its affiliates. (…)

☐(…) or his or her law firm has a business relationship with one of the parties or one of its affiliates, or a personal interest of any nature in the outcome of the dispute.(…)

---

[108] Pièce n° 26, Mourre (Alexis), Chapter 23: *Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond*, in Stavros L. Brekoulakis, Julian D. M. Lew , et al.(eds), The Evolution and Future of International Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 37 (© Kluwer Law International; KluwerLaw International 2016),voir notamment les §§23.11, 23.21

[109] Voir *ICC clarifies when arbitrators should disclose potential conflicts of interest* dans Outlaw.com, 24 feb. 2016, accessible dans http://www.out-law.com/en/articles/2016/february/icc-clarifies-when-arbitrators-should-disclose-potential-conflicts-of-interest-/

21. The duty to disclose is of an ongoing nature and it therefore applies throughout the duration of the arbitration.

22. Although an advance declaration or waiver in relation to possible conflicts of interest arising from facts and circumstances that may arise in the future may or may not in certain circumstances be taken into account by the Court, it does not discharge an arbitrator from his or her ongoing duty to disclose.

23. When completing his or her Statement and identifying whether he or she should make a disclosure, both at the outset of the arbitration and subsequently, an arbitrator (...) should make reasonable enquiries in his or her records, those of his or her law firm and, as the case may be, in other readily available materials.

*24. For the scope of disclosures, an arbitrator will be considered as bearing the identity of his or her law firm, and a legal entity will include its affiliates. In addressing possible (...) challenges, the Court will consider the activities of the arbitrator's law firm and the relationship of the law firm with the arbitrator in each individual case. **Arbitrators should in each case consider disclosing relationships with another arbitrator or counsel who is a member of the same barristers' chambers**. Relationships between arbitrators, as well as relationships with any entity having a direct economic interest in the dispute or an obligation to indemnify a party for the award, should also be considered in the circumstances of each case.*
(Soulignement ajouté)

[Ces principes sont généralement appliqués dans les décisions de M. le Président du Conseil administratif et des tribunaux du système CIRDI cités *supra.*]

73. En sa qualité de membre du Tribunal arbitral ayant adopté la Décision du 21 novembre 2016[110], M. Mourre a dénié aux Demanderesses leur droit à voir appliquer tous ces principes propres à l'arbitrage international aux relations entre l'Etat Défendeur et des membres des Chambers dont sont membres les arbitres MM. Sir Franklin Bernan et V.V. Veeder.

***

V. La proposition de récusation est formulée promptement

74. Ni l'article 57 de la Convention ni l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage n'établissent un délai pour formuler la proposition de récusation :

[110] Pièce n° 28

As the ICSID Convention and Rules do not specify a number of days within which a proposal for disqualification must be filed, the timeliness of a proposal must be determined on a case-by-case basis[111]

75. Dans les affaires *RSM Production Co. v. St. Lucia*[112] et *Abaclat*[113] a été considéré raisonnables 28 et 30 jours après avoir eu connaissance des décisions à la base de la proposition de récusation.

76. En l'espèce les fais ayant soulevé des doutes quant à une apparence de conflit d'intérêts ont été connus le 20 septembre 2016 et ce même jour les Demanderesses ont adressé à Mme. la Secrétaire Général la première question visant à cerner les antécédents[114]. Le 13 octobre suivant elles ont adressé les questions pertinentes à l'Etat Défendeur et aux deux arbitres membres des Essex Court Chambers qui figurent dans les pièces nos. 12 et 13 ci-jointes. Lorsque le 18 octobre 2016 les Demanderesses ont adressé à Mme. la Secrétaire Générale une proposition formelle de conflit d'intérêt entre la République du Chili et les deux arbitres membres des *Essex Court Chambers,* la réponse du Centre a attiré l'attention des Demanderesses sur le fait

« que le tribunal constitué dans la procédure de resoumission a rendu sa sentence le 13 septembre 2016. Aucune des procédures prévues aux articles 49, 50, et 51 de la Convention CIRDI n'étant actuellement pendante devant ce tribunal, les demandes formulées au paragraphe (II) de la lettre de M. Pey Casado et la Fondation Président Allende ne peuvent lui être soumises. »

77. Le 7 novembre 2016 ayant été enregistrée la demande du 27 octobre en rectification d'erreurs matérielles et le Tribunal arbitral étant reconstitué, les Demanderesses ont aussitôt sollicité à celui-ci, le 10 novembre[115], de faire droit à leur demande de *full disclosure* de l'État Défendeur et desdits deux arbitres.

78. Le 16 novembre suivant le Tribunal arbitral a invité la République du Chili

*« à indiquer le plus tôt possible et au plus tard le **30 novembre 2016**, si elle accepte les corrections proposées dans la Demande. A la lumière de la réponse de la*

---

[111] *ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al., v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, ¶ 39 (May 5, 2014); voir également *Abaclat & Others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/05, Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, ¶ 68 (Dec. 4, 2014). *Cemex Caracas Investments BV (Netherlands), Cemex Caracas II Investments BV (Netherlands) v. Venezuela*, ICSID Case No. 08/15, Decision on the Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal, ¶ 36 (Nov. 6, 2009) ("*Rule 9(1) does not fix a quantifiable deadline for submission of challenges," it is "on a case by case basis that tribunals must decide whether or not a proposal for disqualification has been filed in a timely manner*").

[112] *RSM Production Co. v. St. Lucia*, ICSID Case No. ARM/12/10, Decision on Claimant's Proposal for the Disqualification of Dr. Gavan Griffith, QC, ¶ 73 (Oct. 23, 2014), accesible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4062.pdf

[113] *Abaclat*, ICSID Case No. ARB/07/05, ¶ 69, cité

[114] Pièce n° 8

[115] Pièce n° 1

Défenderesse, le Tribunal s'attachera à déterminer la procédure ultérieure, conformément à l'article 49(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI."[116]

79. Le lendemain 17 novembre la République du Chili a répondu qu'elle n'était pas

"*in a position to meet the Tribunal's proposed deadline. (...) the bulk of the Request was devoted to the (unfounded) allegation that there was a "conflit d'intérêts apparent entre la République du Chili et les deux membres du Tribunal arbitral également membres des Essex Court Chambers.*"[117]

80. Le lendemain 18 novembre les Demanderesses ont communiqué au Tribunal Arbitral

« *leur respectueux désaccord quant au fait que le Tribunal n'ait pas donné suite à la demande formulée le 10 novembre 2016. Conformément à la Règle d'arbitrage n° 27, les Demanderesses entendent par la présente remplir promptement leur obligation de soulever leur objection à ce sujet et réitèrent respectueusement la demande du 10 novembre dernier.* »[118]

81. Les Demanderesses ont ainsi donné largement l'opportunité à tous les intervenants de traiter les questions loyalement et en toute transparence.

82. Le lundi 21 novembre 2016 le Tribunal arbitral a pris la Décision de ne pas faire droit à la demande adressée à la République du Chili de *full disclosure* au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers, de même qu`à la demande de faire droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts posées dans la lettre des Demanderesses du 13 octobre 2016, et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties.

83. La Décision du 21 novembre 2016 constitue une nouvelle coïncidence du Tribunal arbitral avec la République du Chili de ne pas révéler les rapports existant entre celle-ci et des membres des Essex Court Chambers.

84. Le résultat en a été que le 22 novembre 2016, six jours après avoir eu connaissance de la communication du 16 novembre du Tribunal arbitral refusant tacitement de traiter la question préalable du 10 novembre, quatre jours après avoir réitéré la demande du 10 novembre, un jour après la Décision du 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral, les Demanderesses formulent la proposition motivée de respectueuse récusation desdits deux arbitres.

---

[116] Pièce n° 3
[117] Pièce n° 27, réponse du Chili le 17 novembre 2016 à l'invitation du Tribunal arbitral de la veille
[118] Pièce n° 5

***

CONCLUSIONS

1. Le 20 septembre 2016 a été porté à la connaissance des Demanderesses une déclaration publique des autorités du Chili dévoilant des relations secrètes (*sigilosas*) pendant des mois entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers.

2. Le Centre, les arbitres MM. Sir Franklin Berman et V.V. Veeder, membres des Essex Court Chambers, et l'État Défendeur ont été informés sans délai de l'apparence d'un conflit d'intérêts avec la République du Chili.

3. Les deux arbitres et l'État Défendeur ayant été invités à révéler entièrement au Centre et aux Demanderesses la nature et la portée de ces relations, le fondement de la Décision du Tribunal du 21 novembre 2016 (les normes régissant les *barristers* de leur *Chamber*) apparaît comme une sorte d'alibi pour protéger l'opacité absolue des deux arbitres et de couverture offerte à la République du Chili afin de ne pas révéler au Centre et aux parties Demanderesses ses rapports avec des membres des Essex Court Chambers.

4. Cette coïncidence dans le refus de *full disclosure* de Messieurs les arbitres et de la partie Défenderesse vient confirmer un conflit d'intérêts apparent, et soulève des doutes raisonnables quant à la neutralité de Messieurs les arbitres à l'égard des investisseurs Demandeurs et en détriment de ceux-ci.

5. Compte tenu de l'expérience, des compétences et de l'expertise de Messieurs les arbitres et des conseils de la République du Chili et de leur connaissance de cette affaire, ainsi que des arguments sans équivoque avancés et réitérés par les Demanderesses concernant le devoir de *full disclosure* des relations entre l'Etat Défendeur et des membres des Essex Court Chambers, cette coïncidence ne peut être considérée comme accidentelle. Comme proposait jadis M. Veeder :

> *"there is a lack of transparency in international arbitration. (...) The whole activity takes place in a cloud of privacy without the same public scrutiny directed at state Court. (...) like State litigation, the system must work because it is essentially self-policing - but self-policing by lawyers and arbitrators depends on practitioners having a clear idea of where the line is drawn between good and bad arbitration practices. (...)In the field of international arbitration, like State litigation, there are many fish competing in the same sea. Clear rules and self-policing are an essential part of any solution. (...) the rules need to be practical; and it is useless to maintain any rule at the level of supreme generality "*[119]

6. En conséquence, compte tenu de la motivation indiquée dans les §§ 1 à 68 *supra*, du droit de légitime défense des parties Demanderesses et du devoir de préserver l'intégrité de la procédure arbitrale, conformément aux articles 57 et 58 de la Convention et 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI les investisseurs espagnols très

[119] Pièce nº 21, Veeder (V.V.), The 2001 Goff Lecture – "*The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith*" (2002) Arbitration International 431, pages 439-440

respectueusement soumettent la présente proposition motivée de récusation de Messieurs les arbitres Sir Franklin Berman QC et V.V. Veeder QC.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Secrétaire Générale du CIRDI, l'expression de notre considération distinguée

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey-Grebe
et de la Fondation espagnole Président Allende

PIÈCES ANNEXÉES

Numéro

1. Requête du 27 octobre 2016 en rectification d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale de 13 septembre 2016

2. Demande des investisseurs adressée le 10 novembre 2016 au Tribunal arbitral

3. Communication du Tribunal arbitral le 16 novembre 2016 ne prenant pas en considération la demande du 10 novembre 2016

4. Communication des parties Demanderesses adressée à l'État Défendeur le 13 octobre 2016

5. Les Demanderesses réitèrent le 18 novembre 2016 au Tribunal arbitral de traiter leur demande du 10 novembre 2016

6. Déclaration du Ministre des Affaires Étrangères du Chili publiée le dimanche 18 septembre 2016

7. Id. id.

8. Lettre du 20 septembre 2016 des investisseurs espagnols à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI

9. Lettre de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols

10. Lettre des investisseurs espagnols, le 10 octobre 2016, à M. le Président du Conseil administratif du CIRDI par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI

11. Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols

12. Lettre du 13 octobre 2016 des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'attention de la République du Chili

13. Lettre du 13 octobre 2016 des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'attention de MM. les arbitres Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder

14. Lettre de Sir Franklin Berman au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016

15. Réponse du conseil des Demanderesses à Sir Franklin Berman, le 18 octobre 2016

16. Lettre de M. V. V. Veeder QC au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016

17. Lettre du 18 octobre 2016 des investisseurs adressée, par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du Centre, à la République du Chili

18. Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI aux investisseurs espagnols, le 20 octobre 2016

19. Déclaration du conseil de la République du Chili à Global Arbitration Review (GAR, Londres) publiée le 25 octobre 2016

20. Sentence de la High Court of England and Wales du 2 mars 2016

21. Veeder (V.V.), The 2001 Goff Lecture – "*The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith*" (2002) Arbitration International 431, page 439

22. *Bar Council of England and Wales: Information Note Regarding Barristers in International Arbitration,* 6 juillet 2015

23. Lettre de démission du Prof. Philippe Sands QC du 10 janvier 2014

24. Déclaration publique de l'Ordre des avocats du Chili, 24 octobre 2016

25. Lettre du 30 novembre 1998 du Ministre chilien de l'Économie du Chili à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI attaquant le Centre pour avoir enregistré la Requête d'arbitrage des investisseurs espagnols

26. Mourre (Alexis), *Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond*

27. Réponse du Chili le 17 novembre 2016 à l'invitation du Tribunal arbitral de la veille

28. Décision du 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral refusant de faire droit 1) à la demande adressée à la République du Chili de *full disclosure* au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers, de même que 2) à la demande de faire droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts posées dans la lettre des Demanderesses du 13 octobre 2016, et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties

Doc. num. 50

Session 2002 - 03
Publications on the Internet
Judgments

HOUSE OF LORDS
House of Lords

Judgments -
Lawal (Appellant) v. Northern Spirit Limited

HOUSE OF LORDS

SESSION 2002-03
[2003] UKHL 35
on appeal from: [2001] EWCA Civ 1218]

APPELLATE COMMITTEE

LAWAL (APPELLANT)

v.

NORTHERN SPIRIT LIMITED

ON

THURSDAY 19 JUNE 2003

(HL Paper 123)

ORDERS OF REFERENCE, ETC.

DIE MERCURII 13° NOVEMBRIS 2002

Appellate Committees—Two Appellate Committees were appointed pursuant to Standing Order.

DIE MARTIS 18° FEBRUARII 2003

Lawal (Appellant) *v.* Northern Spirit Limited (England)—The appeal of Adekunle Adejare Lawal was presented. The respondents having notified their intention not to enter appearance, it was ordered that Standing Order V (*Security for costs*) be dispensed with. It was further ordered that the statement and appendix be prepared in consultation with the appellant by the *amicus curi'* nominated by Her Majesty's Attorney General; and that, in accordance with Standing Order VI, the statement and appendix be lodged on or before 1st April next.

DIE MARTIS 1° APRILIS 2003

Lawal (Appellant) *v.* Northern Spirit Limited—The appeal was set down for hearing and referred to an Appellate Committee.

DIE MARTIS 29° APRILIS 2003

Lawal (Appellant) v. Northern Spirit Limited—The petition of the Lord Chancellor's Department praying for leave to intervene in the said appeal was presented and referred to an Appeal Committee.

Appeal Committee—The 43rd Report from the Appeal Committee was agreed to and the following Order was made—

Lawal (Appellant) v. Northern Spirit Limited—That the petition of the Lord Chancellor's Department that they might be heard or otherwise intervene in the said appeal be allowed.

MINUTES OF PROCEEDINGS

DIE JOVIS 8° MAII 2003

Present:

L. Bingham of Cornhill
L. Nicholls of Birkenhead
L. Steyn
L. Millett
L. Rodger of Earlsferry

The Lord Bingham of Cornhill in the Chair.

The Orders of Reference are read.

The Committee deliberate.

Counsel and Parties are called in.

Mr A. Lawal appears in person as the appellant.

Mr J. Cavanagh QC appears for the Lord Chancellor's Department, in intervention.

Miss Sarah Moore appears on behalf of Her Majesty's Attorney General as *amicus curi'*.

Mr Lawal indicates that he is content that Miss Moore should address the Committee.

Miss Moore heard.

Mr Lawal heard.

Mr Cavanagh heard.

Miss Moore heard in reply.

Mr Lawal further heard.

Further and fully heard.

Bar cleared; and the Committee deliberate.

A draft Report is laid before the Committee by the Lord Steyn.

The Report is considered and agreed to, *nemine dissentiente*.

Ordered, That the Lord Steyn do make the Report to the House.

Ordered, That the Committee be adjourned *sine die*.

41st REPORT

from the Appellate Committee

[19 June 2003]

ORDERED TO REPORT

The Committee (Lord Bingham of Cornhill (Chairman), Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn, Lord Millett and Lord Rodger of Earlsferry) have met and have considered the cause Lawal *v.* Northern Spirit Limited. We have heard the appellant in person and counsel on behalf of the Lord Chancellor's Department in intervention. We have heard counsel on behalf of Her Majesty's Attorney General as *amicus curi'*.

1. This is the considered opinion of the Committee.

I. The Issue.

2. The issue in this appeal is whether, in circumstances in which a Queen's Counsel appearing on an appeal before the Employment Appeal Tribunal ("EAT") had sat as a part-time judge in the EAT with one or both of the lay members (called the "wing members") hearing that appeal, the hearing before the EAT was compatible with Article 6 of the European Convention on Human Rights and the common law test of bias. It is not suggested that there was actual bias. The question is whether in the view of a fair-minded and informed observer there was a real possibility of subconscious bias on the part of the lay member or lay members.

3. The question is important because the current practice of the Lord Chancellor's Department is to appoint leading counsel, who are Recorders and who have experience of employment law, to sit as part-time judges in the EAT. They undertake to sit at least 20 days a year. Until called in question in the present case, it was thought that there were no restrictions on the freedom of such individuals to appear as counsel before the Tribunal of which they are part-time members. The challenge before the House, as it was before the EAT and the Court of Appeal, is not tied to the particular circumstances of the case. Indeed, the House has before it only the bare facts as incorporated in the issue outlined. The attack is on the system. If it is well founded the current practice must come to an end.

II. The case before the Employment Tribunal.

4. Given the systemic issue involved, it is possible to summarise the background briefly. The appellant brought a claim for racial discrimination on the ground of the failure of his employers to produce a reference following the termination of his employment. The employers put forward a substantive defence. The Employment Tribunal dismissed the case on the grounds that the Race Relations Act 1976 only gives rights to *current* employees. In so deciding the Employment Tribunal followed a decision of the Court of Appeal in *Adekeye v Post Office (No. 2)* [1997] IRLR 105, the correctness of which was subsequently the subject of an appeal heard by the House of Lords in *D'Souza v London*

Borough of Lambeth [2003] UKHL 33.

III. The case before the EAT.

5. Initially the appellant raised before the EAT the broader contention that it was objectionable in principle for the EAT to hear argument from one of its own members. Once it became clear that the Recorder had previously sat with one of the wing members the broader question was no longer pursued before the EAT and the Court of Appeal. The issue became confined to the particular systemic challenge described.

6. On 10 October 2001 the appeal came before the EAT. The Recorder, who had previously sat with one of the lay members of the EAT then sitting, appeared as counsel for one of the parties. The appellant raised the so-called Recorder objection. Without ruling on the objection the tribunal adjourned the appeal to be heard before a tribunal differently constituted. On 18 December 2001 a tribunal chaired by Lindsay J heard the appeal. He sat with two wing members with whom the Recorder had not sat. Strictly, the Recorder objection no longer arose. But the tribunal was rightly anxious to determine the point of procedural principle. The tribunal heard the procedural issue first. It reserved its decision on this point. But the tribunal proceeded to hear the substantive appeal. In a reserved decision the EAT dismissed the procedural objection on the ground that in the eyes of a fair-minded observer who had considered the facts "there is no real possibility that the Employment Appeal Tribunal is biased where the only objection is that either one or both of the lay members hearing an appeal have previously sat with a Recorder who, as counsel, is appearing for a party in that appeal": [2002] IRLR 228, 235 at para 34. In respect of the substantive appeal the tribunal held that it was bound by the decisions of the Court of Appeal in *D'Souza* and *Adekeye* and accordingly dismissed the appeal.

IV. The Court of Appeal.

7. On appeal to the Court of Appeal it was agreed to hear the Recorder objection first. The reason for this course was that the case of *D'Souza* was then pending in the House of Lords: the decision in that case was likely to be determinative of the substantive issue. (The House has recently given its decision in *D'Souza* [2003] UKHL 33). By a majority the Court of Appeal dismissed the appeal on the Recorder objection: [2002] EWCA Civ 1218; [2002] ICR 1507. Lord Phillips of Worth Matravers MR and Mummery LJ gave the judgments of the majority. Pill LJ gave a dissenting judgment.

8. The essential thrust of the reasoning in the Court of Appeal must be identified. Giving the first judgment, Mummery LJ concluded (para 20):

"The Recorder objection amounts to no more than an assertion that a lay member might possibly be more disposed to accept the submissions of one party's legal representative than those of the other side, as a result of the professional experience of having sat on the tribunal with him in his capacity as a part-time judge. That is merely a speculative and remote possibility based on an unfounded and, some might think, condescending assumption that a lay member sitting with another judge on the hearing of an appeal cannot tell the difference between the impartial decision-making role played by a tribunal panel of a judge and two lay members and the adversarial role of the partisan advocates appearing for the parties."

The Master of the Rolls expressed his agreement with this view as follows (para 50):

". . . there are no grounds for doubting the capacity of a lay member of an Employment Appeal Tribunal to reach a decision uninfluenced by the fact that he has, on a previous occasion, sat with the advocate for one of the parties, in a judicial capacity. Lay members normally serve on the Tribunal for many years, once appointed. They will have experience of some of those who appear before them, and they are likely to be those who appear often in that forum, occasionally sitting as judges. They will rightly perceive them as advocates who occasionally sit as judges, not as judges who occasionally stand down to act as advocates. It is not reasonable to apprehend that the lay member will, even subconsciously, react more favourably to such an advocate than to one who does not sit part-time in the Tribunal."

The Master of the Rolls added a qualification. He said [para 52]:

". . . A recorder agrees to sit at least 20 days in the year. There is no maximum to the days that he can sit, if so requested. I consider that there would be more substance to the concerns raised by Mr Lawal if, in this specialised Tribunal, advocates were requested to sit with a frequency that might lead lay members to view them as judges, appearing part-time as advocates, rather than the reverse."

9. Pill LJ thought that a part-time judge who subsequently appears as an advocate "is likely to be treated by lay members with an additional degree of authority" (para 36). He explained (para 39):

"The fair-minded and informed lay observer will readily perceive, I have no doubt, the collegiate spirit in which the Appeal Tribunal operates and the degree of trust which lay members repose in the presiding judge. It is in my judgment likely to diminish public confidence in the administration of justice if a judge who enjoys that relationship with lay members, with the degree of reliance placed on his view of the law, subsequently appears before them as an advocate. The fair-minded observer might well reasonably perceive that the litigant opposed by an advocate who is a member of the Tribunal and has sat with its lay members is at a disadvantage as a result of that association. A litigant's doubt about impartiality . . . would, for the reasons given, be a legitimate doubt. In my view, the procedure does not inspire public confidence."

These contrasting views reflect the essential terrain of the debate before the House.

V. The Appeal to the House.

10. By leave given by an Appeal Committee the appellant appealed to the House of Lords. As before the EAT (chaired by Lindsay J), and in the Court of Appeal, counsel acting as *amicus curi'* argued the case for the appellant, and counsel for the Lord Chancellor's Department put forward the case for maintaining the status quo. The appellant added brief supplementary observations. The respondent had no interest in the proceedings and was not represented. But in the result the House has had the

advantage of full adversarial argument by counsel appearing as *amicus curi'* and counsel for the Lord Chancellor's Department.

VI. Part-time Judges and Lay Members of the EAT.

11. In order to make a judgment on the issues the way in which the system operates must be described. In 2000 the Lord Chancellor, pursuant to section 24 of the Employment Tribunals Act 1996, appointed five Queen's Counsel, who were already Recorders, to be part-time judges of the EAT. The present position is that there are nine such part-time judges. They all have experience of employment law. As in the case of full-time judges of the EAT, part-time judges normally sit with two lay members both at preliminary hearings and on full appeals. At present the terms of appointment of part-time judges do not place any restriction on them appearing as counsel in the EAT. No criticism is made, or can be made, of the conduct of the Recorders who relied on the view, supported by the Lord Chancellor's Department, that they were under no restriction. They were all entitled to act on the current understanding.

12. The function of the EAT is to hear appeals on questions of law from Employment Tribunals: section 21(1) of the Employment Tribunals Act 1996. What may amount to a question of law in this context is not narrowly circumscribed. For example, the question whether there was evidence on which an Employment Tribunal could have come to a certain conclusion may depending on the setting be a question of law: *Harvey on Industrial Relations and Employment Law,* Vol. 5, para 1630. On all matters which may properly come before it the EAT acts by a majority: the judge may be outvoted by the two lay members on the question of law involved.

13. The laymen sitting on a particular tribunal are all experienced in industrial relations. The judge, or part-time judge is normally assisted by two lay members: one from a panel drawn from employers and one drawn from a panel drawn from employees: see section 22(2) and section 25 of the Employment Tribunals Act 1996. The wing members are never lawyers and have no legal training. On the other hand, their standing is high: it is currently the highest judicial appointment open to a person who holds no legal qualification.

VII. The test for bias.

14. In *Porter v. Magill* [2002] 2 AC 357 the House of Lords approved a modification of the common law test of bias enunciated in *R v Gough* [1993] AC 646. This modification was first put forward in *In re Medicaments and Related Classes of Goods (No. 2)* [2001] 1 WLR 700. The purpose and effect of the modification was to bring the common law rule into line with the Strasbourg jurisprudence. In *Porter v Magill* Lord Hope of Craighead explained:

"102. . . . The Court of Appeal took the opportunity in *In re Medicaments and Related Classes of Goods (No. 2)* [2001] 1 WLR 700 to reconsider the whole question. Lord Phillips of Worth Matravers MR, giving the judgment of the court, observed, at p 711A-B, that the precise test to be applied when determining whether a decision should be set aside on account of bias had given rise to difficulty, reflected in judicial decisions that had appeared in conflict, and that the attempt to resolve that conflict in *R v Gough* had not commanded universal approval. At p 711B-C he said that, as the alternative test had been thought to be more closely in line with Strasbourg jurisprudence which since 2 October 2000 the English courts were required to take into account, the occasion should now be taken to review *R v Gough* to see whether the test it lays down is, indeed, in conflict with Strasbourg jurisprudence. Having conducted that review he summarised the court's conclusions, at pp 726-727:

'85. When the Strasbourg jurisprudence is taken into account, we believe that a modest adjustment of the test in *R v Gough* is called for, which makes it plain that it is, in effect, no different from the test applied in most of the Commonwealth and in Scotland. The court must first ascertain all the circumstances which have a bearing on the suggestion that the judge was biased. It must then ask whether those circumstances would lead a fair-minded and informed observer to conclude that there was a real possibility, or a real danger, the two being the same, that the tribunal was biased.'

103. I respectfully suggest that your Lordships should now approve the modest adjustment of the test in *R v Gough* set out in that paragraph. It expresses in clear and simple language a test which is in harmony with the objective test which the Strasbourg court applies when it is considering whether the circumstances give rise to a reasonable apprehension of bias. It removes any possible conflict with the test which is now applied in most Commonwealth countries and in Scotland. I would however delete from it the reference to "a real danger". Those words no longer serve a useful purpose here, and they are not used in the jurisprudence of the Strasbourg court. The question is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased."

The House unanimously endorsed this proposal. In the result there is now no difference between the common law test of bias and the requirements under Article 6 of the Convention of an independent and impartial tribunal, the latter being the operative requirement in the present context. The small but important shift approved in *Magill v Porter* has at its core the need for "the confidence which must be inspired by the courts in a democratic society": *Belilos v Switzerland* (1988) 10 EHRR 466, at para 67; *Wettstein v Switzerland* (Application No. 33958/96) para. 44; *In Re Medicaments,* at para 83. Public perception of the possibility of unconscious bias is the key. It is unnecessary to delve into the characteristics to be attributed to the fair-minded and informed observer. What can confidently be said is that one is entitled to conclude that such an observer will adopt a balanced approach. This idea was succinctly expressed in *Johnson v Johnson* (2000) 200 CLR 488, 509, at para 53, by Kirby J when he stated that "a reasonable member of the public is neither complacent nor unduly sensitive or suspicious".

X. The analogies and their weight.

15. One does not come to the issue with a clean slate. On the contrary, the issue of unconscious bias has cropped up in various contexts which may arguably throw light on the problem. For present purposes three analogies in ascending order of importance can be considered. First, the current Terms and Conditions governing the appointment of Recorders, published in December 2002, contains the following restriction (para 26):

"A Recorder who is an MP, Parliamentary candidate or local Councillor should not sit as a Recorder within their own constituency or the area covered by the council."

While such a case is very different from the one before the House, the reason for the restriction is instructive. The rationale must be to protect public confidence in the integrity of the administration of justice. Section 38(1) of the Solicitors Act 1974 is also instructive. It provides that "it shall not be lawful for any solicitor who is one of the justices of the peace for any area . . . to act in connection with proceedings before any of those justices as solicitor . . . of any person concerned in those proceedings." Where the area is divided into petty sessional divisions the restriction does not apply to proceedings before justices acting for a petty sessional division for which the solicitor does not ordinarily act. Again, the purpose must be to guard against the erosion of public confidence in the administration of justice.

16. The second analogy is somewhat closer to what is under consideration in the present case. Paragraph 30 of the Policy, Procedure & Terms and Conditions of Service of Recorders published in April 2002 provides:

". . . In particular, [a barrister or solicitor advocate] should not in any circumstances appear in any court before a jury which includes persons who were members of a jury panel serving at that court when they sat there as a Recorder, or vice versa."

Paragraph 23 of the Recorder Terms and Conditions published in December 2002 fleshed out this specific restriction into a more general principle. It reads as follows:

"The governing principle is that no person should sit in a judicial capacity in any circumstances, which would lead an objective onlooker with knowledge of all the material facts reasonably to suspect that the person might be biased. As a general rule, therefore, a barrister or solicitor advocate ought not to sit as a Recorder or to appear in a Magistrates' Court, County Court or a High Court or Crown Court centre if he or she is liable to be embarrassed in either capacity by doing so."

It is, however, not in doubt that the specific prohibition previously published is comprehended under the general principle and remains in full force. This prohibition appears to contemplate the possibility that a member of a jury who has served at a court at which the Recorder was the presiding judge would have looked to him for directions (including directions on the law) and viewed him with a degree of deference and respect, and that that previous relationship may cause such a jury member to accord to the Recorder's submissions, when he subsequently appears before him as an advocate, with an additional degree of influence.

17. The comparison between, on the one hand, a member of the jury and a presiding judge and, on the other hand, a lay member of the EAT and the presiding judge is clearly far from exact. Yet there are similarities between the two, namely, that neither the jury member nor the wing member is legally qualified and that both necessarily look to the judge for guidance on the law when adjudicating on the case before them. The rule of practice applicable in criminal trials is designed to avoid a situation similar to that which exists in the present case, namely that lay individuals participating in the administration of justice should not have the added burden of having individuals whom they have come to regard as judges appear before them as advocates advancing arguments on behalf of a particular party. It is true, of course, that unlike the relationship between the jury member and the presiding judge, the lay member and the judge of the EAT are colleagues sharing a professional relationship. Counsel appearing as *amicus curi'* has, however, pointed out that this factor may cut both ways: whilst it may lessen the impact of the influence exerted by the EAT judge over a wing member it creates a collegiate relationship between them, which is not present in the relationship between the jury member and the presiding judge, and which may be no less worrying in the eyes of the fair-minded observer. Finally, this rule of practice cannot be dismissed as a rule adopted out of an abundance of caution. In *R v Hoyland-Thornton* [1984] Crim LR 561 the Court of Appeal Criminal Division (Lord Lane LCJ, Mustill and Otton JJ) treated a breach of the rule as a material irregularity in a criminal trial and declined to apply the proviso. The conviction was quashed. The court took the view that the position where prosecuting counsel was addressing jurors whom in the past he had directed on matters of law in his capacity as a part-time judge must never be allowed to occur.

18. The third analogy is the most important. It relates to the Terms and Conditions of Service and Terms of Appointment of Part-Time Chairmen of Employment Tribunals. The edition of October 2000 provides (para 16):

". . . in order to ensure that there are no allegations of bias, no part-time Chairman may . . . appear as an advocate before any employment tribunal in the whole of [the] region [to which they have been assigned to sit as a Chairman]."

A similar restriction appears in the edition of September 2001, at para 16, and the edition of March 2003, at para 15. The restriction applies equally to barristers and solicitors appointed as Chairmen of Employment Tribunals. Counsel for the Lord Chancellor's Department sought to counter the persuasive force of this analogy in two ways. He suggested that the rule was simply adopted out of abundance of caution. This contention is not supported by the language of the documents and the settled general restrictive rule which it imposes. Counsel also relied on an observation of Lindsay J (EAT judgment, at para 33(8)) that the rule was made applicable to barristers because it was thought "invidious to have different rules for the two branches of the profession". This is an unconvincing explanation: it is more likely that the general rule was introduced because it was considered necessary.

XI. Conclusions.

19. Counsel for the Lord Chancellor's Department argued that the central fallacy in the argument of the *amicus curi'* on unconscious bias is that the wing members are unable to differentiate between the neutral judicial function and the partisan advocacy function. That is, however, to put her argument higher than she in fact put it: the threshold is only a real possibility of unconscious bias. Counsel for the Lord Chancellor's Department acknowledged that a legally qualified judge, when sitting judicially, is likely to have particular influence upon the lay members because the role of the EAT is to determine questions of law. But counsel submitted that it does not mean that the wing member will assume that any submissions made by the part-time judge are necessarily right. Again, that is putting the test

higher than it need be put. Counsel emphasised in detail the very high calibre and standing of wing members of the EAT. On this aspect his submissions can readily be accepted. He also submitted that, if the appeal is allowed, Recorders may decline to serve as part-time judges in the EAT, and that the EAT may lose the services of part-time judges who are expert in the field of employment law. This is a realistic possibility. But counsel readily accepted that, if the present practice is in breach of the principle laid down in *Porter v Magill*, it cannot continue.

20. The correct analysis is as follows. One starts by identifying the circumstances which are said to give rise to bias. In the present case the evidence is limited to the facts set out at the beginning of this opinion, namely that a Queen's Counsel appearing on an appeal before the EAT had sat as a part-time judge in the EAT with one or both lay members hearing the appeal. In such cases there may be substantial variations in the extent to which the part-time judge and the wing members had sat together in the EAT and how recently. These differences are, however, not material. The House must concentrate on a systemic challenge and apply a principled approach to the facts on which it is called to rule.

21. The principle to be applied is that stated in *Porter v Magill,* namely whether a fair minded and informed observer, having considered the given facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased. Concretely, would such an observer consider that it was reasonably possible that the wing member may be subconsciously biased? The observer is likely to approach the matter on the basis that the lay members look to the judge for guidance on the law, and can be expected to develop a fairly close relationship of trust and confidence with the judge. The observer may also be credited with knowledge that a Recorder, who in a criminal case has sat with jurors, may not subsequently appear as counsel in a case in which one or more of those jurors serve. Despite the differences between the two cases, the observer is likely to attach some relevance to the analogy because in both cases the judge gives guidance on the law to lay men. But the observer is likely to regard the practice forbidding part-time judges in the Employment Tribunal from appearing as counsel before an Employment Tribunal which includes lay members with whom they had previously sat as very much in point. The Editor of the Industrial Relations Law Reports has argued "that a rule to the same effect is even more necessary in the EAT": [2002] IRLR 225. In favour of this view there is the fact that the EAT hears only appeals on questions of law while in the Employment Tribunal the preponderance of disputes involve matters of fact. The observer would not necessarily take this view. But he is likely to take the view that the same principle ought also to apply to the EAT.

22. In the EAT Lindsay J was alive to the possibly that "some . . . practices will fall prey to increasing sensitivity" (para 33(10)). What the public was content to accept many years ago is not necessarily acceptable in the world of today. The indispensable requirement of public confidence in the administration of justice requires higher standards today than was the case even a decade or two ago. The informed observer of today can perhaps "be expected to be aware of the legal traditions and culture of this jurisdiction" as was said in *Taylor and Another v Lawrence and Another* [2003] QB 528, per Lord Woolf CJ, at pp 548-549, at paras 61-64. But he may not be wholly uncritical of this culture. It is more likely that in the words of Kirby J in *Johnson v. Johnson* (2000) 200 CLR 488, 509, para 53, he would be "neither complacent nor unduly sensitive or suspicious": compare also [2002] IRLR 225 (second col.).

23. The current President of the EAT (Lindsay J), a former President of the EAT (Mummery LJ) and the Master of the Rolls, a judge with special knowledge of the judicial system, took a different view. Nevertheless, on this point we find ourselves in agreement with Pill LJ, who also has great experience in the EAT. Like Pill LJ in the Court of Appeal we consider that the present practice in the EAT tends to undermine public confidence in the system. It should be discontinued. It follows that the present practice in the EAT should be assimilated to that in the Employment Tribunal by introducing a restriction on part-time judges appearing as counsel before a panel of the EAT consisting of one or two lay members with whom they had previously sat.

XI. The outcome.

24. On the facts of the present case the rule was not breached. The EAT presided over by Lindsay J contained no lay members with whom the Queen's Counsel had sat. On the other hand, Mr Lawal has succeeded on the issue of principle raised by the Recorder objection.

Recommendation

25. In these circumstances we would allow the appeal to the extent of declaring that the appellant was entitled to succeed on the Recorder objection and remit the matter to the Court of Appeal to rule on the substantive issue taking into account the decision of the House in *D'Souza* [2003] UKHL 33. We so recommend.

© Parliamentary copyright 2003

Prepared
19 June 2003

Doc. num. 51

[COURT OF APPEAL]

LOCABAIL (U.K.) LTD. v. BAYFIELD PROPERTIES LTD. AND ANOTHER

LOCABAIL (U.K.) LTD. AND ANOTHER v. WALDORF INVESTMENT CORPORATION AND OTHERS

TIMMINS v. GORMLEY

WILLIAMS v. H.M. INSPECTOR OF TAXES AND OTHERS

REGINA v. BRISTOL BETTING AND GAMING LICENSING COMMITTEE, *Ex parte* O'CALLAGHAN

1999 Oct. 18,19,20; Nov. 17

Lord Bingham of Cornhill C.J., Lord Woolf M.R. and Sir Richard Scott V.-C.

Natural Justice—Bias—Judge in own cause—Duty and extent of inquiry required of judge—Whether direct interest in outcome of proceedings—Whether automatic disqualification—Whether real danger of bias—Waiver of objection

In the first two cases the plaintiffs sought to enforce charges securing the repayment of advances made, inter alia, to the former husband of one of the defendants, E., in respect of two properties over which she asserted equitable interests. Both actions were heard by a solicitor, the senior partner in a large firm of solicitors, sitting as a deputy judge of the High Court. During the hearing E. produced material relating to her matrimonial proceedings which included a press cutting from which the judge learnt that his firm was acting for clients in litigation for the enforcement of financial claims and of bankruptcy against E.'s former husband. The judge immediately disclosed that connection, stating that he knew no more of that litigation than had appeared from the cutting. Neither party sought an adjournment, no objection was raised and the hearing continued. The judge gave judgment for the plaintiffs and thereafter E. applied to the judge to disqualify himself from further involvement in the cases and to set aside his judgment on the ground of bias. The judge concluded that his firm's engagement to clients involved in litigation against E.'s former husband had not created a conflict of interest such as to disqualify him from dealing with the cases and he accordingly refused her application.

In the third case the defendant admitted liability for personal injuries sustained by the claimant but disputed the quantum of damage. Trial of that issue was heard by a member of the Bar, sitting as a recorder, who was a specialist practitioner in personal injury cases and had, by regular contributions to specialist literature, shown consistent support for claimants in obtaining damages from defendants and their insurers. At the outset of the proceedings the recorder disclosed his membership of an association which ordinarily represented claimants rather than defendants. No objection was taken by either party, although the defendant was unaware of the recorder's written work, and the hearing continued. Following judgment in the claimant's favour the defendant learnt of an article written by the recorder and published shortly after trial in which he had expressed views in trenchant terms in favour of claimants and critical of defendants

and their insurers. The defendant considered that the terms of the article disclosed a real danger that the recorder had been biased against him and that in consequence the judgment should be set aside.

In the fourth case the applicant complained to an industrial tribunal of racial discrimination by her former employers. The tribunal's chairman disclosed during the hearing that he had many years previously been employed for a short period by the same employers. The applicant did not specify any objection, the hearing continued and her complaint was dismissed. Her appeal on the ground of bias was dismissed by the Employment Appeal Tribunal.

In the fifth case the applicant obtained leave to apply for judicial review of a local licensing authority's decisions to renew bookmakers' licences, dismissing his applications by way of objection and making a costs order in a fixed sum against him. Following his failing to enter and serve the proceedings within the prescribed period he applied for an extension of time. The judge concluded that, since the licences had been renewed, the only surviving issue in the proceedings related to the costs order and that, given the applicant's considerable delay, the application should be refused. After his decision the judge learnt from a newspaper article that the bookmakers were tenants of premises let to them by a property investment company owned by the judge's family in which he held shares and a non-executive directorship. The applicant also learnt of the connection and sought to appeal against the judge's decision on the grounds that his interest automatically disqualified him from dealing with the application and in any event gave rise to a real danger of bias. The judge, in a statement sent to the court confirming the contents of the article, indicated that he was not involved in the management of the company, that until reading the article he had been unaware that the bookmakers were its tenants and that the rent payable for the single shop let to them represented approximately four per cent. of the company's total receivable rent.

On applications for permission to appeal:—

Held, (1) that where a judge had a direct personal interest, which was other than de minimis, in the outcome of proceedings bias was presumed to exist and he was automatically disqualified from hearing or continuing to hear the case and any judgment he had given would be set aside; that such disqualification arose irrespective of the judge's state of knowledge as to his interest; but that a party with an irresistible right to object to his hearing or continuing to hear the case might waive that right so long as he did so in clear and unequivocal terms and with full knowledge of the relevant facts (post, pp. 472G-474A, 475C).

Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal (1852) 3 H.L.Cas. 759, H.L.(E.) and *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119, H.L.(E.) applied.

(2) That where apparent bias was asserted it was for the reviewing court, personifying the reasonable man with knowledge of the relevant circumstances and adopting a broad approach, to assess whether there was a real danger of bias; that in making that assessment the court might properly inquire whether the judge knew of the matter relied on as undermining his impartiality, since ignorance would preclude its having influenced his mind and dispel any such danger; that, although the judge could not be cross-examined or required to give disclosure, the reviewing court might properly receive, but would not necessarily accept, a

statement from him as to his state of knowledge, but not as to its effect on him since that issue was for the court, not the judge, to assess (post, pp. 475D-E, 476H-477C, E-478A).

Reg. v. Gough [1993] A.C. 646, H.L.(E.) applied.

(3) That in any case of personal embarrassment, or of automatic disqualification where the judge had knowledge of his interest, he should recuse himself before objection was raised and at the earliest possible stage; that in any other case where he was or became aware of a matter which could arguably give rise to a real danger of bias he should make disclosure to the parties in advance of any hearing so that where objection was taken he might consider and adjudicate on it; that where, following appropriate disclosure, no objection was taken to his hearing or continuing to hear a case no subsequent complaint of bias could be made in respect of the matter so disclosed; that what constituted appropriate disclosure would largely depend on the stage reached in the proceedings so that where, in advance of the hearing, the judge became aware of a matter which might affect his fitness to sit he should inquire fully into it and make full disclosure but where such a matter emerged during the hearing the judge, while being required to disclose what he then knew, was not obliged to conduct any fuller inquiry (post, pp. 478F-479A, 480A-C, 481A-D).

(4) That, while members of the Bar would not ordinarily have any knowledge of or responsibility for the affairs of other members of chambers, since a solicitor who was a partner in a firm bore responsibility for his partners and owed a duty to their clients of whose affairs he might personally be ignorant, he should, prior to sitting in any assigned civil case, conduct a careful conflict search within the firm; that where any association was discovered during the hearing it should be disclosed to the parties and addressed on the particular facts by reference to the test whether a real danger of bias arose; but that where a conflict of interest, such as would prohibit the solicitor from acting for one of the parties under the solicitors' professional rules, emerged before or during the hearing he was not necessarily barred from hearing or continuing to hear the case nor was any judgment he had given necessarily to be set aside (post, pp. 478A-F, 488F-489B).

(5) Refusing permission to appeal in the first two cases, that, while it could be inferred that the judge had conducted a conflict search within his firm before the hearing, such a search had been confined to the parties themselves; that partnership in a firm acting for clients whose success in litigation against E.'s former husband might attract profit and goodwill did not give him a sufficient interest in the outcome of the proceedings before him either to attract the principle of automatic disqualification or to give rise to a real danger of bias; that although he might not have acted as a solicitor for E. under his professional rules he was not necessarily debarred from continuing with the hearing; that any conflict of interest between the firm's clients and E., whereby the former might recover more substantially against her former husband if her claim failed, would not have occurred to a reader of the press cutting and did not occur to the judge, any party or their representatives at the time despite their knowledge of the facts on which the alleged conflict depended; that, given the large number of partners and size of the judge's firm, his statement as to his state of knowledge was cogent and convincing; that it was unchallenged by any party when it was made and there was nothing to cast doubt on its credibility; and that, accordingly, there was no real danger of bias; further that since no objection was taken when he disclosed the connection E., having been put to her election at that

time, could not subsequently complain after the dismissal of her claims (post, pp. 486B-E, 487C, E-488B, B-F, 489E-F, 490D-G, 491D-E).

(6) Granting permission to appeal in the third case and allowing the appeal, that, although extra-curricular comment in textbooks and articles was not incompatible with the discharge of judicial functions and would not ordinarily of itself give rise to a real danger of bias, the intemperate terms in which the recorder had expressed views critical of defendants and their insurers could have given rise to the possibility that in resolving the case he had favoured the claimant against the defendant; and that, accordingly, there was a real danger of bias which required the court to set aside his judgment and to order a retrial (post, pp. 480B-C, 496B-E, 496D-497A).

(7) Refusing permission to appeal in the fourth case, that in the circumstances the former employment of the chairman of the industrial tribunal with the employers against whom the applicant's complaint was made would not suggest any danger of bias; and that, accordingly, the appeal tribunal had correctly dismissed her appeal (post, p. 498A-C).

(8) Refusing permission to appeal in the fifth case, that, since at the time of the application before the judge the only remaining issue in the judicial review proceedings related to the costs order made against the applicant, and since such a sum could not affect the bookmakers' ability to meet their obligations to the judge's family company, the judge had only a nominal and indirect interest arising from his directorship and shares in that company; and that, accordingly, the principle of automatic disqualification did not apply; that his role in the family company was non-executive, there was no reason why he should know of the tenancy and no reason to doubt his statement; and that, accordingly, there was no real danger of bias; further that, in any event, given the applicant's gross delay and the limited scope of the issue before him the judge's order, which was well within his discretion, was correctly made (post, p. 500B-G).

Per curiam. It would be dangerous and futile to attempt to define or list the factors which may or may not give rise to a real danger of bias. Everything will depend on the facts, which may include the nature of the issue to be decided (post, p. 480A-B).

The following cases are referred to in the judgment of the court:

Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority [1995] 1 N.Z.L.R. 142
B.T.R. Industries South Africa (Pty.) Ltd. v. Metal and Allied Workers' Union, 1992 (3) S.A. 673
Bradford v. McLeod, 1986 S.L.T. 244
Clenae Pty. Ltd. v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd. [1999] V.S.C.A. 35
De Cubber v. Belgium (1984) 7 E.H.R.R. 236
Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal (1852) 3 H.L.Cas. 759, H.L.(E.)
Doherty v. McGlennan, 1997 S.L.T. 444
Ebner, In re (1999) 161 A.L.R. 557
Hauschildt v. Denmark (1989) 12 E.H.R.R. 266
J.R.L., In re; Ex parte C.J.L. (1986) 161 C.L.R. 342
K.F.T.C.I.C. v. Icori Estero S.p.A., 28 June 1991, vol. 6, 8/91, International Arbitration Report, C.A. Paris
Laker Airways Inc. v. F.L.S. Aerospace Ltd. [1999] 2 Lloyd's Rep. 45
Langborger v. Sweden (1989) 12 E.H.R.R. 416
Law v. Chartered Institute of Patent Agents [1919] 2 Ch. 276

A *McKenzie v. McKenzie* [1971] P. 33; [1970] 3 W.L.R. 472; [1970] 3 All E.R. 1034, C.A.
Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon [1968] 1 W.L.R. 815; [1968] 1 All E.R. 354, D.C. [1969] 1 Q.B. 577; [1968] 3 W.L.R. 694; [1968] 3 All E.R. 304, C.A.
Moch v. Nedtravel (Pty.) Ltd. 1996 (3) S.A. 1
Piersack v. Belgium (1982) 5 E.H.R.R. 169
B *President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Football Union*, 1999 (4) S.A. 147
Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association [1960] 2 Q.B. 167; [1960] 3 W.L.R. 305; [1960] 2 All E.R. 703, C.A.
Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2) [2000] 1 A.C. 119; [1999] 2 W.L.R. 272; [1999] 1 All E.R. 577, H.L.(E.)
C *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41; [1954] 3 W.L.R. 415; [1954] 2 All E.R. 850, D.C.
Reg. v. Gough [1993] A.C. 646; [1993] 2 W.L.R. 883; [1992] 4 All E.R. 481, C.A.; [1993] A.C. 646; [1993] 2 W.L.R. 883; [1993] 2 All E.R. 724, H.L.(E.)
Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio [1994] 4 All E.R. 139, C.A.
D *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119; [1983] 1 All E.R. 490, D.C.
Reg. v. Mulvihill [1990] 1 W.L.R. 438; [1990] 1 All E.R. 436, C.A.
Reg. v. Rand (1866) L.R. 1 Q.B. 230
Reg. v. Spencer [1987] A.C. 128; [1986] 3 W.L.R. 348; [1986] 2 All E.R. 928, H.L.(E.)
Reg. v. Watson, Ex parte Armstrong (1976) 136 C.L.R. 248
E *Rex v. Essex Justices, Ex parte Perkins* [1927] 2 K.B. 475, D.C.
Rex v. Sunderland Justices [1901] 2 K.B. 357, C.A.
Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy [1924] 1 K.B. 256, D.C.
Shrager v. Basil Dighton Ltd. [1924] 1 K.B. 274, C.A.
Vakauta v. Kelly (1989) 167 C.L.R. 568
Webb v. The Queen (1994) 181 C.L.R. 41
Wells v. Wells [1999] 1 A.C. 345; [1998] 3 W.L.R. 329; [1998] 3 All E.R. 481,
F H.L.(E.)

The following additional cases were cited in argument:

A. T. & T. Corporation v. Saudi Cable Co. [2000] 1 Lloyd's Rep. 22
Alfred McAlpine Construction Ltd. v. Panatown Ltd. (unreported), 25 July 1996; Court of Appeal (Civil Division) Transcript No. 937 of 1996, C.A.
Arab Monetary Fund v. Hashim (1993) 6 Admin.L.R. 348, C.A.
G *Aussie Airlines Pty. Ltd. v. Australian Airlines Pty. Ltd.* (1996) 135 A.L.R. 753
B.O.C. New Zealand Ltd. v. Trans Tasman Properties Ltd. [1997] N.Z.A.R. 49
Bolkiah (Prince Jefri) v. KPMG [1999] 2 A.C. 222; [1999] 2 W.L.R. 215; [1999] 1 All E.R. 517, H.L.(E.)
Borgers v. Belgium (1991) 15 E.H.R.R. 92
Bryan v. United Kingdom (1995) 21 E.H.R.R. 342
Bulut v. Austria (1996) 24 E.H.R.R. 84
H *Campbell and Fell v. United Kingdom* (1984) 7 E.H.R.R. 165
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board (1976) 68 D.L.R. (3d) 716
Cormac Moore's Application, In re (unreported), 21 January 1994, C.A.(N.I.)

D. v. Ireland (1986) 51 D. & R. 117
Dallas' Application, In re [1996] N.I. 276
De Haan v. Netherlands (1997) 26 E.H.R.R. 417
Delcourt v. Belgium (1970) 1 E.H.R.R. 355
Demicoli v. Malta (1991) 14 E.H.R.R. 47
Fey v. Austria (1993) 16 E.H.R.R. 387
Findlay v. United Kingdom (1997) 24 E.H.R.R. 221
Gregory v. United Kingdom (1997) 25 E.H.R.R. 577
Hannam v. Bradford Corporation [1970] 1 W.L.R. 937; [1970] 2 All E.R. 690, C.A.
Howard Holdings Inc., In re [1998] B.C.C. 549
Incal v. Turkey (unreported), 9 June 1998, E.C.H.R.
Kristinsson v. Iceland (1990) 13 E.H.R.R. 238
Leckie (Judge), In re; Ex parte Felman (1977) 52 A.L.J.R. 155
Liljeberg v. Health Services Acquisition Corporation (1988) 486 U.S. 847
Liteky v. United States (1994) 510 U.S. 540
Najjar v. Haines (1991) 25 N.S.W.L.R. 224
Peyman v. Lanjani [1985] Ch. 457; [1985] 2 W.L.R. 154; [1984] 3 All E.R. 703, C.A.
Pfeifer and Plankl v. Austria (1992) 14 E.H.R.R. 692
Procola v. Luxembourg (1995) 22 E.H.R.R. 193
Pullar v. United Kingdom (1996) 22 E.H.R.R. 391
Reg. v. Altrincham Justices, Ex parte N. Pennington [1975] Q.B. 549; [1975] 2 W.L.R. 450; [1975] 2 All E.R. 78, D.C.
Reg. v. Box [1964] 1 Q.B. 430; [1963] 3 W.L.R. 696; [1963] 3 All E.R. 240, C.C.A.
Reg. v. Chesterfield Borough Council, Ex parte Darker Enterprises Ltd. (unreported), 18 May 1992, Brooke J.
Reg. v. Commonwealth Conciliation and Arbitration Commission, Ex parte Angliss Group (1969) 122 C.L.R. 546
Reg. v. Gregory (unreported), 19 January 1993, C.A.
Reg. v. Panel on Takeovers and Mergers, Ex parte Cheng Kai-man (unreported), 30 October 1995, P.C.
Reg. v. S. (R. D.) (1997) 151 D.L.R. (4th) 193
Reg. v. Secretary of State for the Environment, Ex parte Kirkstall Valley Campaign Ltd. [1996] 3 All E.R. 304
Reg. v. South Worcestershire Justices, Ex parte Lilley [1995] 1 W.L.R. 1595; [1995] 4 All E.R. 186, D.C.
Reg. v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge, The Times, 20 June 1972, D.C.
Roylance v. General Medical Council (No. 2) [2000] 1 A.C. 311; [1999] 3 W.L.R. 541, P.C.
Rustal Trading Ltd. v. Gill & Duffus S.A. [2000] 1 Lloyd's Rep. 14
Serjeant v. Dale (1877) 2 Q.B.D. 558

The following additional cases, although not cited, were referred to in the skeleton arguments:

Ardahalian v. Unifert International S.A. [1984] 2 Lloyd's Rep. 84, C.A.
Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea) Ltd. [1999] 1 A.C. 221; [1998] 2 W.L.R. 475; [1998] 1 All E.R. 737, H.L.(E.)
Barnard v. Wieland (1882) 30 W.R. 947
Benthem v. The Netherlands (1985) 8 E.H.R.R. 1
Berry v. Director of Public Prosecutions (No. 2), The Times, 28 October 1996, P.C.
Biesheuvel v. Birrell [1999] P.I.Q.R. Q40

A *Borelli v. Commission of the European Communities* (Case C-97/91) [1992] E.C.R. I-6313, E.C.J.
Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. Ets. Soules et Cie. [1985] 1 Lloyd's Rep. 160; [1985] 2 Lloyd's Rep. 199, C.A.
Bristol and West Building Society v. Mothew [1998] Ch. 1; [1997] 2 W.L.R. 436; [1996] 4 All E.R. 698, C.A.
Castle Phillips Finance Co. Ltd. v. Piddington (1994) 70 P. & C.R. 592, C.A.
Cleather v. Twisden (1884) 28 Ch.D. 340, C.A.
B *Cochrane (E. H.) Ltd. v. Ministry of Transport* [1987] 1 N.Z.L.R. 146
Council of Review, South African Defence Force v. Mönnig, 1992 (3) S.A. 482
Crociani v. Italy (1980) 22 D.R. 147
Derby's (Earl of) Case (1614) 12 Co.Rep. 114
Eckersley v. Mersey Docks and Harbour Board [1894] 2 Q.B. 667, C.A.
Elliniki Radiophonia Tiléorassi A.E. v. Pliroforissis (Case C-260/89) [1991] E.C.R. I-2925, E.C.J.
C *Ellis v. Allen* [1914] 1 Ch. 904
Equity & Law Home Loans Ltd. v. Prestidge [1992] 1 W.L.R. 137; [1992] 1 All E.R. 909, C.A.
Frome United Breweries Co. Ltd. v. Bath Justices [1926] A.C. 586, H.L.(E.)
Gardiner Fire Ltd. v. Jones, The Times, 22 October 1998; Court of Appeal (Civil Division) Transcript No. 1638 of 1998, C.A.
Hickman v. Berens [1895] 2 Ch. 638, C.A.
D *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Case 222/84) [1987] Q.B. 129; [1986] 3 W.L.R. 1038; [1986] 3 All E.R. 135; [1986] E.C.R. 1651, E.C.J.
Kik v. Council of the European Union (Case T-107/94) [1995] E.C.R. II-1717, C.F.I.
Ladd v. Marshall [1954] 1 W.L.R. 1489; [1954] 3 All E.R. 745, C.A.
Laws v. Australian Broadcasting Tribunal (1990) 170 C.L.R. 70
E *Le Compte, Van Leuven & De Meyere v. Belgium* (1981) 4 E.H.R.R. 1
Lenz v. Commission of the European Communities (Case T-47/92) [1992] E.C.R. II-2523, C.F.I.
Livesey v. New South Wales Bar Association (1983) 151 C.L.R. 288
London and North Western Railway Co. v. Lindsay (1858) 3 Macq. 99, H.L.(Sc.)
Lusink, In re; Ex parte Shaw (1980) 55 A.L.J.R. 12
F *Matthews v. United Kingdom* (unreported), 18 February 1999, E.C.H.R.
Matua Finance Ltd. v. Equiticorp Industries Group Ltd. [1993] 3 N.Z.L.R. 650
Metropolitan Properties Co. Ltd. v. Cordery (1979) 251 E.G. 567, C.A.
Nye Saunders & Partners v. Alan E. Bristow (1987) 37 B.L.R. 92, C.A.
Oberschlick v. Austria (1991) 19 E.H.R.R. 389
Porter v. Magill [2000] 2 W.L.R. 1420, C.A.
Practice Direction (Court of Appeal (Civil Division)) [1999] 1 W.L.R. 1027; [1999] 2 All E.R. 490, C.A.
G *Rees v. Crane* [1994] 2 A.C. 173; [1994] 2 W.L.R. 476; [1994] 1 All E.R. 833, P.C.
Reg. v. Bassetlaw District Council, Ex parte Oxby, The Times, 18 December 1997; Court of Appeal (Civil Division) Transcript No. 2283 of 1997, C.A.
Reg. v. Batth, The Times, 11 April 1990, C.A.
Reg. v. Cameron (1991) 64 C.C.C. (3d) 96
Reg. v. Cheltenham Commissioners (1841) 1 Q.B. 467
H *Reg. v. Gaming Board for Great Britain, Ex parte Kingsley* (unreported), 4 July 1996; Court of Appeal (Civil Division) Transcript No. 851 of 1996, C.A.
Reg. v. Hammond (1863) 9 L.T. 423
Reg. v. Handsley (1881) 8 Q.B.D. 383, D.C.

Reg. v. Horne (1987) 35 C.C.C. (3d) 427
Reg. v. Lessard (1992) 74 C.C.C. (3d) 552
Reg. v. McLean, Ex parte Aikens (1974) 139 J.P. 227, D.C.
Reg. v. Marylebone Magistrates' Court, Ex parte Joseph, The Times, 7 May 1993, D.C.
Reg. v. Mayor and Justices of Deal, Ex parte Curling (1881) 45 L.T. 439
Reg. v. Morris (orse. Williams) (1990) 93 Cr.App.R. 102, C.A.
Reg. v. North and East Devon Health Authority, Ex parte Coughlan [2000] 2 W.L.R. 622, C.A.
Reg. v. Panel on Take-overs and Mergers, Ex parte Guinness Plc. [1990] 1 Q.B. 146; [1989] 2 W.L.R. 863; [1989] 1 All E.R. 509, C.A.
Reg. v. Pennington (1985) 81 Cr.App.R. 217, C.A.
Reg. v. Putnam (1991) 93 Cr.App.R. 281, C.A.
Reg. v. Romsey Justices, Ex parte Gale, The Times, 24 January 1992, D.C.
Reg. v. Sawyer (1980) 71 Cr.App.R. 283, C.A.
Reg. v. Te Pou [1992] 1 N.Z.L.R. 522
Reichhold Norway A.S.A. v. Goldman Sachs International [2000] 1 W.L.R. 173, C.A.
Ringeisen v. Austria (No. 1) (1971) 1 E.H.R.R. 455
Sellar v. Highland Railway Co., 1919 S.C. (H.L.) 19, H.L.(Sc.)
Shannon v. Country Casuals Holdings Plc. (unreported), 23 October 1997; Court of Appeal (Civil Division) Transcript No. 1697 of 1997, C.A.
Smith v. Liverpool and London and Globe Insurance Co. (1887) 14 R. 931
Sramek v. Austria (1984) 7 E.H.R.R. 351
Wentworth v. Lloyd (1864) 10 H.L.Cas. 589, H.L.(E.)
Williamson v. Barbour (1877) 9 Ch.D. 529

APPLICATIONS for permission to appeal.

LOCABAIL (U.K.) LTD. v. BAYFIELD PROPERTIES LTD. AND ANOTHER
LOCABAIL (U.K.) LTD. AND ANOTHER v. WALDORF INVESTMENT CORPORATION AND OTHERS

In 1996 the plaintiff, Locabail (U.K.) Ltd., sought as legal mortgagee by assignment to enforce a possession order made against the first defendant, Bayfield Properties Ltd., in the Guildford County Court on 18 June 1986 in respect of property at Hawks Hill, Chertsey Road, Chobham, Surrey. Following her application made on 13 January 1997 the second defendant, Barbara Emmanuel, was joined as a party to the proceedings. By her re-amended defence and counterclaim dated 7 February 1997 she claimed a beneficial interest in the property in priority to the plaintiff's claim and that the possession order be set aside. On 9 March 1999 Mr. Lawrence Collins Q.C., sitting as a deputy judge of the High Court, gave judgment for the plaintiff and dismissed the second defendant's counterclaim. On 29 March 1999 the second defendant applied to the judge for orders that he disqualify himself from further hearing the action and direct a rehearing before a different judge. By his judgment dated 29 March he dismissed the application and refused leave to appeal from his decision.

By an application dated 10 May 1999 the second defendant sought permission to appeal on the grounds, inter alia, that the judge erred in law in that (1) he should not have held that the particular facts of the case viewed objectively did not give rise to a reasonable apprehension or

A suspicion of bias on his part as judge in reaching his decision on 9 March 1999; (2) he wrongly held that the financial interest of other clients of his firm was insufficient to raise any reasonable apprehension that his decision might not have been impartial; he should have held that despite such an interest being indirect it was not remote nor speculative but created an obvious conflict of interest between the second defendant and the firm's other clients which either alone or coupled with the adverse decision he B had given against the second defendant was sufficient to raise a reasonable doubt in the mind of a reasonable and informed observer as to whether she had received a fair and impartial assessment of her case; (3) he, while accepting that the Guide to the Professional Conduct of Solicitors, 7th ed. (1996), para.15.01 would have prevented him from acting as a solicitor for the second defendant in the litigation, held that no appearance of bias C arose from his hearing the action; (4) he was wrong to discount the appearance of bias arising out of the claims made by his firm's other clients against the second defendant's former husband and those associated with him, since as a partner he would have had access in his firm to material on which allegations were made of their discreditable conduct such as might unfairly influence him against the second defendant and her witnesses; and (5) his disclosure of the press cutting was D incomplete and misleading, neither the cutting nor his comment revealed the true nature of all relevant proceedings in which his firm was or had been engaged and accordingly he wrongly held that the second defendant, by her failure to object to his continuing to hear the case after he had drawn attention to the cutting, had waived of her right to object.

By a writ dated 23 April 1998 and an amended statement of claim, the E plaintiffs, Locabail (U.K.) Ltd. and Locabail International Finance Ltd., began proceedings against the defendants, Waldorf Investment Corporation, Ares Emmanuel and Barbara Emmanuel, claiming possession as mortgagees of property at Hans House, 3, Hans Street, Chelsea, London, S.W.1. By her amended defence and counterclaim dated 17 June 1998 the third defendant denied the claims and asserted her F entitlement to a 50 per cent. beneficial interest in the property. By his order made on 3 August 1998 Deputy Master Farringdon entered summary judgment for the plaintiffs under R.S.C., Ord. 14. By a notice dated 10 August 1998 the third defendant appealed and on 9 March 1999 Mr. Lawrence Collins Q.C., sitting as a deputy judge of the High Court, dismissed her appeal. On 29 March 1999 on her application the judge refused to disqualify himself on the ground of bias from further dealing G with the matter and to direct a rehearing. He refused her application for leave to appeal. By a notice of appeal dated 10 May 1999 she applied to the Court of Appeal for permission to appeal on the same grounds as those she advanced in the first case.

The facts are stated in the judgment of the court.

H TIMMINS v. GORMLEY

By a summons and particulars of claim dated 1 November 1995 and issued in the Liverpool County Court the claimant, Margaret Timmins, sought damages for negligence against the defendant, Timothy Gormley,

arising out of a road traffic accident. By his defence dated 20 November 1995 the defendant admitted liability but disputed the particulars of injury and special damage. On 22 November 1995 judgment was entered for the claimant with damages to be assessed. By his order dated 3 June 1999 Mr. Recorder Braithwaite Q.C. awarded the claimant the sum of £22,7123 together with costs. By notice of application for permission to appeal dated 30 June 1999 the defendant sought to appeal on grounds, inter alia, that by reason of published materials written by the judge on the subject of damages in personal injury claims, his decision should be set aside for actual or apparent bias.

The facts are stated in the judgment of the court.

WILLIAMS v. H.M. INSPECTOR OF TAXES AND OTHERS

By a complaint made on 17 January 1996 Mrs. Dorothy Williams complained to an industrial tribunal of sexual harassment and racial discrimination suffered during her employment in 1991 and 1992 by the Commissioners of Inland Revenue at their Croydon office. By a complaint made on 17 April 1996 she further alleged that the employers' representatives, Miss Celia Woodward and Mr. C. S. Barnes, victimised and discriminated against her contrary to the Race Relations Act 1976 by failing properly to investigate her complaints of harassment and discrimination. On 7 May 1996 the London (South) Industrial Tribunal by its chairman Mr. D. Booth concluded that the first complaint should not proceed and on 19 November 1996 the tribunal (Mr. D. Booth, chairman, Miss J. G. Wright and Mr. A. McGuinness) dismissed her complaint of 17 April 1996. By a notice of appeal dated 9 January 1997 the complainant appealed to the Employment Appeal Tribunal, inter alia, on the ground that the chairman acted improperly and/or unlawfully and/or displayed bias or the appearance of bias by failing to disclose until challenged by the complainant during the hearing of her second complaint that he had been an employee of the Commissioners of Inland Revenue and that he had made prejudicial remarks concerning the hearing by the tribunal of complaints against the Commissioners. By its order dated 20 November 1998 the appeal tribunal (Lindsay J., Mr. W. Morris and Mrs. R. A. Vickers) dismissed her appeal and on 15 January 1999 refused her application for leave to appeal. By a notice dated 12 February 1999 the complainant applied to the Court of Appeal for permission to appeal from the appeal tribunal, inter alia, on the ground that appeal tribunal erred in law in not allowing her appeal on the ground of bias.

The facts are stated in the judgment of the court.

REGINA v. BRISTOL BETTING AND GAMING LICENSING COMMITTEE, *Ex parte* O'CALLAGHAN

By his order date 2 December 1997 Tucker J. granted the applicant, Terence O'Callaghan, leave to move for judicial review of decisions of the Bristol Betting and Gaming Licensing Committee (i) refusing his applications for the issue of witness summonses in respect of the application by Coral Racing Ltd. for the renewal of bookmaker licences, (ii) refusing to adjourn the hearing of the application for renewal of such

licences and (iii) ordering that the applicant pay the costs of Coral Racing Ltd. in the sum of £5,000. By way of relief the applicant sought orders of certiorari and mandamus to quash the committee's decisions and to oblige it to reconsider and to issue the witness summonses. By notice of motion dated 11 December 1998 the applicant sought an extension of the time specified in R.S.C., Ord. 53, r. 5(5) for entering the originating motion for hearing. On 9 February 1999 Dyson J. declined to extend time and refused the applicant leave to appeal. By a notice dated 13 May 1999 the applicant sought permission to appeal on the ground, inter alia, that unknown to the applicant the judge was a director of a property company, the assets of which included premises of which Coral Racing Ltd. were tenants; that the judge did not disclose that interest before the hearing of the application, and that had he done so, the applicant would have objected to his hearing the application on the ground of apparent bias.

The facts are stated in the judgment of the court.

David Lloyd Jones Q.C. as amicus curiae. Three different categories of case may be distinguished: (1) where a decision is shown in fact to have been influenced by prejudice, predilection or personal interest, actual bias exists the decision cannot be allowed to stand; (2) where the decision-maker has a direct pecuniary or proprietary interest in the outcome of the case before him he is automatically disqualified from hearing the case and any decision made by him cannot stand; and (3) situations which fall within the wider principle of judicial impartiality.

The rule with regard to actual bias is recognised as being on its own insufficient to protect against judicial bias since (1) it is undesirable that the decision-maker's state of mind should be investigated, given the confidential nature of the decision-making process; (2) the decision-maker may be unaware or unconscious of any bias; (3) actual bias is difficult to establish; and (4) the public interest in maintaining confidence in the integrity of the administration of justice requires the avoidance of the appearance of bias.

Two tests have been used to establish apparent bias: (1) whether there is a real danger of bias (see *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646 and *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139) and (2) whether a reasonable and fair-minded member of the public knowing all the relevant facts would have a reasonable suspicion that a fair trial was not possible. In the first test a real possibility of bias, not a probability, is required and the court personifies the reasonable man so that it is unnecessary to consider the question from the viewpoint of the informed observer.

The tests are based on the same broad principle, namely, that a judge in performing his judicial duty must bring to it not only an unbiased and impartial mind but the appearance of impartiality: see *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119. Within that principle there is scope for differences of approach and emphasis: see *Reg. v. Rand* (1866) L.R. 1 Q.B. 230; *Rex v. Sunderland Justices* [1901] 2 K.B. 357; *Law v. Chartered Institute of Patent Agents* [1919] 2 Ch. 276; *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41; *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and*

District Licensed Victuallers' Association [1960] 2 Q.B. 167; *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577; *Hannam v. Bradford Corporation* [1970] 1 W.L.R. 937; *Reg. v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge,* The Times, 21 June 1972; *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119; *Reg. v. Mulvihill* [1990] 1 W.L.R. 438 and *Arab Monetary Fund v. Hashim* (1993) 6 Admin. L.R. 348.

While the differences between the tests may not be great they are important both in principle and practice and may in certain cases lead to different results. The real danger test is the more stringent test, whereas the reasonable suspicion test gives more effect to the appearance of bias and allows a margin of error in evaluating the facts by concentrating not on whether there is a danger of bias as an objective fact but on whether a fair-minded and informed person might suspect that it existed. The operation of the reasonable suspicion test might accordingly enhance public confidence in the administration of justice. The real danger tends to substitute, for the doctrine of disqualification by reason of the appearance of bias, the doctrine of disqualification for actual bias modified by the adoption of a new standard of proof. The extent to which the real danger test accommodates the requirements of the appearance of impartiality is controversial: see *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119; *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142, *Roylance v. General Medical Council (No. 2)* [2000] 1 A.C. 311; *Hannam v. Bradford Corporation* [1970] 1 W.L.R. 937; *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119; *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139 and *Webb v. The Queen* (1994) 181 C.L.R. 41.

Under the real danger test the inquiry is not directed to the actual state of the judge's mind but to the court's assessment of the possibilities in the context of the objective facts disclosed by the material in evidence. Thus, it may be shown that the matters alleged to create the risk of bias never came to the judge's attention and, therefore, could not have given rise to possible bias. On the reasonable suspicion test it may be that the material which would establish no real danger would also render any suspicion unreasonable; but in other circumstances the lack of knowledge might not be sufficiently shown to render belief of bias unreasonable.

The real danger test applies generally in England and Wales to all instances of apparent bias without distinguishing between different categories of decision-maker: see *Reg. v. Spencer* [1987] A.C. 128; *Reg. v. Secretary of State for the Environment, Ex parte Kirkstall Valley Campaign Ltd.* [1996] 3 All E.R. 304 and *Alfred McAlpine Construction Ltd. v. Panatown Ltd.* (unreported), 25 July 1996; Court of Appeal (Civil Division) Transcript No. 937 of 1996. It is the test reflected in section 24 of the Arbitration Act 1996: see *Laker Airways Inc. v. F.L.S. Aerospace Ltd.* [2000] 1 W.L.R. 113 and *Rustal Trading Ltd. v. Gill & Duffus S.A.* [2000] 1 Lloyd's Rep. 14. [Reference was also made to *K.F.T.C.I.C. v. Icori Estero S.p.A.*, 28 June 1991, vol. 6, 8/91, International Arbitration Report, C.A. Paris and *Prince Jefri Bolkiah v. KPMG* [1999] 2 A.C. 222.] That test is also applied by the Judicial Committee of the

A Privy Council on appeals from a number of jurisdictions. In Northern Ireland that test has not been applied to allegations of bias made against non-judicial or quasi-judicial bodies: see *In re Dallas' Application* [1996] N.I. 276 and *In re Cormac Moore's Application* (unreported), 21 January 1994, C.A.(N.I.). In New Zealand a modification of the real danger test has been applied: see *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142 and *B.O.C. New Zealand Ltd. v. Trans Tasman* B *Properties Ltd.* [1997] N.Z.A.R. 49.

However, the reasonable suspicion test continues to be applied in a number of other jurisdictions: see *Doherty v. McGlennan,* 1997 S.L.T. 444 and *Bradford v. McLeod*, 1986 S.L.T. 244 (Scotland); *Webb v. The Queen*, 181 C.L.R. 41; *Reg. v. Watson, Ex parte Armstrong* (1976) 136 C.L.R. 248; *Reg. v. Commonwealth Conciliation and Arbitration Commission, Ex parte* C *Angliss Group* (1969) 122 C.L.R. 546; *In re Judge Leckie, Ex parte Felman* (1977) 52 A.L.J.R. 155; *In re J.R.L., Ex parte C.J.L.* (1986) 161 C.L.R. 342 and *Vakauta v. Kelly* (1989) 167 C.L.R. 568 (Australia); *B.T.R.. Industries South Africa (Pty.) Ltd. v. Metal and Allied Workers' Union,* 1992 (3) S.A. 673 and *Moch v. Nedtravel (Pty.) Ltd.*, 1996 (3) S.A. 1 (South Africa); *Reg. v. S.(R.D.)* (1997) 151 D.L.R. (4th) 193 and *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board* (1976) 68 D.L.R. (3d) 716 D (Canada); *Liljeberg v. Health Services Acquisition Corporation* (1988) 486 U.S. 847 and *Liteky v. United States* (1994) 510 U.S. 540 (United States of America)

The case law of the European Court of Human Rights does not suggest that the real danger test is wrong or inadequate, although the approach of that court in interpreting article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental E Freedoms (1953) (Cmd. 8969) is closer to the reasonable suspicion test than to the real danger test: see *Campbell and Fell v. United Kingdom* (1984) 7 E.H.R.R. 165; *Pullar v. United Kingdom* (1996) 22 E.H.R.R. 391; *Piersack v. Belgium* (1982) 5 E.H.R.R. 169; *Hauschildt v. Denmark* (1989) 12 E.H.R.R. 266; *De Cubber v. Belgium* (1984) 7 E.H.R.R. 236; *Fey v. Austria* (1993) 16 E.H.R.R. 387; *Gregory v. United Kingdom* (1997) F 25 E.H.R.R. 577; *Reg. v. Gregory* (unreported), 19 January 1993; *Kristinsson v. Iceland* (1990) 13 E.H.R.R. 238; *Langborger v. Sweden* (1989) 12 E.H.R.R. 416; *Demicoli v. Malta* (1991) 14 E.H.R.R. 47; *Borgers v. Belgium* (1991) 15 E.H.R.R. 92; *Procola v. Luxembourg* (1995) 22 E.H.R.R. 193; *Bryan v. United Kingdom* (1995) 21 E.H.R.R. 342; *Findlay v. United Kingdom* (1997) 24 E.H.R.R. 221; *De Haan v. Netherlands* (1997) 26 E.H.R.R. 417; *Incal v. Turkey* (unreported), 9 June G 1998; *Delcourt v. Belgium* (1970) 1 E.H.R.R. 355 and *Bulut v. Austria* (1996) 24 E.H.R.R. 84.

The principles developed in the jurisprudence of the Court of Human Rights would be likely to be applied on any question of judicial bias which arose for consideration by the Court of Justice of the European Communities.

H Where the judge has a direct pecuniary or proprietary interest in the outcome of the proceedings the result is automatic disqualification. In such a case it is irrelevant whether there is in fact actual bias; and there is no question of investigating, objectively, whether there is any real likelihood

of bias or any reasonable suspicion of bias on the particular facts: see *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal* (1852) 3 H.L.Cas. 759; *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646 and *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119. Bias is assumed because of the nature of the interest: see *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646; *Rex v. Sunderland Justices* [1901] 2 K.B. 357; *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41; *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142 and *De Smith, Woolf and Jowell, Judicial Review of Administrative Action,* 5th ed. (1995), p. 525.

The rationale of the principle is that no man should be a judge in his own cause and if he has a direct proprietary or pecuniary interest in the outcome of the litigation public confidence in the administration of justice requires that his decision should not stand: see *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646 and *Webb v. The Queen*, 181 C.L.R. 41. The strictness of the principle as originally formulated (see *Reg. v. Rand,* L.R. 1 Q.B. 230; *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41 and *Serjeant v. Dale* (1877) 2 Q.B.D. 558) has been relaxed in favour of a de minimis exception: see *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139; *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142 and *B.T.R.. Industries South Africa (Pty.) Ltd. v. Metal and Allied Workers' Union,* 1992 (3) S.A. 673. The interest must be direct, in the sense that it is not remote: see *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577; *Reg. v. Secretary of State for the Environment, Ex parte Kirkstall Valley Campaign Ltd.* [1996] 3 All E.R. 304 and *A. T. & T. Corporation v. Saudi Cable Co.* [2000] 1 Lloyd's Rep. 22; and contrast *Reg. v. Panel on Takeovers and Mergers, Ex parte Cheng Kai-man* (unreported), 30 October 1995. The rule enunciates an irrebuttable presumption of bias necessary to promote public confidence in the judicial system and the impartiality of decision-makers. Hence a judge's ignorance of the existence of a disqualifying interest is irrelevant. There are, however, suggestions, not in the English jurisdiction, that a judge beneficiary of a blind trust would not necessarily be disqualified. [Reference was made to *Clenae Pty. Ltd. v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd.* [1999] V.S.C.A. 35; *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142 and *Liljeberg v. Health Services Acquisition Corporation,* 486 U.S. 847.]

The category to which automatic disqualification applies has been extended to a situation where a judge has a particular and substantial personal interest in the outcome of the cause before him: see *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119. [Reference was also made to *Roylance v. General Medical Council (No. 2)* [2000] 1 A.C. 311.] The extended category is not clearly defined, with the result that the scope of the principle has become uncertain. [Reference was made to *D. v. Ireland* (1986) 51 D. & R. 117 and *Demicoli v. Malta,* 14 E.H.R.R. 47.] The extension is also difficult to reconcile with existing authority: see *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41, *Reg. v. Rand,* L.R. 1 Q.B. 230, and *Reg. v. Altrincham Justices, Ex parte N. Pennington* [1975] Q.B. 549. The principle, which was unlikely to apply to criminal cases (see *Reg. v. Mulvihill* [1990] 1 W.L.R. 438) while it was restricted to a direct

pecuniary and proprietary interest, may now be applied to such cases. The extension may, however, be limited to the situation where the judge is committed to the well-being of a charitable organisation which is party to the proceedings or to the achievement of its objects. Any further extension of the principle would be undesirable.

A person with a right of objection on grounds of bias may waive his right so long as he acts freely and in full knowledge of the facts: see *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256; *Shrager v. Basil Dighton Ltd.* [1924] 1 K.B. 274; *Rex v. Essex Justices, Ex parte Perkins* [1927] 2 K.B. 475; *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119; *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142 and *Vakauta v. Kelly*, 167 C.L.R. 568; and contrast *Najjar v. Haines* (1991) 25 N.S.W.L.R. 224. [Reference was also made to *D. v. Ireland*, 51 D. & R. 117 and *Pfeifer and Plankl v. Austria* (1992) 14 E.H.R.R. 692.] A party should not be permitted to refrain from objection when the matter is first brought to his attention but to object once a judgment adverse to him has been delivered. If matters emerge during a hearing which may properly form the basis of an application for the judge to recuse himself, the point should be taken immediately and failure to do so will amount to waiver: see *Vakauta v. Kelly*, 167 C.L.R. 568.

Hazel Williamson Q.C. for E. in the first and second cases. The judge should have granted permission to appeal from his decision since it is inappropriate, if justice is to be seen to be done, that he should himself be the final arbiter of an issue of apparent bias raised against him; and since the grounds of the proposed appeal stand a real prospect of success and raise issues of general importance for the proper administration of justice.

A judge should not sit in any case where the circumstances could give rise to a perception of prejudice in the judicial system: see *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256 and *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119. The test of apparent bias is whether, in the events which happened, there was a real danger of bias. The court recognises the importance of the perception of the ordinary public as founding confidence in the judicial system and applies the real danger test with flexibility so that there should be no material distinction in effect between that test and the reasonable apprehension or suspicion of bias test: see *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646; *Webb v. The Queen*, 181 C.L.R. 41; *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577; *Roylance v. General Medical Council (No. 2)* [2000] 1 A.C. 311; *Arab Monetary Fund v. Hashim*, 6 Admin. L.R. 348; *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119 and *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139.

In applying the test the reviewing court will assess the question of real danger, or reasonable suspicion, in the light of all the factual material available. The absence of material facts necessary for the court's assessment will itself be of significance to the court in reaching its decision. Where the relevant facts are peculiarly within the knowledge of the

tribunal under review and are not disclosed to the reviewing court any doubt should be resolved in favour of disqualification.

The test of apparent bias in the case of a solicitor sitting as a judge can be no less strict than that imposed under the professional guidance for solicitors: the conflict rules set out in the Guide to the Professional Conduct of Solicitors, 7th ed. (1996), para. 15.01 would have prevented the judge acting as E.'s solicitor. It therefore would appear extraordinary to an intelligent and fair-minded member of the public if he could nevertheless adjudicate in a case in which she was a party. Far from there being any separation of the positions of solicitor and judge, there is a clear link: both are officers of the court.

No distinction can be drawn between the solicitor judge and his firm. The interests of the firm are the interests of the partners own interests and the knowledge of each is the knowledge of all. The court will view with concern the potential leakage of information within a large firm and will recognise the difficulty of establishing and maintaining the necessary safeguards: see *Prince Jefri Bolkiah v. KPMG* [1999] 2 A.C. 222. The perception of prejudice can arise not only from a perception of facts giving rise to an actual or potential conflict of interest, but also from a perception of exposure to possible prejudicial influences. The perception of prejudice can therefore arise from the fact that the judge is a partner in a firm which is acting in other matters which may reasonably be feared to expose him to comment or information which may colour his judgment directly or indirectly against a party. [Reference was made to *In re Howard Holdings Inc.* [1998] B.C.C. 549.]

The conflict rules make no exception for absence of knowledge of matters which could give rise to a conflict of interest. If an unappreciated conflict is subsequently discovered the solicitor, just as the solicitor-judge, must withdraw. If judgment has already been delivered it must be set aside if a fair-minded and informed member of the public would conclude that there was a suspicion that the judge was not impartial. If the result of his decision is startlingly adverse to the party alleging apparent bias the reviewing court may the more easily accept the allegation: see *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577.

Since the appearance of bias is tested objectively it is irrelevant whether the judge carried out a conflict search prior to hearing the case. The requirement of disclosure is not a duty of care but a positive precondition for his conduct of a fair trial; it must therefore be strictly complied with. Even where a conflict search is made and reveals no conflict, the subsequent appearance of such a conflict will nevertheless reflect on the question of bias. The fact that the particular difficulty arises in the use of solicitors as part-time judges must not lead to relaxation of the strict requirements for openness and the objective lack of partiality which confidence in the judicial system requires. Where a solicitor judge discovers an apparent conflict of interest during a hearing he is obliged to make full inquiry into the matter and full disclosure to the parties.

The test of apparent bias is objective so that the judge's statement as to his state of mind or of knowledge is irrelevant. In principle such a statement should not be entertained by the reviewing court. Any explanatory statement the judge gives cannot be accepted at face value.

A Any cross-examination of the judge would be invidious and accordingly the court should investigate the matter for itself from the viewpoint of the reasonable ordinary person, assessing the objective facts available to it: see *Arab Monetary Fund v. Hashim,* 6 Admin.L.R. 348; *Alfred McAlpine Construction Ltd. v. Panatown Ltd.* (unreported), 25 July 1996 and *In re Judge Leckie, Ex parte Felman,* 52 A.L.J.R. 155. It is only if the objective facts justified the conclusion that he had no knowledge of the relevant B matter that the court can apply the principle that the judge's ignorance will dispel any fear of apparent bias: see *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142. Alternatively, such a statement can only be entertained if it contains material capable of being examined in the context of all the relevant facts.

On the question of automatic disqualification, again the judge's C position within his firm created a situation of conflict which required his automatic disqualification on established principles: see *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal,* 3 H.L.Cas. 759 and *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] A.C. 119.

E. has not waived her right of objection. There can be no waiver without full knowledge of the facts: see *Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* D and the *Auckland Casino* case [1995] 1 N.Z.L.R. 142. It is not a question of a party being put on notice by a partial disclosure such as the judge made here. It was the judge's responsibility to make full, relevant and voluntary disclosure; parties' relationship with the judge, by the very nature of the judicial process, is not one of equality; they cannot cross-examine him or exert pressure on him for further disclosure or fuller E information. [Reference was made to *Aussie Airlines Pty. Ltd. v. Australian Airlines Pty. Ltd.* (1996) 135 A.L.R. 753.] Since there was no full disclosure E. never had the actual knowledge necessary for her to make her election whether to continue the hearing: see *Peyman v. Lanjani* [1985] Ch. 457.

Robert Jay Q.C. for the defendant in the third case. The law on apparent bias applies the real danger test as defined in *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646 and *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio* F [1994] 4 All E.R. 139. That test comes close to requiring the court to ignore appearances. At present the test is not that of reasonable suspicion of bias which is deployed in Scotland. The two tests are not identical but there may be little practical distinction between them: see *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119; *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577; *Webb v. The Queen,* 181 C.L.R. 41 and G *Roylance v. General Medical Council (No. 2)* [2000] 1 A.C. 311.

The test of real danger is arguably the more onerous and, in applying it, the court will ascertain all relevant circumstances before asking the question whether there is a real danger of bias. There is in this respect no real distinction between the court and the hypothetical reasonable man, save that, unlike him, the court will have all the available evidence and H know the relevant circumstances. The issue which the court addresses has received various formulations: is the court satisfied that there is no danger of the alleged bias creating injustice; might the tribunal unfairly regard, or have so regarded, with favour or disfavour, the case of a party; is there a

real danger that the tribunal was unconsciously influenced by pre-existing or prejudiced views; is there a real danger that the tribunal's decision was animated by unconscious extraneous prejudice or predilection? [Reference was made to the *Gough* [1993] A.C. 646 and *Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139 cases and *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association* [1960] 2 Q.B. 167].

Provided that (a) the real danger test is properly interpreted to mean the court's reception, derived from all available evidence, of the possibility of the decision-maker being influenced by unconscious predilection or prejudice and (b) the reasonable suspicion test cannot be understood to mean the intuitive or gut reaction of the hypothetical reasonable man divorced from all or any of the relevant circumstances of the case, the real danger test is sufficiently flexible and the two tests are capable of being assimilated in their practical application. "Real danger" emphasises the condign rigour of the court's inquiry and, on authority, should be preferred.

The recorder's membership of the Association of Personal Injury Lawyers does not give rise to any real danger of bias, nor did his conduct of the hearing. However, his public expression of opinion in a series of articles which have come to the defendant's attention give rise to such a danger. As he sits as a part-time judge, there is a real danger that in approaching his judicial task he is not free from unwitting prejudice and/or pro-claimant predisposition. Where a judge's views are consistently expressed in the public forum in hyperbolic and partisan terms disclosing obvious predilections and where publication of those views occurs so near to the trial date a question will arise whether there is a possibility of those views unwittingly infiltrating the judicial process. In that situation, on a reasonable suspicion test, the defendant would succeed since—(i) it is rare to hold and express such views as firmly and passionately as the judge does, and (ii) parties are entitled to be confident that the judge is temperamentally capable of refraining from descending into the forensic arena. On the higher, real danger, test which requires an exceptional case to be established, the defendant can still succeed: see *Reg. v. Secretary of State for the Environment, Ex parte Kirkstall Valley Campaign Ltd.* [1996] 3 All E.R. 304.

Mrs. Williams, in person, made submissions confined to the merits of her application.

Judith Jackson Q.C. for the applicant in the fifth case. The judge's connection should have disqualified him from determining the application either automatically because of a direct interest (see *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal* (1852) 3 H.L. Cas. 759 and *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119) or because of an indirect interest. The question, therefore, is whether there was a disqualifying interest. While the relevant interest need not be pecuniary it must be substantial: see *Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* and *Rex v. Sunderland Justices* [1901] 2 K.B. 357. The connection must be with a party, and not with counsel: see *Laker Airways Inc. v. F.L.S. Aerospace Ltd.* [1999] 2 Lloyd's Rep. 45. The same principle of disqualification should apply whether the interest is direct or indirect.

A Two tests currently co-exist for establishing the latter interest, namely, the reasonable suspicion and real danger tests. [Reference was made to *Reg. v. Mulvihill* [1990] 1 W.L.R. 438; *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119; *Reg v. Chesterfield Borough Council, Ex parte Darker Enterprises Ltd.* (unreported), 18 May 1992; *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577; *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646; *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio* B [1994] 4 All E.R. 139; *Reg. v. South Worcestershire Justices, Ex parte Lilley* [1995] 1 W.L.R. 1595; *Reg. v. Secretary of State for the Environment, Ex parte Kirkstall Valley Campaign Ltd.* [1996] 3 All E.R. 304 and *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119.] The real danger test looks to the sufficiency of the alleged interest, both in terms of its substance and C proximity. Where both are established it is no answer for the judge to assert that he was unaware of the connection. In any event, it would be unsatisfactory for him to do so since public policy militates against a complainant challenging, or the court investigating, the truth of any such assertion. [Reference was made to the *Gough* case [1993] A.C. 646 and *Reg. v. Box* [1964] 1 Q.B. 430.]

There is here a continuing commercial relationship between the judge D and a party involved in the case before him (see *Najjar v. Haines,* 25 N.S.W.L.R. 224) such that his ruling, which determined the proceedings adversely to the applicant, should be set aside.

Anthony Mann Q.C. and *James Barker* for the plaintiffs in the first and second cases. The judge had no direct pecuniary interest in the case. Therefore the allegation is apparent bias, and the applicable test in English E law is the "real danger" test: see the *Gough* case [1993] A.C. 646 and *Ex parte Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139. If the test were reasonable suspicion the result of the present case would be the same. Whichever the test, it applies on the basis of all the facts, not just those which give rise to the initial misapprehension on the complainant's part: see *Reg. v. S. (R.D.)* (1997) 151 D.L.R. (4th) 193. The reviewing court will take into account the knowledge and ability of the tribunal to ignore extraneous matters.

F The reviewing court will consider whether the judge actually knew of the connection said to give rise to bias: see the *Auckland Casino* case [1995] 1 N.Z.L.R. 142; *Alfred McAlpine Construction Ltd. v. Panatown Ltd.* (unreported), 25 July 1996 and *Clenae Pty. Ltd. v. Australian and New Zealand Banking Group Ltd.* [1999] V.S.C.A. 35. If the link is unknown the danger of bias is the harder to establish. There is no absolute rule that the reviewing court should accept a statement from the judge as to his state of G knowledge of facts relevant to the bias allegation. That court could not investigate the judge's motives and could not accept a statement that he was not biased, but it may accept a statement as to the extent of his knowledge at relevant times. It would then be for the court to assess that statement in the context of the case and to accept or reject it. [Reference was made to the *Gough* case [1993] A.C. 646; *Arab Monetary Fund* H *v. Hashim,* 6 Admin.L.R. 348; *Reg. v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge,* The Times, 20 June 1972; *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41; *In re Judge Leckie, Ex parte Felman,* 52 A.L.J.R. 155 and *Liljeberg v. Health Services Acquisition Corporation,*

486 U.S. 847]. In the instant case the real danger test is not satisfied. "Real" connotes "realistic." Rejecting E.'s case does not suggest bias against her. [Reference was made to *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1968] 1 W.L.R. 815; [1969] 1 Q.B. 577.] There is no suggestion of actual knowledge, nor is there any cogent and rational link between the judge's association with his firm and the case before him: see *Aussie Airlines Pty. Ltd. v. Australian Airlines Pty. Ltd.*, 135 A.L.R. 753 and *Gregory v. United Kingdom*, 25 E.H.R.R. 577. The judge's ignorance of any connection is a complete answer to the complaint. The judge is not contaminated by his partnership within the firm. The imputation of the knowledge of one partner to another partner is not a universal principle. Were it otherwise the erection of Chinese walls would never be proper or possible in a partnership.

The solicitors' conflict rules are based on different considerations from the rules relating to bias. The former are founded on rules of law and equity that prevent a man from serving two masters; the latter are based on the proper administration of justice and on the principle that justice must be seen to be done. In sitting as a judge the solicitor steps outside his role as a solicitor. If he had contaminating knowledge and objection was taken to his sitting he would obviously recuse himself; but if he had no such knowledge he is not obliged to accede to an objection and to withdraw: see *Rex v. Essex Justices, Ex parte Perkins* [1927] 2 K.B. 475.

The question of waiver does not arise because the allegation of apparent bias cannot be made out. In so far as that question may be relevant, the judge's immediate disclosure was accepted and no further facts were necessary to enable E. to decide whether to waive any objection. Since she took no point on bias she waived her right to object.

Andrew Edis Q.C. and *Ivan Woolfenden* for the plaintiff in the third case. The recorder's approach throughout does not betray bias in favour of the claimant or disfavour against the defendant's case. A judge who deals with cases engaging a specialist area of the law in which he is expert will bring to his task a valuable expertise. He will inevitably have formed opinions on questions arising in that area of practice and his extra-judicial expressions of view should not lead litigants to question his impartiality. The defendant should have been aware of the recorder's reputation so that there was no need for the recorder to disclose his writings at the outset of the trial. The articles complained of do not indicate an extreme view but rather indicate one that can be reasonably held. Nor do they indicate a view that would affect impartiality in the exercise of judicial functions.

Tess Gill, for the employers in the fourth case, was not called on.

William Norris Q.C. and *Lucy Moorman* for the interested party in the fifth case. The connection between the judge and the interested party was tenuous and remote in the extreme. He cannot be accurately described as being a party to the cause or of having a financial, proprietary or other interest in the outcome of the hearing before him: see *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal* (1852) 3 H.L.Cas. 759; *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119; *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646; *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139; *Clenae Pty. Ltd. v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd.* [1999] V.S.C.A. 35;

A *A.T. & T. Corporation v. Saudi Cable Co.* [2000] Lloyd's Rep. 22; *Reg. v. Secretary of State for the Environment, Ex parte Kirkstall Valley Campaign Ltd.* [1996] 3 All E.R. 304 and *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142. The matter before the judge concerned an ancillary question, and his judgment betrays no error of principle so that an appellate court should, on ordinary principles, not disturb the judgment. It would be absurd to suggest that there was a "real
B danger" or "reasonable suspicion" of bias. Although the real danger test is to be applied (see the *Gough* case [1993] A.C. 646) the same result would follow if the reasonable suspicion test applied.

Although the reviewing court may not always be able to determine the state of the judge's knowledge, it should inquire into the relevant circumstances and need not accept his statement of his knowledge at face
C value. [Reference was made to the *Gough* case and *Liljeberg v. Health Services Acquisition Corporation,* 486 U.S. 847.] Where the judge is wholly unaware of the connection until after he has determined the case no question of apparent bias arises.

Williamson Q.C., *Jay Q.C.*, *Jackson Q.C.* and *Lloyd Jones Q.C.* replied.

D *Cur. adv. vult.*

17 November. LORD BINGHAM OF CORNHILL C.J., LORD WOOLF M.R. and SIR RICHARD SCOTT V.-C. handed down the following judgment of the court. 1. This is the judgment of the court on five applications for permission to appeal. The applications have been listed and heard together since they raise common questions concerning disqualification of judges on
E grounds of bias. At the outset we acknowledge with gratitude the help we have received from Mr. David Lloyd Jones who has made submissions on the law as an amicus.

2. In determination of their rights and liabilities, civil or criminal, everyone is entitled to a fair hearing by an impartial tribunal. That right, guaranteed by the European Convention for the Protection of Human
F Rights and Fundamental Freedoms, is properly described as fundamental. The reason is obvious. All legal arbiters are bound to apply the law as they understand it to the facts of individual cases as they find them. They must do so without fear or favour, affection or ill-will, that is, without partiality or prejudice. Justice is portrayed as blind not because she ignores the facts and circumstances of individual cases but because she shuts her eyes to all considerations extraneous to the particular case.

G 3. Any judge (for convenience, we shall in this judgment use the term "judge" to embrace every judicial decision-maker, whether judge, lay justice or juror) who allows any judicial decision to be influenced by partiality or prejudice deprives the litigant of the important right to which we have referred and violates one of the most fundamental principles underlying the administration of justice. Where in any particular case the
H existence of such partiality or prejudice is actually shown, the litigant has irresistible grounds for objecting to the trial of the case by that judge (if the objection is made before the hearing) or for applying to set aside any judgment given. Such objections and applications based on what, in the

case law, is called "actual bias" are very rare, partly (as we trust) because the existence of actual bias is very rare, but partly for other reasons also. The proof of actual bias is very difficult, because the law does not countenance the questioning of a judge about extraneous influences affecting his mind; and the policy of the common law is to protect litigants who can discharge the lesser burden of showing a real danger of bias without requiring them to show that such bias actually exists.

4. There is, however, one situation in which, on proof of the requisite facts, the existence of bias is effectively presumed, and in such cases it gives rise to what has been called automatic disqualification. That is where the judge is shown to have an interest in the outcome of the case which he is to decide or has decided. The principle was briefly and authoritatively stated by Lord Campbell in *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal* (1852) 3 H.L.Cas. 759, 793–794, when orders and decrees made by and on behalf of the Lord Chancellor were set aside on the ground that he had had at the relevant times a substantial shareholding in the respondent company:

> "No one can suppose that Lord Cottenham could be, in the remotest degree, influenced by the interest that he had in this concern; but, my Lords, it is of the last importance that the maxim that no man is to be a judge in his own cause should be held sacred. And that is not to be confined to a cause in which he is a party, but applies to a cause in which he has an interest. Since I have had the honour to be Chief Justice of the Court of Queen's Bench, we have again and again set aside proceedings in inferior tribunals because an individual, who had an interest in a cause, took a part in the decision. And it will have a most salutary influence on these tribunals when it is known that this high court of last resort, in a case in which the Lord Chancellor of England had an interest, considered that his decree was on that account a decree not according to law, and was set aside. This will be a lesson to all inferior tribunals to take care not only that in their decrees they are not influenced by their personal interest, but to avoid the appearance of labouring under such an influence."

5. The rule has been expressed in slightly different terms in different cases. In *Reg. v. Rand* (1866) L.R. 1 Q.B. 230 Blackburn J. said, at p. 232: "There is no doubt that any direct pecuniary interest, however small, in the subject of inquiry, does disqualify a person from acting as a judge in the matter . . ."

6. In *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41 Slade J., giving the judgment of the court, said, at p. 47: "It is, of course, clear that any direct pecuniary or proprietary interest in the subject matter of a proceeding, however small, operates as an automatic disqualification."

7. The basic rule is not in doubt. Nor is the rationale of the rule: that if a judge has a personal interest in the outcome of an issue which he is to resolve, he is improperly acting as a judge in his own cause; and that such a proceeding would, without more, undermine public confidence in the integrity of the administration of justice: see the *Dimes* case, 3 H.L.Cas. 759, in the passage quoted, at pp. 793–794, and *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646, 661, *per* Lord Goff of Chieveley.

A 8. In the context of automatic disqualification the question is not whether the judge has some link with a party involved in a cause before the judge but whether the outcome of that cause could, realistically, affect the judge's interest. In the *Dimes* case the outcome of the litigation certainly could have had such an effect on the Lord Chancellor's personal position. In *Clenae Pty. Ltd. v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd.* [1999] V.S.C.A. 35 it was held that the outcome of the litigation could B not have had such an effect. That will often be the case where the judge holds a relatively small number of shares in a large company and the sums involved in the litigation are not such as could, realistically, affect the value of the judge's shares or the dividend he could expect to receive. The correct approach was in our judgment taken by the majority in the Victoria Court of Appeal in the case cited where, giving the main C judgment after reviewing English and Australian authority, Charles J.A. said, at paragraph 59 of the judgment:

> "If there is a separate rule for automatic disqualification for financial interest, unrelated to a reasonable apprehension of bias, in my view the irrebuttable presumption of bias only arises (subject to questions of waiver or necessity) where the judicial officer has a direct D pecuniary interest in the outcome of the proceeding."

9. Winneke P. agreed, at paragraph 3 of the judgment:

> ". . . I agree with Charles J.A. that authority which binds this court does not compel us to conclude that it is the mere shareholding by a judicial officer ('judge') in a party which, alone, constitutes the 'disqualifying pecuniary interest,' but rather it is the potential interest, E created by that shareholding, in the subject matter or outcome of the litigation which is the disqualifying factor."

10. While the older cases speak of disqualification if the judge has an interest in the outcome of the proceedings "however small," there has in more recent authorities been acceptance of a de minimis exception: *B.T.R. Industries South Africa (Pty.) Ltd. v. Metal and Allied Workers'* F *Union*, 1992 (3) S.A. 673, 694; *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex parte Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139, 162; *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142, 148. This seems to us a proper exception provided the potential effect of any decision on the judge's personal interest is so small as to be incapable of affecting his decision one way or the other; but it is important, bearing in mind the rationale of the rule, that any doubt should be resolved in favour of disqualification. In G any case where the judge's interest is said to derive from the interest of a spouse, partner or other family member the link must be so close and direct as to render the interest of that other person, for all practical purposes, indistinguishable from an interest of the judge himself.

11. Until recently the automatic disqualification rule had been widely (if wrongly) thought to apply only in cases where the judge had a H pecuniary or proprietary interest in the outcome of the litigation. That is what the *Dimes* case, 3 H.L.Cas. 759 concerned, although the statement of principle quoted above is not in terms so limited. In *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*

[2000] 1 A.C. 119, the House of Lords made plain that the rule extended to a limited class of non-financial interests. Lord Browne-Wilkinson said, at p. 135:

> "My Lords, in my judgment, although the cases have all dealt with automatic disqualification on the grounds of pecuniary interest, there is no good reason in principle for so limiting automatic disqualification. The rationale of the whole rule is that a man cannot be a judge in his own cause. In civil litigation the matters in issue will normally have an economic impact; therefore a judge is automatically disqualified if he stands to make a financial gain as a consequence of his own decision of the case. But if, as in the present case, the matter at issue does not relate to money or economic advantage but is concerned with the promotion of the cause, the rationale disqualifying a judge applies just as much if the judge's decision will lead to the promotion of a cause in which the judge is involved together with one of the parties."

Lord Browne-Wilkinson added, at p. 136:

> "It is important not to overstate what is being decided. It was suggested in argument that a decision setting aside the order of 25 November 1998 would lead to a position where judges would be unable to sit on cases involving charities in whose work they are involved. It is suggested that, because of such involvement, a judge would be disqualified. That is not correct. The facts of this present case are exceptional. The critical elements are (1) that A.I. was a party to the appeal; (2) that A.I. was joined in order to argue for a particular result; (3) the judge was a director of a charity closely allied to A.I. and sharing, in this respect, A.I.'s objects. Only in cases where a judge is taking an active role as trustee or director of a charity which is closely allied to and acting with a party to the litigation should a judge normally be concerned either to recuse himself or disclose the position to the parties. However, there may well be other exceptional cases in which the judge would be well advised to disclose a possible interest."

12. The other members of the House agreed that the rule should be extended to the extent indicated, and Lord Hutton observed, at p. 145, that

> "there could be cases where the interest of the judge in the subject matter of the proceedings arising from his strong commitment to some cause or belief or his association with a person or body involved in the proceedings could shake public confidence in the administration of justice as much as a shareholding (which might be small) in a public company involved in the litigation."

13. In *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646 Lord Woolf suggested, at p. 673, that the courts should hesitate long before creating any other special category of automatic disqualification: "since this will immediately create uncertainty as to what are the parameters of that category and what is the test to be applied in the case of that category."

14. With that expression of view Lord Goff, it would seem, agreed, at p. 664, and it has earned support in the High Court of Australia: see *Webb v. The Queen* (1994) 181 C.L.R. 41, 75, *per* Deane J. In *Ex parte Pinochet (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119, 139, Lord Goff did not envisage any wider extension. Since any extension of the automatic disqualification rule would also, inevitably, limit the power of the judge and any reviewing court to take account of the facts and circumstances of a particular case, and would have the potential to cause delay and greatly increased cost in the final disposal of the proceedings, we would regard as undesirable any application of the present rule on automatic disqualification beyond the bounds set by existing authority, unless such extension were plainly required to give effect to the important underlying principles upon which the rule is based.

15. Although disqualification under the rule in the *Dimes* case, 3 H.L.Cas. 759 and *Ex parte Pinochet (No. 2)* is properly described as automatic, a party with an irresistible right to object to a judge hearing or continuing to hear a case may, as in other cases to which we refer below, waive his right to object. It is however clear that any waiver must be clear and unequivocal, and made with full knowledge of all the facts relevant to the decision whether to waive or not.

16. In practice, the most effective guarantee of the fundamental right recognised at the outset of this judgment is afforded not (for reasons already given) by the rules which provide for disqualification on grounds of actual bias, nor by those which provide for automatic disqualification, because automatic disqualification on grounds of personal interest is extremely rare and judges routinely take care to disqualify themselves, in advance of any hearing, in any case where a personal interest could be thought to arise. The most effective protection of the right is in practice afforded by a rule which provides for the disqualification of a judge, and the setting aside of a decision, if on examination of all the relevant circumstances the court concludes that there was a real danger (or possibility) of bias. Until 1993 there had been some divergence in the English authorities. Some had expressed the test in terms of a reasonable suspicion or apprehension of bias: see, for example, *Law v. Chartered Institute of Patent Agents* [1919] 2 Ch. 276, 290; *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, 259; *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577, 599, 602, 606; *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119, 123; *Reg. v. Mulvihill* [1990] 1 W.L.R. 438, 444. This test had found favour in Scotland (*Bradford v. McLeod*, 1986 S.L.T. 244), Australia (*Reg. v. Watson, Ex parte Armstrong* (1976) 136 C.L.R. 248) and South Africa (the *B.T.R. Industries* case, 1992 (3) S.A. 673). Other cases had expressed the test in terms of a real danger or likelihood of bias: *Reg. v. Rand* (1866) L.R. 1 Q.B. 230, 233; *Rex v. Sunderland Justices* [1901] 2 K.B. 357, 371; *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41, 51; *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association* [1960] 2 Q.B. 167, 186; *Reg. v. Spencer* [1987] A.C. 128. Whatever the merits of these competing tests, the law was settled in England and Wales by the House of Lords' decision in *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646. The gist

of that decision is to be found in two brief extracts from the leading speech of Lord Goff. The first is, at p. 668:

> "In my opinion, if, in the circumstances of the case (as ascertained by the court), it appears that there was a real likelihood, in the sense of a real possibility, of bias on the part of a justice or other member of an inferior tribunal, justice requires that the decision should not be allowed to stand. I am by no means persuaded that, in its original form, the real likelihood test required that any more rigorous criterion should be applied. Furthermore the test as so stated gives sufficient effect, in cases of apparent bias, to the principle that justice must manifestly be seen to be done, and it is unnecessary, in my opinion, to have recourse to a test based on mere suspicion, or even reasonable suspicion, for that purpose."

The second passage is, at p. 670:

> "In conclusion, I wish to express my understanding of the law as follows. I think it possible, and desirable, that the same test should be applicable in all cases of apparent bias, whether concerned with justices or members of other inferior tribunals, or with jurors, or with arbitrators. Likewise I consider that, in cases concerned with jurors, the same test should be applied by a judge to whose attention the possibility of bias on the part of a juror has been drawn in the course of a trial, and by the Court of Appeal when it considers such a question on appeal. Furthermore, I think it unnecessary, in formulating the appropriate test, to require that the court should look at the matter through the eyes of a reasonable man, because the court in cases such as these personifies the reasonable man; and in any event the court has first to ascertain the relevant circumstances from the available evidence, knowledge of which would not necessarily be available to an observer in court at the relevant time. Finally, for the avoidance of doubt, I prefer to state the test in terms of real danger rather than real likelihood, to ensure that the court is thinking in terms of possibility rather than probability of bias. Accordingly, having ascertained the relevant circumstances, the court should ask itself whether, having regard to those circumstances, there was a real danger of bias on the part of the relevant member of the tribunal in question, in the sense that he might unfairly regard (or have unfairly regarded) with favour, or disfavour, the case of a party to the issue under consideration by him . . ."

17. This rule has been applied in a number of English cases and Privy Council appeals. It has not commanded universal approval elsewhere; Scotland (*Doherty v. McGlennan*, 1997 S.L.T. 444), Australia (*Webb v. The Queen,* 181 C.L.R. 41) and South Africa (*Moch v. Nedtravel (Pty.) Ltd.*, 1996 (3) S.A. 1) have adhered to the reasonable suspicion or reasonable apprehension test, which may be more closely in harmony with the jurisprudence of the European Court of Human Rights: see, for example, *Piersack v. Belgium* (1982) 5 E.H.R.R. 169; *De Cubber v. Belgium* (1984) 7 E.H.R.R. 236; *Hauschildt v. Denmark* (1989) 12 E.H.R.R. 266; *Langborger v. Sweden* (1989) 12 E.H.R.R. 416. We need not debate

whether the substance of the two tests is different, as suggested in *Webb v. The Queen*, 181 C.L.R. 41. Nor need we consider whether application of the two tests would necessarily lead to the same outcome in all cases. For whatever the merit of the reasonable suspicion or apprehension test, the test of real danger or possibility has been laid down by the House of Lords and is binding on every subordinate court in England and Wales. This test appears to be reflected in section 24 of the Arbitration Act 1996: see *Laker Airways Inc. v. F.L.S. Aerospace Ltd.* [1999] 2 Lloyd's Rep. 45. In the overwhelming majority of cases we judge that application of the two tests would anyway lead to the same outcome. Provided that the court, personifying the reasonable man, takes an approach which is based on broad common sense, without inappropriate reliance on special knowledge, the minutiae of court procedure or other matters outside the ken of the ordinary, reasonably well informed member of the public, there should be no risk that the courts will not ensure both that justice is done and that it is perceived by the public to be done.

18. When applying the test of real danger or possibility (as opposed to the test of automatic disqualification under the *Dimes* case, 3 H.L.Cas. 759 and *Ex parte Pinochet (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119) it will very often be appropriate to inquire whether the judge knew of the matter relied on as appearing to undermine his impartiality, because if it is shown that he did not know of it the danger of its having influenced his judgment is eliminated and the appearance of possible bias is dispelled. As the Court of Appeal of New Zealand observed in *Auckland Casino Ltd. v. Casino Control Authority* [1995] 1 N.Z.L.R. 142, 148, if the judge were ignorant of the allegedly disqualifying interest: "there would be no real danger of bias, as no one could suppose that the judge could be unconsciously affected by that of which he knew nothing . . ."

19. It is noteworthy that in *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646 evidence was received from the juror whose impartiality was in issue (see pp. 651G and 658D), and reliance was placed on that evidence (see p. 652F); both in the Court of Appeal and the House of Lords it was accepted that if the correct test was the real danger or possibility test the appeal could not succeed, since the allegedly disqualifying association had admittedly not been known to the juror at the time when the verdict had been returned, and therefore there was no possibility that it could have affected her decision: see pp. 652D, 660G and 670G. While a reviewing court may receive a written statement from any judge, lay justice or juror specifying what he or she knew at any relevant time, the court is not necessarily bound to accept such statement at its face value. Much will depend on the nature of the fact of which ignorance is asserted, the source of the statement, the effect of any corroborative or contradictory statement, the inherent probabilities and all the circumstances of the case in question. Often the court will have no hesitation in accepting the reliability of such a statement; occasionally, if rarely, it may doubt the reliability of the statement; sometimes, although inclined to accept the statement, it may recognise the possibility of doubt and the likelihood of public scepticism. All will turn on the facts of the particular case. There can, however, be no question of cross-examining or seeking disclosure from the judge. Nor will the reviewing court pay attention to any statement by the judge concerning the impact of any

knowledge on his mind or his decision: the insidious nature of bias makes such a statement of little value, and it is for the reviewing court and not the judge whose impartiality is challenged to assess the risk that some illegitimate extraneous consideration may have influenced the decision.

20. When members of the Bar are appointed to sit judicially, whether full-time or part-time, they may ordinarily be expected to know of any past or continuing professional or personal association which might impair or be thought to impair their judicial impartiality. They will know of their own affairs, and the independent, self-employed status of barristers practising in chambers will relieve them of any responsibility for, and (usually) any detailed knowledge of, the affairs of other members of the same chambers. The position of solicitors is somewhat different, for a solicitor who is a partner in a firm of solicitors is legally responsible for the professional acts of his partners and does as a partner owe a duty to clients of the firm for whom he or she personally may never have acted and of whose affairs he or she personally may know nothing. While it is vital to safeguard the integrity of court proceedings, it is also important to ensure that the rules are not applied in such a way as to inhibit the increasingly valuable contribution which solicitors are making to the discharge of judicial functions. Problems are, we apprehend, very much more likely to arise when a solicitor is sitting in a part-time capacity, and in civil rather than criminal proceedings. But we think that problems can usually be overcome if, before embarking on the trial of any assigned civil case, the solicitor (whether sitting as deputy district judge, assistant recorder, recorder or section 9 judge) conducts a careful conflict search within the firm of which he is a partner. Such a search, however carefully conducted and however sophisticated the firm's internal systems, is unlikely to be omission-proof. While parties for and against whom the firm has acted, and parties closely associated, would (we hope) be identified, the possibility must exist that individuals involved in such parties, and parties more remotely associated, may not be identified. When in the course of a trial properly embarked upon some such association comes to light (as could equally happen with a barrister-judge), the association should be disclosed and addressed, bearing in mind the test laid down in *Reg. v. Gough*. The proper resolution of any such problem will, again, depend on the facts of the case.

21. In any case giving rise to automatic disqualification on the authority of the *Dimes* case, 3 H.L.Cas. 759 and *Ex parte Pinochet (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119, the judge should recuse himself from the case before any objection is raised. The same course should be followed if, for solid reasons, the judge feels personally embarrassed in hearing the case. In either event it is highly desirable, if extra cost, delay and inconvenience are to be avoided, that the judge should stand down at the earliest possible stage, not waiting until the eve or the day of the hearing. Parties should not be confronted with a last-minute choice between adjournment and waiver of an otherwise valid objection. If, in any case not giving rise to automatic disqualification and not causing personal embarrassment to the judge, he or she is or becomes aware of any matter which could arguably be said to give rise to a real danger of bias, it is generally desirable that disclosure should be made to the parties in advance of the hearing. If

A objection is then made, it will be the duty of the judge to consider the objection and exercise his judgment upon it. He would be as wrong to yield to a tenuous or frivolous objection as he would to ignore an objection of substance. We find force in observations of the Constitutional Court of South Africa in *President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Football Union*, 1999 (4) S.A. 147, 177, even though these observations were directed to the reasonable suspicion test:

B

> "It follows from the foregoing that the correct approach to this application for the recusal of members of this court is objective and the onus of establishing it rests upon the applicant. The question is whether a reasonable, objective and informed person would on the correct facts reasonably apprehend that the judge has not or will not bring an impartial mind to bear on the adjudication of the case, that
> C is a mind open to persuasion by the evidence and the submissions of counsel. The reasonableness of the apprehension must be assessed in the light of the oath of office taken by the judges to administer justice without fear or favour; and their ability to carry out that oath by reason of their training and experience. It must be assumed that they can disabuse their minds of any irrelevant personal beliefs or
> D predispositions. They must take into account the fact that they have a duty to sit in any case in which they are not obliged to recuse themselves. At the same time, it must never be forgotten that an impartial judge is a fundamental prerequisite for a fair trial and a judicial officer should not hesitate to recuse herself or himself if there are reasonable grounds on the part of a litigant for apprehending that
> E the judicial officer, for whatever reasons, was not or will not be impartial."

22. We also find great persuasive force in three extracts from Australian authority. Mason J., sitting in the High Court of Australia, said in *In re J.R.L., Ex parte C.J.L.* (1986) 161 C.L.R. 342, 352:

> "Although it is important that justice must be seen to be done, it
> F is equally important that judicial officers discharge their duty to sit and do not, by acceding too readily to suggestions of appearance of bias, encourage parties to believe that by seeking the disqualification of a judge, they will have their case tried by someone thought to be more likely to decide the case in their favour."

23. In *In re Ebner* (1999) 161 A.L.R. 557, 568, para. 37, the Federal
G Court asked:

> "Why is it to be assumed that the confidence of fair-minded people in the administration of justice would be shaken by the existence of a direct pecuniary interest of no tangible value, but not by the waste of resources and the delays brought about by setting aside a judgment on the ground that the judge is disqualified for
> H having such an interest?"

24. In the *Clenae* case [1999] V.S.C.A. 35 Callaway J.A. observed, at paragraph 89(e):

"As a general rule, it is the duty of a judicial officer to hear and determine the cases allocated to him or her by his or her head of jurisdiction. Subject to certain limited exceptions, a judge or magistrate should not accede to an unfounded disqualification application."

25. It would be dangerous and futile to attempt to define or list the factors which may or may not give rise to a real danger of bias. Everything will depend on the facts, which may include the nature of the issue to be decided. We cannot, however, conceive of circumstances in which an objection could be soundly based on the religion, ethnic or national origin, gender, age, class, means or sexual orientation of the judge. Nor, at any rate ordinarily, could an objection be soundly based on the judge's social or educational or service or employment background or history, nor that of any member of the judge's family; or previous political associations; or membership of social or sporting or charitable bodies; or Masonic associations; or previous judicial decisions; or extra-curricular utterances (whether in textbooks, lectures, speeches, articles, interviews, reports or responses to consultation papers); or previous receipt of instructions to act for or against any party, solicitor or advocate engaged in a case before him; or membership of the same Inn, circuit, local Law Society or chambers (see *K.F.T.C.I.C. v. Icori Estero S.p.A.* (Court of Appeal of Paris, 28 June 1991, International Arbitration Report, vol. 6, 8/91)). By contrast, a real danger of bias might well be thought to arise if there were personal friendship or animosity between the judge and any member of the public involved in the case; or if the judge were closely acquainted with any member of the public involved in the case, particularly if the credibility of that individual could be significant in the decision of the case; or if, in a case where the credibility of any individual were an issue to be decided by the judge, he had in a previous case rejected the evidence of that person in such outspoken terms as to throw doubt on his ability to approach such person's evidence with an open mind on any later occasion; or if on any question at issue in the proceedings before him the judge had expressed views, particularly in the course of the hearing, in such extreme and unbalanced terms as to throw doubt on his ability to try the issue with an objective judicial mind (see *Vakauta v. Kelly* (1989) 167 C.L.R. 568); or if, for any other reason, there were real ground for doubting the ability of the judge to ignore extraneous considerations, prejudices and predilections and bring an objective judgment to bear on the issues before him. The mere fact that a judge, earlier in the same case or in a previous case, had commented adversely on a party or witness, or found the evidence of a party or witness to be unreliable, would not without more found a sustainable objection. In most cases, we think, the answer, one way or the other, will be obvious. But if in any case there is real ground for doubt, that doubt should be resolved in favour of recusal. We repeat: every application must be decided on the facts and circumstances of the individual case. The greater the passage of time between the event relied on as showing a danger of bias and the case in which the objection is raised, the weaker (other things being equal) the objection will be.

26. We do not consider that waiver, in this context, raises special problems: see *Shrager v. Basil Dighton Ltd.* [1924] 1 K.B. 274, 293; *Rex v. Essex Justices, Ex parte Perkins* [1927] 2 K.B. 475, 489; *Ex parte Pinochet (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119, 136–137; the *Auckland Casino* case [1995] 1 N.Z.L.R. 142, 150, 151; *Vakauta v. Kelly*, 167 C.L.R. 568, 572, 577. If, appropriate disclosure having been made by the judge, a party raises no objection to the judge hearing or continuing to hear a case, that party cannot thereafter complain of the matter disclosed as giving rise to a real danger of bias. It would be unjust to the other party and undermine both the reality and the appearance of justice to allow him to do so. What disclosure is appropriate depends in large measure on the stage that the matter has reached. If, before a hearing has begun, the judge is alerted to some matter which might, depending on the full facts, throw doubt on his fitness to sit, the judge should in our view inquire into the full facts, so far as they are ascertainable, in order to make disclosure in the light of them. But, if a judge has embarked on a hearing in ignorance of a matter which emerges during the hearing, it is in our view enough if the judge discloses what he then knows. He has no obligation to disclose what he does not know. Nor is he bound to fill any gaps in his knowledge which, if filled, might provide stronger grounds for objection to his hearing or continuing to hear the case. If, of course, he does make further inquiry and learn additional facts not known to him before, then he must make disclosure of those facts also. It is, however, generally undesirable that hearings should be aborted unless the reality or the appearance of justice requires that they should.

LOCABAIL (U.K.) LTD. v. BAYFIELD PROPERTIES LTD AND ANOTHER.
LOCABAIL (U.K.) LTD. AND ANOTHER v. WALDORF INVESTMENT CORPORATION AND OTHERS

The background

27. Mr. Lawrence Collins is a solicitor and a senior partner in Herbert Smith. Since 1995 he has been head of Herbert Smith's litigation and arbitration department. Herbert Smith is a firm of some 145 partners. Mr. Collins became Queen's Counsel in 1997 and in the same year was appointed by the Lord Chancellor under section 9(4) of the Supreme Court Act 1981 to sit as a deputy High Court judge in the Chancery Division. He has sat on a number of occasions in that capacity.

28. In October and November 1998 Mr. Collins, sitting as a deputy High Court judge, heard two cases in each of which the plaintiff was Locabail (U.K.) Ltd. and in each of which Locabail was attempting to enforce charges securing repayment of advances made to Mr. Emmanuel, Mrs. Emmanuel's husband, or to companies controlled by him. In one case, the security consisted of Hans House in Knightsbridge. Hans House was owned by Waldorf Investment Corporation ("Waldorf"), a Liberian company controlled by Mr. Emmanuel. In the other case the security consisted of Hawks Hill, a country estate in Chobham, Surrey. Hawks Hill had been owned by Aurora Enterprises S.A., a Panamanian company also controlled by Mr. Emmanuel, but in 1995, by agreement between Locabail and Mr. Emmanuel (or his companies), was transferred to Bayfield

Properties Ltd. ("Bayfield"), an Isle of Man company controlled by Mr. Emmanuel. Locabail's charge over Hawks Hill was replaced by a charge in favour of Allied Trust Bank to secure funds advanced by Allied Trust Bank to Bayfield for the purchase of Hawks Hill from Aurora.

29. Allied Trust Bank commenced mortgage proceedings for possession of Hawks Hill and obtained a possession order on 18 June 1996. A few days later Locabail took an assignment of the Allied Trust Bank charge and was substituted as plaintiff.

30. Mrs. Emmanuel claimed to be the beneficial owner of Hawks Hill. Her claim was based on representations alleged to have been made to her by Mr. Emmanuel prior to their marriage and on the expenditure by her of money in reliance on the representations. In January 1997 she became a defendant in the Bayfield action and applied to have the possession order set aside.

31. Hans House had been the matrimonial home of Mr. and Mrs. Emmanuel. It had been charged to Locabail. In April 1998 Locabail commenced mortgage proceedings for possession of Hans House. The defendants were Waldorf and Mr. and Mrs. Emmanuel. Summary judgment under R.S.C., Ord. 14 was obtained by Locabail in August 1998. Waldorf and Mr. Emmanuel consented to the order. Mrs. Emmanuel did not. She contended that Mr. Emmanuel had assured her that she had a one half share in Hans House, that in reliance on that assurance she had expended money on the property and that in consequence she had an equitable interest binding on Locabail. She had, however, signed a letter of consent to the charge and Locabail had been provided with a certificate from her solicitor stating that he had advised her separately and that she appeared to have given her consent voluntarily. So summary judgment for possession was given. After the order had been made Mrs. Emmanuel changed her solicitors, gave notice of appeal and filed evidence in support of a contention that her consent had been given as a result of undue influence.

32. The trial of the Hawks Hill action, in which Mrs. Emmanuel was applying for the order for possession of Hawks Hill to be set aside, began on 19 October 1998. The trial lasted 16 days. The deputy judge reserved his judgment. Later, in November 1998, he heard Mrs. Emmanuel's appeal against the Order 14 judgment in the Hans House action. He reserved his judgment. Both judgments were given together on 9 March 1999. They were adverse to Mrs. Emmanuel. The deputy judge did not accept, either in relation to Hawks Hill or in relation to Hans House, that Mrs. Emmanuel was entitled to the equitable interests she had claimed. It is not necessary for the purposes of this judgment to describe why it was that he came to those conclusions.

33. On 29 March 1999, before the orders made on 9 March had been drawn up, Mrs. Emmanuel made an application to the deputy judge asking him to disqualify himself from further dealing with the two cases and to direct a rehearing before another judge. Mrs. Emmanuel's application was based upon the fact that Herbert Smith had been, and probably still was, acting for a Russian company, Sudoexport, which had claims against Mr. Emmanuel and against a company, Howard Holdings Inc., controlled by Mr. Emmanuel. Sudoexport had obtained a bankruptcy

order against Mr. Emmanuel and a winding up order against Howard Holdings Inc. Herbert Smith were acting for the liquidator of Howard Holdings Inc., as well as for Sudoexport. It seems that the company had substantial claims against Mr. Emmanuel. For reasons which we will expand upon later, Mrs. Emmanuel contended that the deputy judge, being a partner in Herbert Smith, was not a proper person to have been the judge in the cases in which Locabail was seeking to enforce the securities obtained from Mr. Emmanuel's companies. It was said that a reasonable person, knowing the circumstances, might reasonably feel doubts as to the ability of the deputy judge to be impartial and unbiased. The deputy judge gave judgment on the same day, 29 March, dismissing the application.

34. Mrs. Emmanuel has applied for permission to appeal against the judgments given on 9 March and also against the deputy judge's dismissal of her application on 29 March. She has filed, with her application for permission to appeal, a draft notice of appeal setting out the proposed grounds of appeal and a supplemental document giving details of the respects in which it is contended that the deputy judge's findings of fact and handling of evidence were unsatisfactory. The hearing before us, however, has been confined to a consideration of Mrs. Emmanuel's bias point. If she succeeds on that point, she is entitled to a new hearing before another judge of the Hawks Hill application and the Hans House appeal. If she fails on that point she is still able to prosecute her application for permission to appeal on the other grounds set out in her draft notice of appeal.

35. Mrs. Emmanuel's bias case is based on the solicitor/client relationship between Herbert Smith and Sudoexport and between Herbert Smith and the liquidator of Howard Holdings Inc. These matters came to light in the course of the hearing of the Hawks Hill case. The manner in which that happened appears from the deputy judge's 29 March judgment:

> "It is not suggested that I knew of these matters prior to the commencement of the trial. On Day 7 of the trial in the Hawks Hill action"—Tuesday, 27 October 1998—"Mrs. Emmanuel produced further discovery of the file in the possession of the solicitors who had acted for her in her divorce proceedings against Mr. Emmanuel. Since her advisers in the Hawks Hill action had not previously seen the file, and since it inevitably contained privileged material, I did not sit for a substantial part of that day so that the matrimonial file could be examined by Mrs. Emmanuel's advisers and privileged material removed. The advisers to [Locabail] and I were provided with the remainder of the file towards the end of that day. The first document in the file was a fax sent in June 1996 from Mr. Peter Taroulareas, the first husband of Mrs. Emmanuel, to her solicitors, attaching a press cutting from August 1995 about a bankruptcy order obtained against Mr. Emmanuel by Sudoexport."

The press cutting to which the deputy judge referred said, under the headline "Greek shipowner in bankruptcy puzzle," that: "Herbert Smith—

the top British solicitors working for Russian trading group Sudoexport—confirmed . . . that it had won a bankruptcy order against Emmanuel."

37. The article referred to Mr. Emmanuel's purchase from Sudoexport of a ship for U.S.$20m. and went on "The shipowning company was alleged to have collapsed owing the Russians U.S.$10m. . . . Sudoexport applied for the company to be wound up in London. The petition was opposed but Emmanuel was asked to pay Sudoexport's legal costs of £20,000. Emmanuel is alleged to have not done so and Herbert Smith, acting for the Russians, started proceedings for personal bankruptcy."

38. The shipowning company referred to in the article was Howard Holdings Inc., but it may be Mrs. Emmanuel did not know that until the deputy judge gave his 29 March judgment.

39. The deputy judge, having come across the press cutting during the course of his perusal of the matrimonial file in the evening of 27 October 1998, made an immediate disclosure on the morning of 28 October. We have been supplied with a transcript of what he said:

> "*Judge*: Mr. Mann and Miss Williamson, I had a quick flick through Bundle T last night and I discovered on the second page for the first time that the firm of which I am a partner seems to have had something to do with attempting to get a bankruptcy order against Mr. Emmanuel. It is the first time I have heard of it, and I had nothing whatever to do with it."

40. Neither Mr. Mann for Locabail nor Miss Williamson for Mrs. Emmanuel made any response to the disclosure made by the deputy judge. Neither asked for time to consider the position more fully. Neither asked for any additional information about the matters the deputy judge had referred to. Each side, of course, had its own copy of the press cutting in Bundle T. Both sides were content for the hearing to continue. It did continue for a further eight days after which, as we have said, judgment was reserved and eventually given on 9 March 1999.

The issues

41. The arguments put forward in support of the contention that the deputy judge should have acceded to the 29 March application were essentially the same below as those advanced before us. Three points are made by Miss Williamson.

42. She submits that there was a conflict of interest between Mrs. Emmanuel and Herbert Smith's clients, Sudoexport and/or the liquidator of Howard Holdings Inc. The conflict of interest is constructed as follows: Sudoexport has money claims against Mr. Emmanuel. So does Howard Holdings Inc. in liquidation. Locabail is one of Mr. Emmanuel's creditors. If Mrs. Emmanuel's claims to equitable interests in the two properties were to succeed, there would be a reduction in the value to Locabail of its security and an increase in the unsecured debt owing by Mr. Emmanuel to Locabail. This would be detrimental to the ability of Sudoexport and the liquidator of Howard Holdings Inc. to obtain payment of the sums owing to them by Mr. Emmanuel. The deputy judge explained the point in his judgment: "if [Mrs. Emmanuel] failed, [Locabail]

would be removed as a creditor in competition with Sudoexport". There is, therefore, Miss Williamson submitted, a conflict of interest between Mrs. Emmanuel and Herbert Smith's clients.

43. Miss Williamson's second point was that the conflict of interest between Mrs. Emmanuel and Herbert Smith's clients would have disqualified Herbert Smith from acting as Mrs. Emmanuel's solicitor. She relied on para. 15.01 of the Guide to the Professional Conduct of Solicitors, 7th ed. (1996), published by the Law Society:

> "A solicitor or firm of solicitors should not accept instructions to act for two or more clients where there is a conflict or a significant risk of a conflict between the interests of those clients . . ."

44. Miss Williamson's submission was that if a conflict of interest prevented a solicitor from accepting instructions to act for someone, the conflict would be sufficient to disqualify the solicitor from sitting as a judge on a case in which that person was a party.

45. Miss Williamson's third point was based on the likelihood that, in the proceedings in which Herbert Smith had acted for Sudoexport and for Howard Holdings Inc. (in liquidation) against Mr. Emmanuel, allegations of a discreditable nature had been made against Mr. Emmanuel. This, submitted Miss Williamson, gives rise to a risk that Mrs. Emmanuel, and her witnesses in the Locabail litigation who were associates of Mr. Emmanuel, may in the eyes of the deputy judge have become tarnished by their association with Mr. Emmanuel.

46. These were the three main points relied on by Miss Williamson in support of her submission that there was a real danger that the deputy judge might, in hearing the Hawks Hill application and the Hans House appeal, have been biased against Mrs. Emmanuel.

47. There was an additional issue. When, on Day 8 of the hearing, the deputy judge made the disclosure recorded in the transcript, Mrs. Emmanuel could then have made an objection to the deputy judge continuing to hear the case. Or she could have asked for time to consider the position. She did neither, but allowed the hearing to continue to a conclusion. She could, after the Hawks Hill hearing had come to an end, have objected to the deputy judge hearing the Hans House appeal. She did not do so, and, without objection, he heard the appeal. Thereafter, during the three and half month delay before the reserved judgment was delivered, no bias objection was made. An inference that might be drawn is that Mrs. Emmanuel wanted to await the result of the two hearings, and only made her bias objection when she knew she had lost. So the question arises whether she must be taken to have waived any bias objection.

48. As to this, Mrs. Williamson's response was to submit, first, that the disclosure made by the deputy judge was not complete disclosure, second, that a waiver could only be effective when made by a person with full knowledge of the relevant facts and, third, that in view of Mrs. Emmanuel's incomplete knowledge of the circumstances of Herbert Smith's involvement in the litigation against her husband, she was never put to her election as to what she should do and waiver could not be raised against her.

49. The "waiver" issue is one which, logically, falls to be considered after the bias issues have been considered.

The bias issues

50. This is not a case in which actual bias on the part of the deputy judge is alleged. Is it a case in which the judge has a sufficient pecuniary or proprietary interest in the outcome of the trial so as to attract the automatic disqualification principle expressed in the *Dimes* case, 3 H.L.Cas. 759? If it is, then the deputy judge is automatically disqualified. If it is not, then it is a case to which the principles expressed in *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646 must be applied. It was suggested by Miss Williamson that this was a case to which the *Dimes* case applied. Her argument went like this. The deputy judge is a partner in Herbert Smith. Herbert Smith was acting for Sudoexport and Howard Holdings Inc. in litigation against Mr. Emmanuel. Success in achieving the maximum possible recovery from Mr. Emmanuel would enhance the goodwill of Herbert Smith and thereby tend to increase its profits. The deputy judge would share in the firm's profits. Miss Williamson suggested, also, the possibility that Herbert Smith might be acting under a conditional fee agreement with fees dependent on the level of recoveries extracted from Mr. Emmanuel. But in order to attract the *Dimes* consequence of automatic disqualification something more must, in our judgment, be present than the tenuous connection between the firm's success in an individual case on the one hand and the firm's goodwill and the level of profits on the other. And if the pecuniary or proprietary interest has to depend upon the existence of a conditional fee agreement of the unusual character suggested by Miss Williamson, there must be at least some evidence to suggest the existence of such an agreement. Here there is none. Miss Williamson's suggestion is wholly speculative and hypothetical. In our judgment this is not a case to which the *Dimes* principle of automatic disqualification applies. The *Gough* test must be applied and the court must ask itself whether "in the circumstances of the case . . . it appears that there was a real likelihood, in the sense of a real possibility, of bias" on the part of the deputy judge: see [1993] A.C. 646, 668, *per* Lord Goff.

51. In answering this question, the court must take into account the actual facts as disclosed by the evidence and, in particular, what it was that the judge knew at the time the case was being heard. In *Reg. v. Gough* evidence was received from a juror as to whether she recognised the name "Gough" as being the name of the neighbour whom she knew as "Steve." She said she did not. She said she had had no idea that her next door neighbour, "Steve", was the brother of the accused. This absence of knowledge of the connection between "Steve" and the accused formed part of the basis on which the House of Lords (and the Court of Appeal) assessed whether there was any real danger of bias.

52. In the present case, the deputy judge told the parties, when he made the disclosure on 28 October 1998, that he knew no more of the litigation in which Herbert Smith were acting than was disclosed by the article. No one then or since has suggested that that was not true. In his 29 March 1999 judgment the deputy judge referred to remarks made by

Lord Denning M.R. in *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577, to the effect that a barrister or solicitor should not sit as a judge on a case to which one of his clients was a party, nor on a case where he was already acting against one of the parties, and continued:

> "It is for that reason that I, and no doubt others who sit in a part time capacity, take steps to discover whether that is so. I should add that in the Hawks Hill action Bayfield Properties Ltd. (by then controlled by the mortgagees of its shares) consented to the possession order and took no further part in the proceedings; and that in the Hans House action Waldorf Investment Corporation and Mr. Emmanuel were not parties to the appeal: they did not appear in the action, and consented in writing to the possession order."

53. It is clearly to be inferred from this passage that the deputy judge, before he heard the Hawks Hill application and the Hans House appeal, had a conflict search carried out within Herbert Smith in order to make sure that his firm was not acting for or against Locabail or for or against Mrs. Emmanuel. He did not, it must also be inferred, make a conflict search to ascertain whether or not his firm was acting for or against Mr. Emmanuel.

54. In his 29 March judgment the deputy judge identified an important question:

> "No doubt there may be cases in the future where, notwithstanding conflict searches, the fact that a large firm is acting for or against a party, or an entity connected with a party, will not be known to a deputy judge, and might not emerge until after judgment has been given. The question might then arise as to whether that would in itself require the judgment of a judge who did not know of the connection to be set aside."

55. This is a question that we have put to ourselves. In our view, once the hypothesis that the judge "did not know of the connection" is accepted, the answer, unless the case is one to which the *Dimes* case, 3 H.L.Cas. 759 applies, becomes obvious. How can there be any real danger of bias, or any real apprehension or likelihood of bias, if the judge does not know of the facts that, in argument, are relied on as giving rise to the conflict of interest? In pressing her case on this point Miss Williamson argued that it was incumbent upon the deputy judge, who had acquired from the press cutting limited knowledge of a connection between his firm and Mr. Emmanuel, to make inquiries in order to discover and then to disclose to the parties the full circumstances of the connection. Unless this were done, she submitted, the real danger of bias test would be satisfied. We do not accept this. Miss Williamson, in our view, is confusing the *Dimes* approach with the *Gough* approach. If the *Dimes* case applies, that is if the judge has a sufficiently significant pecuniary or proprietary interest in the outcome of the trial, the knowledge or absence of knowledge of the judge is, in principle, irrelevant. If a judge with limited knowledge of some indirect connection between himself and the case does not make any further inquiries, there may be some risk, an outside chance, that inquiries, if made, would reveal some disqualifying pecuniary or proprietary interest.

If there is in fact such an interest, the judge's lack of knowledge of it or forgetfulness about it will not enable the *Dimes* principle of automatic disqualification to be avoided. But if there is no such interest, and there is none in the present case, the *Reg. v. Gough* test must be applied and, for that purpose, all that is necessary is to ask whether, in the light of the judge's actual knowledge at the time of the hearing and of any other relevant facts established by the evidence, the real danger of bias test has been satisfied.

56. The matters relied on by Miss Williamson as demonstrating the requisite real danger must be considered cumulatively. There are three matters relied on. Each has been previously referred to in this judgment.

57. First, there is the point that Herbert Smith's clients, Sudoexport and Howard Holding Inc. in liquidation, had an interest in the failure of Mrs. Emmanuel's claims to beneficial interests in Hawks Hill and Hans House. The success of these claims would reduce the assets to which Locabail could look in order to obtain payment of its secured debts. The balance remaining owing to Locabail would increase the amount of the debts which would rank for dividend in Mr. Emmanuel's bankruptcy and reduce the amount of any dividend that creditors might receive. Hence the conflict. The point, when explained by Miss Williamson, was easy enough to follow. It was not one, however, which would immediately occur to even an informed reader of the press cutting disclosed on 28 October. It plainly did not occur to the deputy judge, nor did it occur to Mrs. Emmanuel or her lawyers. It did not occur to anyone at the time the disclosure was made that Sudoexport might have an interest in the failure of Mrs. Emmanuel's claims. All the facts on which the alleged conflict of interest depended were known at the time. The press cutting disclosed that Herbert Smith was acting for Sudoexport, that Sudoexport had many claims against Mr. Emmanuel and that Sudoexport had obtained a bankruptcy order against Mr. Emmanuel. Mr. Emmanuel's connection with Hawks Hill and Hans House was, of course, known to everyone. So was his potential indebtedness to Locabail. So was the fact that the deputy judge was a Herbert Smith partner. But the alleged conflict of interest occurred to no-one. Why should it have occurred to the reasonable onlooker?

58. Miss Williamson placed reliance on the Law Society's conflict rules. These, it was argued, would have disqualified the deputy judge—or Herbert Smith as a firm—from acting for Mrs. Emmanuel or for Locabail in the Hawks Hill or Hans House litigation. We think that is probably correct. We see the force of Miss Williamson's submission that, if a conflict prevents a solicitor from acting for a party to litigation, the conflict must surely also disqualify the solicitor from sitting as a deputy judge in that litigation. But the submission is, in our opinion, too inflexible. Everything depends on the circumstances. If a serious conflict of interest becomes apparent well before the hearing is due to commence, it seems plain to us that the judge should not sit on the case. This is so whether the judge is a full-time judge or a solicitor deputy or a barrister deputy. On the other hand, if a conflict does not become apparent until very shortly before the hearing or during the hearing, the position may be different. The course the judge, or deputy judge, should take will depend on all the circumstances.

Inflexible rules are best avoided. Plainly the judge should not sit, no matter what inconvenience to the parties may result, if he doubts his ability to be impartial. But, short of that, a number of variable factors will need to be taken into account. What is the nature of the conflict of interest? Are the parties willing for the judge to hear the case? Do they positively want him to hear the case rather than have to suffer an adjournment? Is another judge available to take on the case? If the case has already started, how long has it been going on and how much is left? What will be the expense consequences for the parties if the judge withdraws? How will it appear to the reasonable onlooker if the judge does not withdraw?

59. Of these questions perhaps only the first and the last are directly relevant to the *Gough* test. But it must be remembered that in the *Gough* case [1993] A.C. 646 the arguably damaging relationship between the juror and the accused's brother only came to light after the trial was over. In a case in which before or during the trial the facts relating to the alleged bias have been disclosed to the parties, it seems to us right that attention should be paid to the wishes of the parties. They are the principals. If they are content that the trial should proceed the judge should, in our view, except where he doubts his ability to be impartial, be very slow to abort the trial. If one party wants the trial to continue and the other wants it aborted, the judge must decide what to do, weighing all the factors and asking the questions to which we have referred. It follows that we do not accept that the discovery of a conflict of interest which, under the Law Society's conflict rules, would disqualify a solicitor from acting for one or other of the parties to a case necessarily bars the solicitor from hearing the case as a deputy judge or requires a hearing already started to be aborted or a judgment given on the case to be set aside. Everything depends on the circumstances of the particular case.

60. The second point relied on by Miss Williamson is based upon the deputy judge's interest in fees earned by Herbert Smith. The point has already been discussed in this judgment. It is as tenuous and insubstantial for the purposes of the *Gough* test as it is for the purpose of establishing that the deputy judge had a sufficient pecuniary or proprietary interest in the outcome of the litigation to attract automatic disqualification.

61. Miss Williamson's third point was based upon the belief that, in the Sudoexport litigation against Mr. Emmanuel and the litigation against him brought by the Howard Holdings Inc. liquidator, discreditable allegations about him were likely to have been made, and upon a consequent fear that these allegations might tarnish Mrs. Emmanuel and her witnesses in the eyes of the deputy judge. This point has, in our judgment, no merit at all. First, Mrs. Emmanuel, who is estranged from her husband, has in hearings before the deputy judge herself made discreditable allegations about him. Second, as the deputy judge rightly pointed out in his 29 March judgment, it is the duty of a judge to put out of mind irrelevant or immaterial matters, particularly those of a prejudicial character. Knowledge by a judge of such matters goes nowhere towards establishing a real danger of bias.

62. In considering the cumulative weight of these matters, there are one or two other submissions made by Miss Williamson that should be mentioned.

63. She submitted that the deputy judge's statement on 28 October that he knew no more of the Sudoexport matters than was contained in the press cutting should not be entertained. His state of knowledge, she submitted, was irrelevant. This submission is contrary to authority. In *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646 an affidavit from the juror as to the juror's state of knowledge was accepted.

64. Mr. Mann, counsel for Locabail, submitted that there was no absolute rule as to whether or not the court should accept a statement from the judge as to his or her state of knowledge of facts relevant to a bias allegation. He submitted that although the court could not investigate the judge's motives, and so could not accept a statement from the judge that he was not biased, the court could accept, and if necessary test by reference to the facts of the case, statements by the judge as to what he knew or did not know at the relevant time. We think this is right and in accordance with authority. If the judge's statement about his knowledge is, objectively viewed, cogent, then that is the basis on which the reasonable onlooker, or the court personifying the reasonable onlooker, will ask whether there was any real danger of bias. If the judge's statement is, objectively viewed, an improbable one, then that is how the reasonable onlooker will approach it.

65. Miss Williamson challenged the cogency of the deputy judge's statement that he knew nothing more about the Sudoexport litigation than was contained in the press cutting. She submitted that, in the circumstances, "the mere fact that the firm is dealing with the matter which is a conflicting matter must give rise to an expectation that the [solicitor judge] will know at least something about it." We regard this proposition, when applied to a firm like Herbert Smith with around 145 partners and over 300 assistant solicitors, as wholly unreal. We do not think there was any such expectation.

66. We regard the deputy judge's statement that he had not known of the matters disclosed in the press cutting until he read it as eminently believable. There is nothing that casts doubt on the statement. Moreover no doubt as to the accuracy of the statement was raised by Mrs. Emmanuel or her lawyers either at the time or at any time until after judgment had been given against her.

67. In our judgment the reasonable onlooker, and the court personifying the reasonable onlooker, would accept the deputy judge's statement about his knowledge and, on that basis, would find no difficulty in concluding that there was no real danger that the judge had been biased.

Waiver

68. In our judgment, Mrs. Emmanuel and her lawyers had to decide on 28 October what they wanted to do. They could have asked for time to consider the position. They could have asked the deputy judge to recuse himself and order the proceedings to be started again before another

judge. They could have told the judge they had no objection to him continuing with the hearing. In the event they did nothing. In doing nothing they were treating the disclosure as being of no importance. The hearing then continued for a further seven days, judgment was reserved, the Hans House appeal was heard, judgment was reserved, and judgment in both cases was given three and half months later. During all this period Mrs. Emmanuel and her lawyers did nothing about the disclosure that had been made on 28 October. They only sprang into action and began complaining about bias after learning from the deputy judge's judgment that Mrs. Emmanuel had lost.

69. Mrs. Emmanuel's application for permission to appeal and draft notice of appeal raise a large number of objections to the 9 March judgment expressed over several pages. We are concerned with none of these objections. They may or may not be well founded. The deputy judge may or may not have been unfair to Mrs. Emmanuel in the way in which he dealt with her evidence and that of her witnesses. These are matters which must be raised with another court on another occasion. We are concerned only with the complaint based upon an appearance of bias allegedly produced by Herbert Smith's involvement in the litigation against Mr. Emmanuel. This involvement was, in its essentials, disclosed on 28 October. It was not open to Mrs. Emmanuel to wait and see how her claims in the Locabail litigation turned out before pursuing her complaint of bias. Miss Williamson protests that on 28 October not enough was disclosed to put Mrs. Emmanuel to her election. We disagree. The essentials of the conflict of interest case that is now relied on were to be found in the press cutting. Mrs. Emmanuel wanted to have the best of both worlds. The law will not allow her to do so.

70. We agree with the reasons given by the deputy judge in his 29 March 1999 judgment for dismissing Mrs. Emmanuel's bias application. We refuse permission to appeal from that judgment.

Timmins v. Gormley

71. This case has caused us particular concern. The defendant, Timothy Gormley, seeks permission to appeal against the judgment of Mr. Recorder Braithwaite given on 3 June 1999. At the Liverpool County Court the recorder awarded the claimant, Margaret Timmins, £227,123.

72. Mr. Robert Jay who represents the defendant made his submissions with admirable moderation and precision. In addition to relying on a number of other grounds of appeal, the defendant contends that the judgment of the recorder should be set aside for apparent bias, that is, a real danger of bias on the part of the recorder. In support of his allegation of bias Mr. Jay relies on certain articles written by the recorder which he submits indicate that there is a real danger that the recorder at the time of the trial was or could have been influenced by an unconscious but settled prejudice against the insurers of the defendant who are the real defendants in this case. Mr. Jay also submits that the findings which the judge made were so favourable to the claimant that they provide support for this allegation of bias.

73. The action arose out of a traffic accident on 14 October 1994. The claimant commenced proceedings on 1 November 1995. She claimed damages for her injuries. These include injury to her cervical and thoracic spine. She also claimed special damages, which included continuing loss of earnings. She initially limited her claim to £25,000. Promptly on 20 November 1995 a defence was filed. The defence admitted negligence but not the damages. On 22 November 1995 the claimant obtained judgment for damages to be assessed. The defendant was guilty of no delay. However, it was not until 19 March 1999 that the claimant filed her final schedule of special damage. By that time the sum specified had grown to £199,413, including past loss of earnings amounting to £32,120 and future loss of earnings amounting to £133,750. The future loss of earnings was calculated on the basis that the claimant would never work again. A counter-schedule was filed on behalf of the defendant. This accepted the arithmetical calculation of the claim but put in issue the claimant's alleged inability to work.

74. In general it would not be unfair to say that the recorder determined almost every issue in favour of Mrs. Timmins. He found that before the accident she was a happy and fulfilled person. There were indications in the medical evidence that she was not a reliable historian. The recorder indicated in his judgment that he had "a suspicion" that part of the reason for this was that "doctors sometimes do not have the time to listen and to understand what is troubling somebody." He thought that on all matters relevant to his judgment Mrs. Timmins was in fact actually telling him the truth. The recorder considered that the defendant's doctor was "slightly dismissive" of the claimant's difficulties. He preferred the claimant's medical evidence to that of the defendant. He concluded that although the defendant relied on a video which the defence had arranged to be taken, it did not support his case but, on the contrary, showed the claimant was severely handicapped by her ongoing problems. The accident had left her "crippled" in a "holistic sense." It had spoilt her life. The recorder indicated, in case there was an appeal, that the transcript would not be able to convey the flavour of the manner in which the claimant gave evidence.

75. In addition to his practice in personal injury cases, primarily but not exclusively on behalf of claimants who are seeking damages for personal injuries, Mr. Braithwaite is a relatively prolific writer in the area in which he practises. He is a consultant editor of the well known and respected textbook *Kemp & Kemp, The Quantum of Damages.* Mr. Braithwaite in a letter to the court points out that it is a fundamental part of the policy of that book that it should not favour either claimants or defendants. He has written extensively on personal injury topics in almost all the publications devoted to that subject. He has also lectured, appeared on television and acted abroad as an expert on English personal injury law.

76. The flavour of the four articles relied on as suggesting bias can only be properly assessed by reading them as a whole. However, that in *The Lawyer* of 21 June 1999, which is after the trial, is probably the most revealing. It examines the Access to Justice reforms in the context of personal injury and clinical negligence claims. It suggests that the reforms are unrealistic in their expectations of defendants. It is not credible that

A they "would recognise that it was their responsibility to give the claimant real quality of life, whatever the cost. And they would refrain from attacking a claimant's credibility without good cause. If someone's life had been ruined they would do their utmost to deliver fair and adequate compensation within a reasonable time frame." (See p. 28.) The Access to Justice approach, Mr. Braithwaite considered, was likely "to remain a dream." It was inconsistent with the adversarial system in which lawyers B had spent their lives. "The chances of them changing behaviour overnight at this stage are as unlikely as that of global insurers willingly [opening] their coffers to pay paralysed and brain-damaged accident victims the sums to which they are justly entitled." The article suggests that "delaying tactics" are often premeditated, in the hope that the case will just go away; that when an offer is eventually made it is intended that the victim will C accept a smaller sum than is deserved, in order to put an end to the ongoing stress of the litigation process. "Denying liability in cases where it is clear that liability should not be questioned—for example where drivers have already been convicted of dangerous or drunk driving—is common." Mr. Braithwaite adds that it is only with the assistance of determined lawyers that claimants are likely to obtain a just settlement. He also makes adverse comments on experts who specialise "in personal injury as D 'defendant' experts." The article does however end with an acknowledgement that to a limited extent lawyers of good quality and insurers who are decent and humane are coming together to resolve disputes without the intervention of the courts and the reforms may be a catalyst which will accelerate this trend.

77. The next article upon which Mr. Jay relies is an article in a special E issue of *Quantum* (Double issue 4 and 5, 4 September 1998) devoted to the decision of the House of Lords in *Wells v. Wells* [1999] 1 A.C. 345. That decision resulted in successful personal injury claimants receiving substantially increased damages for future long term care and long term loss of earnings. The article contained a contribution from the recorder and a contribution from a solicitor who was expressing "the defendants' F view." The recorder considered the decision a "wonderful victory" for claimants generally and for Mr. Kemp who had been arguing for the change reflected in the decision of the House of Lords for many years.

78. Neither of the articles to which we have referred so far are couched in language which can be criticised as being inappropriate. They do make clear that the recorder is very sympathetic to the position of claimants who are pursuing claims for personal injuries. The earlier article in addition G indicates that the recorder strongly disapproves of insurers who in his eyes adopt unacceptable practices. However it cannot be said it is inappropriate for a judge to hold firm views as to insurers who adopt tactics of this nature. After all, the Civil Procedure Reforms were in part designed to prevent practices of the sort of which the recorder complains occurring in the future. The recorder has reservations as to whether the reforms will H bring about the change of culture which is necessary. He is entitled to have reservations. While it does lack balance, the article does not exhibit such a lack of proportion that it can be regarded as showing a blinkered approach. As to the *Wells v. Wells* article, it could be said that the decision

was rectifying a previous state of affairs which was not fair to claimants and the recorder was entitled to welcome the decision.

79. The next article relied upon by Mr. Jay was also in *Quantum* (Issue 3, 10 August 1998). It contains a description of a case which the recorder had recently successfully conducted on behalf of a claimant. It is highly critical of the conduct of the defendant's insurers in that case. It refers to them in trenchant terms as not doing anything to assist the claimant in her plight. The article describes the defendant's "team" as apparently lacking compassion and perception and their conduct as reminding him "just how badly these cases can be managed." The final article appeared in *Personal and Medical Injuries Law Letter*, vol. 15, No. 7, July 1999. This time the article is a report on a case in which the recorder was not personally involved. The case concerned a claim by a tetraplegic. It suggests that the defence team had targeted the case "intending to create a precedent to discourage plaintiffs generally, and apparently set out to attack both the plaintiff and his experts" when the particular plaintiff had an excellent record. The recorder indicates that the case has lessons for plaintiffs' lawyers: "First, we should not allow ourselves to be deterred by intimidatory tactics by defendants. Second, if a plaintiff's claim is carefully researched and properly presented, it ought to succeed." It is not possible for us to say whether the recorder's criticisms are or are not justified. However, we note that the plaintiff was successful in obtaining judgment for a very substantial sum. It was a much larger sum than the defendant's insurers were prepared to pay.

80. When considering the weight which should be attached to these articles, it is necessary to bear in mind that they are only a small selection of the recorder's extensive writing on the subject of personal injuries. They have been perfectly properly selected because it is thought they support the defendant's contention that the recorder is a committed advocate of the cause of claimants generally.

81. Mr. Jay makes no specific complaints about the manner in which the case was conducted by the recorder.

82. In relation to the conduct of the trial, Mr. Edis, on behalf of the claimant, has the advantage that the recorder very properly gave full disclosure of information which might have resulted in the defendant asking for the case to be tried by another judge. He did not choose to do so. The recorder disclosed that he was a member of the Association of Personal Injury Lawyers (APIL). He also disclosed that he was aware that there had been a payment into court and the amount of that payment, and finally that he had previously cross-examined the defendant's expert in a manner which had caused offence to that expert. The defendant was only informed of these matters shortly before the hearing when the case was transferred to the recorder. This disclosure by the recorder is properly relied on as showing that he was aware of his responsibilities to the defendant. If objection had been taken the case would probably have had to be adjourned. But the defendant was not then aware of the articles now said to show a real danger of bias, and cannot be said to have waived any objection to which they may give rise.

A 83. Mr. Jay disclaims any reliance on the fact that the recorder is a member of APIL, an organisation which normally represents claimants rather than defendants.

84. Although the judgment of the recorder was from the claimant's point of view in very favourable terms, having heard Mr. Edis's submissions we do not consider that the judgment in itself provides any direct support of the allegation of apparent bias. The findings the recorder B made are not so surprising that they support the allegation.

85. The defendant's case on bias therefore turns on the statements that the recorder made in the articles to which we have referred. It is not inappropriate for a judge to write in publications of the class to which the recorder contributed. The publications are of value to the profession and for a lawyer of the recorder's experience to contribute to those C publications can further rather than hinder the administration of justice. There is a long established tradition that the writing of books and articles or the editing of legal textbooks is not incompatible with holding judicial office and the discharge of judicial functions. There is nothing improper in the recorder being engaged in his writing activities. It is the tone of the recorder's opinions and the trenchancy with which they were expressed which is challenged here. Anyone writing in an area in which he sits D judicially has to exercise considerable care not to express himself in terms which indicate that he has preconceived views which are so firmly held that it may not be possible for him to try a case with an open mind. This is the position notwithstanding the fact that, as Mr. Edis submits, there can be very real advantages in having a judge adjudicate in the area of law in which he specialises. But if this is to happen it must be recognised that E his opinions as to particular features of the subject will become known. The specialist judge must therefore be circumspect in the language he uses and the tone in which he expresses himself. It is always inappropriate for a judge to use intemperate language about subjects on which he has adjudicated or will have to adjudicate.

86. Assistance in this situation is provided by the decision of the High Court of Australia in *Vakauta v. Kelly*, 167 C.L.R. 568. In that case, in the F course of a trial for personal injuries, the judge had made intemperate remarks about the medical evidence. The majority of the court came to the conclusion that the remarks would have excited in the minds of the parties a reasonable apprehension that the judge would not bring an unprejudiced mind to the resolution of the matter before him. In the judgment of the majority (Brennan, Deane and Gaudron JJ.) it was stated, at pp. 570–571:

G

> "It is inevitable that a judge who sits regularly to hear claims for damages for personal injury will form views about the reliability and impartiality of some medical experts who are frequently witnesses in his or her court. In some cases and notwithstanding the professional detachment of an experienced judge, it will be all but impossible to put such preconceived views entirely to one side in weighing the H evidence of a particular medical expert. That does not, however, mean that the judge is disqualified from hearing the particular action or any other action involving that medical expert as a witness. The requirement of the reality and the appearance of impartial justice in

the administration of the law by the courts is one which must be observed in the real world of actual litigation. That requirement will not be infringed merely because a judge carries with him or her the knowledge that some medical witnesses, who are regularly called to give evidence on behalf of particular classes of plaintiffs (eg members of a particular trade union), are likely to be less sceptical of a plaintiff's claims and less optimistic in their prognosis of the extent of future recovery than are other medical witnesses who are regularly called to give evidence on behalf of particular classes of defendants (eg those whose liability is covered by a particular insurer). If it were so infringed, the administration of justice in personal injuries cases would be all but impossible . . . On the other hand, there is an ill-defined line beyond which the expression by a trial judge of preconceived views about the reliability of particular medical witnesses could threaten the appearance of impartial justice."

87. Those remarks were made in the context of a case in which comments were made during a trial. Here we are concerned with comments made in articles written in close proximity to the trial. The issue is however the same.

88. Did the recorder cross the "ill-defined" line to which that judgment refers? We have already given an indication of the nature of the articles. The only other factor to which it is necessary to draw attention is that in this particular case the insurers had not behaved in the irresponsible manner of which the recorder so vehemently complained. They had admitted liability promptly. They had made a payment into court and had only contested issues which it was reasonable for them to contest on the evidence which was available to them. The recorder had recognised that some insurers do behave responsibly. The comments which he made about the conduct of insurers would have been more justified in the past than they are today. Today, many insurers and their legal advisers, particularly those legal advisers who are members of FOIL (the Forum of Insurance Lawyers, the counterpart for defendants' representatives of APIL, which has made a significant contribution to the recent reforms) conduct litigation in accordance with the "Overriding Objectives" set out in Part 1 of the Civil Procedure Rules.

89. We have found this a difficult and anxious application to resolve. There is no suggestion of actual bias on the part of the recorder. Nor, quite rightly, is any imputation made as to his good faith. His voluntary disclosure of the matters already referred to show that he was conscious of his judicial duty. The views he expressed in the articles relied on are no doubt shared by other experienced commentators. We have, however, to ask, taking a broad common sense approach, whether a person holding the pronounced pro-claimant anti-insurer views expressed by the recorder in the articles might not unconsciously have leaned in favour of the claimant and against the defendant in resolving the factual issues between them. Not without misgiving, we conclude that there was on the facts here a real danger of such a result. We do not think a lay observer with knowledge of the facts could have excluded that possibility, and nor can we. We accordingly grant permission to appeal on this ground, allow the

A defendant's appeal and order a retrial. We should not be thought to hold any view at all on the likely or proper outcome of any retrial.

WILLIAMS v. INSPECTOR OF TAXES AND OTHERS

90. Mrs. Williams, who appears in person but with the assistance of a *McKenzie* friend (see *McKenzie v. McKenzie* [1971] P. 33), seeks permission to appeal from the decision of the Employment Appeal Tribunal of B 20 November 1998 dismissing her appeal from a decision of an industrial tribunal.

91. The background to the appeal is that on 17 January 1996 Mrs. Williams made a complaint of sexual harassment and race discrimination by various individuals at the tax office of the Inland Revenue at which she worked in Croydon. On 17 April 1996 she made a C further complaint that two individuals together with the Commissioners of Inland Revenue had committed an act of race discrimination against her by failing properly to investigate a grievance she had and by submitting a report which was not consistent with her grievance. By a decision of 7 May 1996, Mr. Booth, the chairman of the industrial tribunal, sitting alone, held that it was not just and equitable to allow Mrs. Williams's application D of 17 January 1996, which related to events in 1991 and 1992, to proceed. However, in relation to her second application, he decided that there should be a preliminary hearing into the question (raised by the Inland Revenue) whether Mrs. Williams had failed to co-operate in an inquiry into her allegations of sexual harassment to such an extent that she had brought the dismissal of her complaints upon herself, with the consequence that her complaints lacked any prospect of success and were E therefore scandalous, frivolous or vexatious.

92. On 24 June 1996 an industrial tribunal chaired by Mr. Booth sitting with two other members, unanimously decided that the application should proceed.

93. However, the same industrial tribunal on 19 November 1996 unanimously decided to dismiss her application. The tribunal came to the F conclusion that Mrs. Williams had not discharged the onus which was upon her, that her complaints had been thoroughly and impartially and fairly investigated internally and that there was no evidence from which the tribunal could draw an inference of race discrimination.

94. Mrs. Williams had been employed by the Inland Revenue at the tax office from 1985 until she took nine months maternity leave in March 1994. It was this period to which her complaint related. Mr. Booth had G also worked for the Inland Revenue from 1958 to 1961 in a junior position. In her submissions to us, Mrs. Williams emphasised that it was because of the knowledge of the workings of the Revenue which Mr. Booth displayed at the hearings, that she and the *McKenzie* friend challenged the chairman as to whether he had been employed by the Revenue. Mr. Booth then said that he had worked for the Inland Revenue from 1958 to 1961 H in a junior position. Mr. Booth says he invited any response from Mrs. Williams but none was forthcoming.

95. Having heard Mrs. Williams's submissions which she put forward very clearly and courteously, we did not consider it necessary to call on the

employers to address us. It was for this reason that we did not invite submissions from Mrs. Williams in reply.

96. We entirely agree with the conclusion of the Employment Appeal Tribunal that no right thinking person knowing of the connection of Mr. Booth with the Inland Revenue would feel that there was any danger of bias in this case. The suggestion that there might be was fanciful. In coming to that conclusion we take into account the fact that one of the points made by Mrs. Williams in her grounds of appeal is that there was also a risk of prejudice resulting from the chairman projecting on to her case his displeasure with her "counsel" (the person who was assisting her at the hearing). It is fanciful to suggest that the chairman's employment by the Revenue over 30 years ago could have affected his view. The chairman made jocular remarks that her representative "had come to bash the Revenue" and that "my colleagues and I would always be happy to hear cases involving the Revenue" but these remarks do not suggest bias as Mrs. Williams contends, and she made no such suggestion at the time. The earlier decisions were substantially in Mrs. Williams's favour and the decision of 19 November 1996 was unanimous.

97. In Mrs. Williams's case, having considered all her grounds of appeal, we do not consider it right to grant her permission to appeal.

REGINA V. BRISTOL BETTING AND GAMING LICENSING COMMITTEE, *Ex parte* O'CALLAGHAN

98. Mr. O'Callaghan contends that on 10 September 1996 he placed two £25 "correct score accumulator" bets at a betting shop operated by Coral Racing Ltd. ("Corals") in Cardiff. He expected, as a result of one of those bets, to be paid £259,200. However Corals declared that bet to be void because it had not been photographed. Since that time Mr. O'Callaghan has been conducting a campaign which is no doubt designed to place pressure on Corals to meet what Mr. O'Callaghan regards as their obligation.

99. On 22 May 1997 a hearing was due to take place before the Bristol Betting and Licensing Committee into the renewal of bookmakers' permits. Mr. O'Callaghan says that on the previous day his wife wrote to the court asking for an adjournment because he was unfit to attend for medical reasons. A medical certificate was enclosed. Despite a further letter the adjournment was refused and Corals were granted their renewed permit. An award of costs of £5,000 was made against Mr. O'Callaghan.

100. He initially tried to appeal to the Crown Court but having been informed that he had no right to appeal he made an application for judicial review. Leave was granted on 2 December 1997 to apply for judicial review by Tucker J. The application should have been entered and served on the respondents, namely the Bristol Betting and Gaming Licensing Committee and Corals, within 14 days (R.S.C., Ord. 53, r. 5(5)), that is, by 16 December 1997. This did not happen, and it was not until 9 February 1999 that Miss Jackson appeared on behalf of Mr. O'Callaghan before Dyson J. seeking to extend the period of 14 days. The reasons for the delay were connected with difficulties that Mr. O'Callaghan was having

A in obtaining legal aid. There were further difficulties with the solicitors whom he initially instructed and subsequently he instructed another firm, his present solicitors, who still have the conduct of the case.

101. On 16 July 1998, prior to the hearing before Dyson J., the Bristol Betting and Gaming Licensing Committee had extended Corals' permits for three years. This was notwithstanding Mr. O'Callaghan's further application for an adjournment pending the outcome of an application for B judicial review.

102. The fact that the permit had been extended meant, as Dyson J. pointed out in his judgment, that the reality of the judicial review proceedings was a dispute as to the lawfulness of the decision to order Mr. O'Callaghan to pay £5,000. Having expressed sympathy for Mr. O'Callaghan's personal position, Dyson J. decided that because of the C modest sum of money which was then involved, it would not be right to grant an extension of time. He therefore refused the application and it is from that decision that Mr. O'Callaghan wishes to appeal.

103. On 28 March 1999 "The Sunday Times" published an article which stated that Dyson J. was a director of Dyson Properties Ltd., a company which owned rented properties in Yorkshire, Greater Manchester and Cheshire and that the tenants of the company included Corals. D Mr. O'Callaghan, in an affidavit, says that he subsequently learnt that Corals and its associated companies are tenants of a number of properties owned by Dyson Properties Ltd. and Gown and Mantle Ltd. of which Dyson J. is also a director.

104. It is now contended on behalf of Mr. O'Callaghan that if Dyson J. had disclosed his connection with Corals, he would have objected to his hearing the application. It is said that either Dyson J. was E disqualified from hearing the application because it is a "*Dimes* situation" or that it is a situation where there was a real danger of bias on the part of Dyson J.

105. In accordance with the normal procedure adopted by the Court of Appeal when allegations are made against a judge, Dyson J. was informed of what was being relied on by Mr. O'Callaghan. By letter to this court of F 28 June 1999 he confirmed that he had been a non-executive director of Dyson Properties Ltd. since the late 1980's; that it is a family property investment company, which was formed by his parents many years ago; that it holds commercial properties in the North of England; that, apart from himself, the current directors are his mother and brother; that all shares are held by members of the family (which include the judge); that he is not involved in the management of the company; that his role is G limited to giving occasional advice to his brother; and that Gown and Mantle Ltd. is a wholly-owned subsidiary of Dyson Properties Ltd. (This last statement may not be entirely accurate, because it appears that the judge may also hold shares in this company). The judge adds that until he read the article in "The Sunday Times" he "was not aware that Corals was one of the company's tenants" and that the rent payable by Corals for the H only shop of which it is a tenant of the company represents slightly more than four per cent. of the total rent currently receivable by the company.

106. The Lord Chancellor gives guidance to judges on their appointment. At the time of Dyson J.'s appointment, the guidance

provided that no judge should hold a *commercial directorship*. But the guide added:

> "There is, however, normally no objection to a judge holding shares in commercial companies, or taking part in the management of a family estate or farming his own land. Equally, there are some forms of non-commercial directorships which a judge may hold without objection."

107. The current guide of October 1998 is in similar terms.

108. It cannot be said that this is a case where the strict principle of automatic disqualification laid down in *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal,* 3 H.L.Cas. 759 and *Reg. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)* [2000] 1 A.C. 119 applies. Miss Jackson submitted that if the judicial review proceedings had continued they could have had a significant effect upon Corals and in consequence adversely affected that company's ability to meet its obligations to the Dyson family companies. We do not agree. The judicial review proceedings by the time they came before Dyson J. were only concerned with the issue of £5,000 costs. It would be absurd to suggest that recovery or non-recovery of this sum could affect Corals' ability to pay the rent of its shop in Leeds. It was suggested that the court in the judicial review proceedings could grant Mr. O'Callaghan a declaration which would be helpful in his dispute with Corals. However, we cannot see any basis for such a declaration. Once Corals' betting permits had been renewed, the judicial review proceedings could only have relevance with regard to costs. It cannot be said that the judge had anything more than a nominal and indirect interest because of his directorship and shares in the company. Such an interest does not establish a bar to the judge sitting.

109. If (as we hold) Mr. O'Callaghan cannot succeed under the strict rule of automatic disqualification, he certainly cannot succeed under the real danger rule. There is absolutely no reason to doubt or question the judge's statement that he was unaware that Corals were a tenant of his family company. His role was non-executive and there is no reason why he should know of the tenancy. Even if the judge did know, there could not be any real danger of bias. The interest was so minimal that no reasonable and fair minded person sitting in court and knowing the relevant facts would have considered there was a real as opposed to fanciful danger of a fair trial not being possible. The order which the judge made, having regard to the gross delay and the limited issue raised by the application, was well within his discretion, which in our view he exercised correctly.

110. We would dismiss the application for permission to appeal.

Orders accordingly.

Solicitors: Treasury Solicitor; Stephenson Harwood; More Fisher Brown; Morgan Cole, Cardiff; Bartlett & Son, Liverpool; Solicitor of Inland Revenue; Dolmans, Cardiff; Richards Butler.

D. E. C. P.

Doc. num. 52

[Home] [Databases] [World Law] [Multidatabase Search] [Help] [Feedback]

England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions

You are here: BAILII >> Databases >> England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions >> Cofely Ltd v Bingham & Anor [2016] EWHC 240 (Comm) (17 February 2016)
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/240.html*
Cite as: [2016] EWHC 240 (Comm)

[New search] [Printable RTF version] [Help]

Neutral Citation Number: [2016] EWHC 240 (Comm)
Case No: 2015-000555

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
QUEEN'S BENCH DIVISION
COMMERCIAL COURT

Royal Courts of Justice, Rolls Building
Fetter Lane, London, EC4A 1NL
17/02/2016

B e f o r e :

MR JUSTICE HAMBLEN

Between:

COFELY LIMITED	**Claimant**
- and -	
ANTHONY BINGHAM	
and –	
KNOWLES LIMITED	**1st Defendant**

Vincent Moran QC (instructed by Stephenson Harwood) for the Claimant
Karen Gough (instructed by Browne Jacobson) for the 1st Defendant
Jonathan Acton Davis QC (instructed by Wheelers) for the 2nd Defendant
Hearing dates: 8 February 2016

HTML VERSION OF JUDGMENT

Crown Copyright ©

Mr Justice Hamblen :

Introduction

1. The Claimant ("Cofely") seeks an order that the First Defendant ("Mr Bingham") be removed as arbitrator from an ongoing arbitration between the Claimant and the Second Defendant ("Knowles") pursuant to section 24(1)(a) of the Arbitration Act 1996 ("the Act"), on the grounds that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality. Those doubts about his impartiality are alleged to involve apparent bias, not actual bias.

2. The Defendants dispute the existence of such circumstances and question whether Cofely has lost the right to raise this objection under section 73 of the Act.

The background facts

3. Cofely is a major construction company.

4. Knowles is a well known firm of claims consultants in the construction field.

5. Mr Bingham is a very experienced arbitrator and adjudicator in construction disputes. He worked in the construction business for a number of years before selling his business in 1988 so as to concentrate on his arbitration career. He is a qualified barrister and has practised from 3, Paper Buildings since 1991-2.

6. Cofely East London Energy Limited (a company related to Cofely) entered into a contract with Stratford City Developments Limited and the Olympic Delivery Authority (the "Employers") to design, build, maintain and operate district energy services to the Olympic Park and Westfield Shopping Centre in Stratford, London (the "Concession Agreement").

7. Various disputes arose between the parties under the Concession Agreement and Cofely appointed Knowles to advise upon and then progress its claims arising under it for an extension of the time (the "Time Claim") and associated additional costs caused by the delay in completion of the works (the "Money Claim").

8. Knowles was initially appointed by Cofely pursuant to a written agreement dated 19 August 2010 ("the Appointment") and Knowles was subsequently paid £1,187,082 by Cofely on a time basis pursuant to the Appointment to prepare the Time Claim and Money Claim on Cofely's behalf.

9. Cofely, however, became concerned about the escalating costs and delay in Knowles pursuing the Time Claim and Money Claim and new terms of remuneration were therefore discussed between the parties.

10. This culminated in the conclusion of a success fee agreement dated 26 October 2011 (the "Success Fee Agreement"), pursuant to which Knowles was entitled to payment of certain sums and, potentially, a success fee on the occurrence of certain events (set out at sub-headings entitled "AGREEMENT" Nos 1-6).

11. An adjudication was thereafter commenced by Knowles on behalf of Cofely against the Employers in relation to the Time Claim ("the Adjudication") but, prior to the conclusion of the Adjudication, Cofely says that it became concerned about the advice being provided by Knowles and the approach being taken in the Adjudication. It therefore entered into direct settlement negotiations with the Employers and reached a settlement of the Time Claim, the Money Claim and other issues that had arisen under the Concession Agreement.

12. Knowles then alleged that in settling their claims without the involvement of Knowles, Cofely had acted in breach of various provisions of the Success Fee Agreement and claimed at least £3.5 million was payable as fees by Cofely.

The Arbitration proceedings

13. The arbitration agreement in the Success Fee Agreement provided that:

> "The Success Fee Agreement and any dispute or claim of whatever nature arising out of or under or relating to this Success Fee Agreement shall be governed by English law and is to be and hereby is referred to arbitration pursuant to the Arbitration Act 1996. Such arbitration shall commence on the giving of notice and on the application by either of the parties to the Chartered Institute of Arbitrators or the Royal Institution of Chartered Surveyors for the appointment of an arbitrator".

14. On 21 January 2013, Knowles gave notice of arbitration to Cofely and applied to the Chartered Institute of Arbitrators ("CIArb") for the appointment of an arbitrator. It was stated that it was preferable that the arbitrator had both quantity surveying ("QS") and delay analysis experience and the appointment of Mr Bingham was sought.

15. On 30 January 2013, Cofely's solicitors, Stephenson Harwood ("SH"), wrote to the CIArb stating that it did not agree to the appointment of Mr Bingham, explaining that whilst it was agreed that the arbitrator should have legal experience it was not considered that experience in QS or construction delay was needed. It was proposed that Ms Krista Lee, a barrister at Keating Chambers, be appointed.

16. On 4 February 2013, the CIArb confirmed the appointment of Mr Bingham as arbitrator.

17. Knowles served its Particulars of Claim on 2 April 2013 and at the same time made an application for a Partial Award in relation to the Time claim and Money Claim pursuant to section 47(2) (a) (b) of the Act.

18. Knowles requested that the Arbitration should proceed in two parts: the first dealing with claims made by Knowles which related to defined sums payable under the Success Fee Agreement and the second dealing with Knowles's alleged entitlement to a success fee based on the outcome of the settlement negotiated between Cofely and the Employers.

19. This application was acknowledged by Mr Bingham the next day and on 17 April 2013 Mr Bingham requested that Cofely indicate its position in relation to Knowles' application.

20. Cofely served its Defence on 23 April 2013 and a hearing was held on 19 July 2013.

21. On 21 August 2013, Mr Bingham made a Partial Award entitled "Arbitrator's Decision No 1", finding in favour of Knowles on its claims in relation to defined sums and directing Cofely to pay Knowles £1,000,000 plus interest. No challenge was made to the Partial Award and the sum awarded was duly paid by Cofely.

22. The parties then tried to agree how the referral would proceed but were unable to do so because of a difference of opinion as to how any entitlement under AGREEMENT SIX of the Appointment (in relation to a success fee) should be approached.

23. On 11 November 2013, Cofely made its own application for Partial Awards under section 47 of the Act regarding the approach to be taken in connection with AGREEMENT SIX. The application sought a decision on the following issue:

"Whether, on a proper construction of Agreement Six, the sum which is due to the Claimant (if any) is:

(a) The actual value of the Knowles Money Claim within the Deed of Settlement; or

(b) Some other sum and, if so, what."

24. It is said that the purpose of this application was to avoid the need for an extensive (hypothetical) factual analysis of the likely outcome of the Time Claim and the Money Claim in the adjudication against the Employers as part of a consideration of whether the settlement with the Employers was reasonable.

25. Mr Bingham acknowledged receipt of this application by email dated 9 November 2013 in which he stated he would "read in and revert".

26. Thereafter there was a period of inactivity. Mr Bingham did not revert, nor did Cofely chase him to do so.

27. On 9 April 2014, Mr Bingham responded to the proposed application by issuing "Arbitrator's Memo No. 1 About AGREEMENT SIX" containing his "observations" on the correct approach to be taken to the outstanding claims of Knowles and concluding that "the Arbitrator in short ought to investigate the £23 million claim", but stating that "This is not a Direction or Decision" and "Comment invited".

28. On 6 June 2014, SH wrote to Mr Bingham regarding the memorandum, stating that Mr Bingham had not addressed Cofely's section 47 application and providing various comments on Mr Bingham's memorandum.

29. On 4 July 2014, Mr Bingham acknowledged receipt of SH's letter and asked for comments from Knowles.

30. Thereafter there was a further period of inactivity in the arbitration.

31. On 24 December 2014, Knowles made an application to Mr Bingham for Cofely to disclose certain documents referred to in the Settlement Deed between the Employers and Cofely. Mr Bingham responded by email almost immediately.

32. On 22 January 2015, Cofely enquired of Knowles as to when it would be responding to its section 47 application.

33. On 18 February 2015, Cofely wrote to Knowles requesting information in relation to its dealings with Mr Bingham in light of the decision of Mr Justice Ramsey in *Eurocom Ltd v Siemens Plc* [2014] EWHC 3710 (TCC) [2015] BLR in which judgment had been delivered on 7 November 2014. The *Eurocom* case concerned a summary judgment application made by Eurocom against Siemens in respect of an adjudication decision made by Mr Bingham. The application failed on the grounds that Siemens had real prospects of successfully defending the claim on the basis that the adjudicator had no jurisdiction because of a fraudulent misrepresentation allegedly made by Mr Giles of Knowles in applying for the appointment of an adjudicator on Eurocom's behalf.

34. The outline facts were that Mr Giles made an application to the Royal Institution of Chartered Surveyors ("RICS") for the appointment of an adjudicator and requesting that one of three nominees be appointed, one of whom was Mr Bingham. In the application form Mr Giles stated that numerous other named candidates had a conflict of interest and were therefore unable to act. Mr Justice

Ramsey held at [63] that there was a "very strong *prima facie* case that Mr Giles deliberately or recklessly answered the question as to whether there were conflicts of interest so as to exclude adjudicators who he did not want to be appointed".

35. The judgment records at [40] the evidence of Mr Giles as being that he had a general practice of excluding candidates in this manner:

> "On the same page of the application form there is a box headed 'Are there any adjudicators who would have a conflict of interest in this case?'. I largely use this box as a means of stating to which adjudicators, based on past experience, I would not send a referral document: in effect a pre-emptive rejection list. This saves time and money that would otherwise be expended in allowing notices of adjudication to lapse and replying for alternative adjudicators. In the instances where there is a conflict I obviously say why."

36. In its letter of 18 February 2015 Cofely explained that it had concerns arising out of the *Eurocom* case and Mr Bingham's conduct of the referral to that time, and asked six questions seeking further information concerning the nature and extent of the professional relationship between Knowles and Mr Bingham. This was the first time that Cofely had raised any concern about the prior conduct of the reference.

37. On 27 February 2015, Knowles wrote to SH answering five of the questions contained in SH's letter dated 18 February 2015.

38. On 11 March 2015, SH replied to this response and posed further questions in light of the responses provided by Knowles in that letter.

39. On the same day SH also wrote to Mr Bingham for the first time requesting related information. The letter enclosed SH's letter dated 18 February 2015 to Knowles and included the following specific requests:

> 1 "How many times in the last 3 years have you acted as adjudicator or arbitrator in disputes where Knowles represented, or was itself, the claimant/referring party?
>
> 2 Please would you break your answer in 1 down so as to clarify how many of the above relate to:
>
> 2.1 appointments first made in the last 3 years; and
>
> 2.2 appointments made more than 3 years ago in respect of matters which are ongoing or have been decided in the last 3 years.
>
> 3 How many times have you made an award or decision in favour of the claimant/referring party (either in whole or in part) in the adjudications and arbitrations referred to above?
>
> 4 What proportion of your professional income as a barrister/adjudicator/arbitrator was accounted for from the referrals covered by requests 1 and 2 above for each of the 3 years in question?
>
> 5 What proportion of your professional income as a barrister/adjudicator/arbitrator was accounted for from the referrals covered by request 3 above for each of the 3 years in question?

> 6 What, if anything, have you done during this Arbitration to satisfy yourself that there is no information that you should disclose to Cofely which could reasonably be interpreted (on an objective basis) as undermining your apparent impartiality?"

40. On 12 March 2015, Mr Bingham emailed Knowles and SH acknowledging SH's letter and making observations on the *Eurocom* case, but failing to answer any of the questions or to indicate whether or not he would do so in due course.

41. On 17 March 2015, Mr Thwaite of SH sent an email commenting on Mr Bingham's observations on the *Eurocom* case, explaining why it appeared significant in the current case and asking Mr Bingham to answer the questions previously asked of him "so that Cofely may be reassured about the position".

42. In an email dated 19 March 2015 Mr Bingham replied to Mr Thwaite stating that in the last three years he had been appointed as adjudicator/arbitrator a total of 137 times and asking what "you say is wrong" in light of this and Knowles' answers in its 27 February 2015 letter.

43. On 23 March 2015, Mr Thwaite emailed Mr Bingham asking him to confirm that (i) the number of Knowles related appointments suggested by Knowles in the past three years (25) was correct, and (ii) he was prepared to answer the question as to what proportion of his income had come from these appointments.

44. Mr Bingham did not respond directly to these specific queries or the original 6 questions.

45. On 30 March 2015, Mr Bingham sent the parties an email dated 30 March 2015 stating that "the clip of correspondence beginning 18th February Cofely-Knowles raises an issue of whether the tribunal is properly constituted" and directing that there be a meeting in relation to this matter.

46. Mr Bingham then sent an email dated 31 March 2015 to Mr Thwaite asking "I ponder what are you driving at. Is it anything in particular" in relation to question 6 from the 11 March 2015 letter (regarding what Mr Bingham had done to satisfy himself that there was no relevant information to disclose).

47. Mr Bingham chased an answer to the above question in a further email dated 2 April 2015 stating "what are you driving at please; or (forgive the vernacular) so what?"

48. In an email dated 2 April 2015 Mr Thwaite sought to explain the purpose of the questions posed in the letter dated 11 March 2015 and, in particular, the relevance of the question regarding the proportion of Mr Bingham's income derived from the 25 apparent Knowles appointments in the past three years. The email stated as follows:

> "The purpose of the questions raised in our letter of 11 March was to reassure Cofely that there are no previously undisclosed circumstances that might give rise to justifiable doubts as to your independence and impartiality.
>
> As a matter of general law an arbitrator has a duty prior to appointment and throughout the duration of the appointment to consider whether there are any relevant circumstances about the arbitrator's relationship with the parties that should be disclosed.
>
> ....
>
> We are told that you have been appointed 25 times in 3 years in matters involving Knowles either as referring party or acting for the referring party. Based on the

> information you have given us, this amounts to almost one fifth of your total appointments during the same period. We have asked what proportion of your income as barrister/adjudicator/arbitrator relates to these appointments. The relevance of this information is that, were a significant proportion of your income to derive from appointments by (or at the request of) Knowles, it could raise justifiable doubts about your independence and impartiality in a matter where Knowles is itself the claimant party. Certainly, given the number of appointments, it is information which we believe you should have considered whether to disclose prior to, or during, your appointment in this arbitration. "

49. On 17 April 2015, the hearing called for by Mr Bingham took place at the offices of Knowles.

50. The night before the hearing Knowles served a skeleton argument and Mr Bingham indicated that this would be a hearing at which a ruling would be made. I shall address that hearing in more detail later in the judgment.

51. It is Cofely's case that the approach and the tone of the interventions by Mr Bingham were aggressive and pointed and that they indicated, at the very least, an impatience at the questioning of facts potentially relevant to his apparent impartiality and hostility toward Cofely for raising the matter.

52. After the meeting SH wrote to Knowles on 21 April 2015 requesting that answers be provided to the outstanding questions canvassed at the hearing.

53. In response, on 24 April 2015 Knowles provided SH with answers to the outstanding questions raised in the letter dated 11 March 2015.

54. On 30 April 2015, Mr Bingham issued his "Arbitrator's Ruling" as to whether the tribunal was 'properly constituted' – concluding that it was and that he had no conflict of interest.

55. Cofely stresses that (i) neither of the parties had requested a ruling on either of these issues, and (ii) as part of his reasoning Mr Bingham appeared to adopt Knowles's figure for the number of relevant appointments (25) (and all of the other relevant information provided by Knowles) without undertaking his own independent investigation.

56. In a letter dated 15 May 2015 SH wrote to Knowles seeking an answer to question 5 of its earlier letter dated 18 February 2015. It was explained that without it being answered Cofely would not know the extent to which 'the *Eurocom* case practice' of deliberately excluding certain potential individuals as tribunal had been deployed so as to make the chance of Mr Bingham's appointment increase.

57. By email dated 26 May 2015 Knowles copied in Mr Bingham to the requests for further information. On 28 May 2015 Knowles emailed Mr Bingham to ask him to answer certain parts of the questions put to Knowles in the SH letter dated 15 May 2015.

58. In an email on 5 June 2015 to Mr Bingham, Knowles then revised the questions put to Mr Bingham regarding his income from the 25 'Knowles' appointments and the total 137 appointments in the previous three years. Knowles asked Mr Bingham to provide specific total figures as to his income over the past three years and the amount of fees he had earned from appointments involving Knowles. This request went beyond the level of information requested by Cofely. On the same day Mr Bingham responded by email to both parties providing the information sought, namely £1,146,939 and £284,593.75 respectively.

59. On 3 July 2015, Knowles wrote to SH to provide some further outstanding information relating to when they had excluded other candidates in requests for appointments where Mr Bingham had ended up being appointed. Knowles stated that this had occurred 16 out of the 25 times he had been appointed without being named specifically.

60. On 8 July 2015, SH wrote to Mr Bingham asking him to recuse himself – to which there has been no response from Mr Bingham.

61. On 22 July 2015, the present application was issued.

The hearing of 17 April 2015

62. The tone of the hearing is reflected in the full transcript but it can be illustrated by citing some excerpts from it.

63. At the hearing Mr Bingham aggressively questioned Cofely's counsel, Mr Moran QC, as to why Cofely had asked particular questions, for example, in relation to Cofely's question as to what proportion of Mr Bingham's income over the past three years related to appointments concerning Knowles. As the transcript records:

"MR BINGHAM It seems at the heart of this that I ought to ask, really, Mr Moran: if these 25 of 137 is a significant portion of your income, to what effect?

MR MORAN Well, I think today, as far as we are concerned, is just really an information gathering exercise.

MR BINGHAM For me To what effect, please?

MR MORAN Well, we have just asked some questions.

MR BINGHAM No, please tell me. Please answer my question.

What is the effect of these 25 of 137 being a, as you say, significant portion of your income. What is the effect?

MR MORAN What do you mean the effect?

MR BINGHAM Tell me what you are getting at.

MR MORAN We're not getting at.

MR MORAN We're not getting at anything.

MR BINGHAM I mean, I put it to you like this.

MR MORAN We are not making any applications. We haven't decided on any course of action. We just want to understand what the position is".

64. Instead of dealing with Cofely's queries, Mr Bingham kept asking why Cofely had asked the questions it had raised. For example:

"MR BINGHAM I want to understand --- and I think Knowles wants to understand, I suspect --- what is it you are getting at.

MR MORAN What we're getting at, if you would, is we want an answer to the questions we have

posed to you.

MR BINGHAM No, no. I want you to answer that question: why is it that this is troubling you?

MR MORAN Well, it's been explained, I think, in both the letter that we sent to you of 11 March.

MR BINGHAM No, it's not.

MR MORAN All right... Can I just --

MR BINGHAM I'm sorry, it's not enough. Can I put it in the vernacular? I want to put it like I did in the memo ---forgive the vernacular –so what?

MR MORAN I think you are perhaps jumping the gun because we're not, as far as we are concerned, here to decide, as it were, the consequences or whether or not it is a matter of fact the information we know amounts to a case of apparent bias or not. That's not where we are.Where we are is we just want, because of the reasons explained in the letters and the email, in particular, of 2 April, our client wants to know more about –

MR BINGHAM I want to know – please stop. I want to know why. I asked again. Would you please answer my question: so what?"

65. In relation to the question as to how many times Mr Bingham had acted as arbitrator or adjudicator in cases involving Knowles over the past three years, having asked Mr Moran QC to take the information provided by Knowles as a fact, Mr Bingham then asked Mr Moran QC what the implication of that fact is, despite refusing to verify if that information was correct.

66. Mr Moran QC attempted to explain to Mr Bingham that it is not possible to answer this question in isolation and that Cofely needed answers to all of its questions in order to be able to fully consider the position. However Mr Bingham would not accept this and continued to proceed as if he were cross-examining Mr Moran QC:

"MR BINGHAM Let's take it that it means, say – it's not unreasonable – we have 18.25 per cent of the income from 137 appointments.

MR MORAN Yes.

MR BINGHAM So what?

MR MORAN Well, if that were the answer, we would reflect on and consider then our position

MR BINGHAM Well, please reflect now. So what?

MR MORAN I'm not in a position to reflect.

MR BINGHAM Well, adjourn then. Shall we adjourn?

MR MORAN We need to have the information.

MR BINGHAM No, no, I'm narrowing it down here. Mr Moran, I want to know what the implications are. I'm asking you again. Will you please tell me? It is ever so straightforward, Assume, please, for the purposes of exploring this 18.25 per cent of those were overall appointments is the income. Assume that.

So?

MR MORAN Well—

MR BINGHAM If it was 25 per cent, so?

MR MORAN Well, the answer to the question "So what?" will be the right answer will depend upon where we get to in terms of the answers to all of the question – you can't—

MR BINGHAM No, answer that one.

MR MORAN You can't answer it. You can't pick –

MR BINGHAM Help me, then: why?

MR MORAN You can't pick one issue in isolation and give a view on –

MR BINGHAM Yes, you are, sir. I want to know what this is all about. You are here, I have called the meeting, the hearing. I want to hear you on it.

MR MORAN Yes.

MR BINGHAM You have had ample time. Tell me: what it is all about?

MR MORAN What it's all about is we have asked the questions in the letter and we either want answers or an indication you won't answer.

MR BINGHAM I have given you a proposition. Base it on this: 18.25 per cent of income out of 137 appointments are these 25. Proceed on that basis. I ask you again: so what?

MR MORAN Well, that would – so what, if that were your answer, that would be one of the factors that would go into a consideration of whether – and there's no – at the moment there's no conclusion or view on this – whether or not we ought to take this further or not.

MR BINGHAM Okay. So you can't answer, or you're not willing to at the moment.

MR MORAN You can't just hypothesise on the basis of on piece of information as to what – and I haven't got instructions to give an answer. This is not what we are here for."

67. This line of questioning continued in such a manner that eventually Mr Acton Davis QC, acting for Knowles, stepped in and asked if he could "mediate". Further discussion followed about Mr Bingham's approach of adopting answers given by Knowles as fact and refusing to verify them. Mr Bingham again confirmed that he would not answer the questions himself. Mr Acton Davis QC on behalf of Knowles once again stated that Knowles had answered the questions and that Knowles therefore had no issue with Mr Bingham confirming whether or not the answers given were correct, however Mr Bingham still refused to do so:

"MR MORAN … but I take it that you're adopting Knowles' answer on the number of appointments that you've been involved in over the years.

MR BINGHAM It's information which is their information, and I'm willing to – it is a matter for them to reveal information about their business and not a matter for me to reveal it in this arbitration

MR MORAN Well, if that means that you're not answering that question, then we will –

MR BINGHAM It means I can't reveal information about Knowles' affairs that don't concern Cofely and Knowles, and nor would I reveal it about Cofely and other matters that Cofely has been

involved in, as I have already said.

MR MORAN But Knowles have given this information.

MR BINGHAM That's it then.

MR MORAN Yes, but if you're not going to, as it were agree to that –

MR ACTON DAVIS We have already answered that question. We have, therefore, already waived any confidentiality there is, and we therefore have no objection to you confirming that we are right, if we are right, or saying that we are wrong.

MR BINGHAM All right. Fine. I've got no comment at this stage".

68. Similarly, in relation to Cofely's query that Mr Bingham confirm how many of those 25 appointments commenced in the past three years, Mr Bingham was dismissive and simply stated that Cofely had been given enough information and he was not prepared to go into that "level of detail":

"MR BINGHAM Take it that the 137 … appointments made more than three years ago in respect of matters which are ongoing. Take it that it's 137. That's not a question I'm willing to delve into at all. You can take that as the answer.

MR MORAN Sorry, take what as an answer?

MR BINGHAM That you have enough information as far as 2.1 and 2.2 is concerned. I don't intend to go into that sort of detail.

MR MORAN That question is referring to Knowles-related appointments.

MR BINGHAM Yes, I know, but the point we've driven it down to is: how much have you earned out of Knowles?

MR MORAN That's not what we're asking.

MR BINGHAM Yes, but I'm not willing to answer. Mr Acton Davis, this particular matter, I don't intend to answer that.

MR ACTON DAVIS I understand you to say that, sir. It's a matter for you.

MR BINGHAM Fine."

The law

69. Section 24(1)(a) of the Act provides as follows:

> "(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds—
>
> (a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality;"

70. Section 33 of the Act provides:

> "(1) the tribunal shall—

> (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and
>
> (b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.
>
> (2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it."

71. Section 73 of the Act provides:

> "(1) If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection—
>
> (d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings,
>
> he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection"

72. The law as set out in the main authorities relating to section 24 of the Act may be summarised as follows:

> (1) The common law test for apparent bias is reflected in section 24 – see, for example, *Laker Airways v FLS Aerospace* [1999] 2 Lloyds Rep 45, per Rix J at [48]; *A v B* [2011] 2 Lloyds Rep 591 per Flaux J at [21]-[29]; *Sierra Fishing Co & Others v Farran & Others* [2015] EWHC 140 (Comm), [2015] Lloyds Law Reports per Popplewell J at [51];
>
> (2) The common law test under section 24 is whether "the fair minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased" - see *Porter v Magill* [2002] AC 357 per Lord Hope at [103]; *Helow v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 62, [2008] 1 WLR 2416, per Lord Hope at [1]-[3];
>
> (3) Such a fair minded and informed observer, although not a lawyer, is assumed to be in possession of all the facts which bear on the question and expected to be aware of the way in which the legal profession operates in practice - see *Rustal v Gill & Dufus* [2001] 1 Lloyd's Law

Reports 14; *Taylor v Lawrence* [2002] EWCA Civ 90, [2003] QB 528; *A v B* [2011] 2 Lloyds Rep 591 per Flaux J at [21]-[29].

(4) A "fair-minded" observer reserves judgment until he/she has seen and fully understood both sides of the argument: his/her approach must not be confused with that of the person who has brought the complaint, the assumptions made by the complainer are not to be attributed to the observer unless they can be justified objectively: *A v B* at [26] and *Helow* at [1]-[3];

(5) An "informed" observer takes a balanced approached and appreciates that context forms an important part of the material to be considered: *A v B* at [26] and *Helow* per Lord Hope at [3].

73. In the context of alleged apparent bias on the part of a Court, Lord Bingham explained the common law test as follows in *Davidson v Scottish Ministers* [2004] UKHL 34 at [6]:

> "What disqualifies the judge is the presence of some factor which could prevent the bringing of an objective judgment to bear, which could distort the judge's judgment."

74. The fact that an arbitrator is regularly appointed or nominated by the same party/legal representative may be relevant to the issue of apparent bias, particularly if it raises questions of material financial dependence – see *A v B* [2011] 2 Lloyds Rep 591 per Flaux J at [62]; *Fileturn Ltd v Royal Garden Hotel* [2010] TCC 1736, [2010] BLR per Edwards-Stuart J at [20(7)].

75. The tribunal's explanations as to his/her knowledge or appreciation of the relevant circumstances are also a factor which the fair minded observer may need to consider when reaching a view as to apparent bias – see, for example, *In re Medicaments and Related Classes of Goods (No 2)* [2001] 1 WLR 700 and *Woods Hardwick Ltd v Chiltern Air Conditioning Ltd* [2001] BLR 23. In this regard Cofely relies in particular on *Paice v Harding* [2015] EWHC 661, [2015] BLR 345, per Coulson J at [46]-[51] in which it was held that the explanations given by the adjudicator made apparent bias more rather than less likely having regard in particular to the "aggressive" and "unapologetic" terms in which they were expressed which suggested that he had concluded that something had gone wrong and that "attack was the best form of defence".

Institutional Rules and Guidelines

76. Cofely relies upon a number of Rules and Guidelines as providing relevant guidance.

77. Rule 3 of the CIArb Code of Professional and Ethical Conduct for Members (October 2000) states:

> "Both before and throughout the dispute resolution process, a member shall disclose all interests, relationships and matters likely to affect the member's independence or impartiality or which might reasonably be perceived as likely to do so."

78. Cofely contends that the disclosure obligation should be followed where there is any doubt as to the relevance of the information and the manner in which an arbitrator discharges this obligation can be relevant to the issue of apparent bias.

79. Cofely further contends that the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration provide relevant guidance showing what is considered to be accepted good arbitral practice generally. Cofely draws particular attention to General Standard 2 – Conflicts of Interest; General Standard 3 – Disclosure by the Arbitrator; 'Orange list' definition; Orange list 3.1.3; and Orange list 3.1.5.

80. The explanations for General Standard 3 state at 3 (a) that "the arbitrator's duty to disclose … rests on the principle that the parties have an interest in being fully informed of any facts or circumstances that may be relevant in their view " and at 3 (c) "it is the purpose of disclosure to allow the parties to judge whether they agree with the evaluation of the arbitrator and, if they so wish, to explore the situation further …".

81. The Orange List is "a non-exhaustive list of specific situation that, depending on the facts of a given case, may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence … with the consequence that the arbitrator has a duty to disclose such situations …" and contains the following provisions:

> 3.1.3 – "the arbitrator has, within the past three years, been appointed as an arbitrator on two or more occasions by one of the parties, or an affiliate of one of the parties";
>
> 3.1.5 – "the arbitrator currently serves, or has served within the past three years, as arbitrator in another arbitration involving one of the parties, or an affiliate of one of the parties".

82. Cofely places particular reliance upon the CIArb form signed by Mr Bingham on his acceptance of his nomination. This included the statement that:

> "To the best of my knowledge I am not aware of any involvements, interests, relationships or other matters which are likely to affect my independence or impartiality or which might reasonably be perceived as likely to do so. If I become aware, at any future stage of the dispute resolution process, of any interests, relationships or other matters which are likely to affect my independence or impartiality, or might reasonably be perceived as likely to do so, I will disclose those to the parties.."

83. Mr Bingham also left blank the answer to the following question:

> "If you are aware of any involvement, however remote, but in particular an involvement you or your firm has (or has had in the last five years) with either party to the dispute please disclose."

The evidence

84. In support of its application Cofely relies on two witness statements of Mr Thwaite of SH and the extensive exhibits thereto. In response to the application there is a witness statement from Mr Bingham and from Mr Rainsberry of Knowles together with exhibits. Both state that they adopt a neutral stance to the application since it is a matter for the Court and their concern is simply to ensure that the Court is fully informed. That position has been restated by their counsel in their submissions to the Court. Cofely disputes that either the evidence or the submissions are as neutral as claimed.

85. Mr Bingham's witness statement includes the following explanations:

> "56. Cofely replied to my Memo No.2 in their letter of 27 March 2015, expressing

> concern that I had not disclosed the information which they had obtained on enquiry at the time of my appointment in 2013. My reason was and remains that, at the time and even after further enquiry and debate with the parties, I could not see its relevance or that such information ought ever to have been the subject of disclosure by me before accepting the appointment upon nomination by the CIArb in February 2013.
>
> ....
>
> 58. When there is assertive/challenging/perhaps even bullying behaviour aimed at the arbitrator or something that could fall within a Section 73 objection, my approach is to take the initiative where I can and immediately get the complainant and the other party to the table so that we can identify the issue, deal with the bullying and make a ruling which resolves the issue one way or the other. Section 73 of the Act calls for "forthwith" action by the objecting party…so too by the arbitrator.
>
> ....
>
> 63. Although I could see no relevance to Cofely's requests for details of the number of times I had been appointed as arbitrator or adjudicator in cases where Knowles was either the party or a representative of a third party (substantially the latter), I set out below the relevant information and particulars….."

The grounds of the application under section 24(1)(a)

86. Cofely relies upon seven grounds which are relied upon cumulatively as giving rise to the real possibility of bias. In addition it is submitted that grounds (3)(4)(5) and (6) are sufficient to question Mr Bingham's impartiality by themselves.

Ground (1) - The Eurocom case

87. Cofely submits that an objective and fair minded observer would note the following as a result of this decision:

> (1) Mr Bingham was clearly someone Knowles was keen to see appointed (even at the expense of making fraudulent misrepresentations to manipulate the appointment process);
>
> (2) Knowles was also very keen to exclude (for inappropriate reasons) many other potential adjudicators from acting;
>
> (3) Knowles indicated that this was its usual approach when seeking appointments via appointing bodies such as the RICS;
>
> (4) One possible explanation for this approach was that Knowles (and its clients) were treated favourably by Mr Bingham on prior occasions and that it expected that he would do so again in the future. A possible reason for this was that Mr Bingham was predisposed to favour Knowles or its clients (perhaps by virtue of his familiarity with Knowles or the regularity in which he was appointed in relation to claims involving them as a party or client representative);
>
> (5) Mr Bingham would have been aware from copies of the appointment forms that Knowles were in the habit of both (i)

nominating individuals that it liked and (ii) excluding those that it did not;

Ground (2) - Response to Cofely's requests for information

88. Having been put on notice of a possible inappropriate relationship between Mr Bingham and Knowles, Cofely submits that it quite reasonably sought further information as to the nature and extent of their professional relationship.

89. Cofely contends, however, that the way that Mr Bingham responded to this justified questioning would lead the fair minded observer to have increased concern regarding the possibility that he was biased. In particular:

> (1) Mr Bingham's response between February and April 2015 to SH's numerous requests for details relating to his previous work as tribunal in Knowles related cases was evasive, defensive and unjustified.
>
> (2) The information requested in the letter 11 March 2015 (especially as to the number of referrals/appointments made involving Knowles and the proportion of his income derived from the same) was or might be considered as relevant to the independent objective observer considering the question of apparent bias, but at no stage did Mr Bingham indicate a serious attempt to consider, by reference to the appropriate guidance, whether this information should be volunteered or not.
>
> (3) His willingness to volunteer or corroborate relevant information appeared to be led by the attitude of Knowles to these matters – most seriously in the timing of his decision to disclose information relating to his earnings (which appears to have been triggered by a request from Knowles).

Ground (3) - The hearing

90. Cofely submits that Mr Bingham's defensive approach to providing the requested information and, in particular, the hostile stance taken to Cofely's position also demonstrates, by itself, reasonable grounds to suspect a real possibility of bias. In particular:

> (1) The objective perception of a real risk of bias was exacerbated by (i) the calling of a hearing to ostensibly consider whether the tribunal had been properly appointed, (ii) the way the hearing was conducted and (iii) the way in which a 'ruling' was handed down purporting to deal with apparent bias.
>
> (2) The fact that a 'hearing' was called in the first place and an (unrequested) 'ruling' provided demonstrates that Mr Bingham has descended into the arena on this topic in a wholly inappropriate way by seeking to press the parties into a conclusion that would justify his remaining as arbitrator, rather than providing the requested information to enable Cofely to

then decide on the appropriate course of action.

(3) Mr Bingham's aggressive and dismissive demeanour and questioning of Cofely's counsel also demonstrated a lack of understanding of the need to be seen to be impartial and concerned to disclose potentially relevant information.

Ground (4) - The relevant relationship information

91. Cofely submits that it is against this background that the information now available as to the nature and extent of Mr Bingham's professional relationship with Knowles has to be considered. It identifies the most relevant information to be as follows.

(1) In the past three years Mr Bingham has acted as arbitrator or adjudicator 25 times in cases involving Knowles as a party or the representative of a party;

(2) Of these 25 appointments, 22 related to cases where Knowles acted for the claimant / referring party and Knowles itself was the claimant / referring party in 3 cases.

(3) Mr Bingham has been appointed as arbitrator or adjudicator a total of 137 times in the past 3 years and therefore 18% of Mr Bingham's appointments involve Knowles either as claimant/referring party or acting for the claimant/referring party.

(4) According to Knowles, of those 25 appointments: in one, Mr Bingham was already the Tribunal in a case arising out of the same contract and Knowles told the relevant nominating body that this was the case; in three Knowles suggested a list of three names including Mr Bingham, which includes the *Eurocom* Case; in two Knowles specifically requested that Mr Bingham be appointed (including the arbitration which is the subject of these proceedings); in the remaining 19 cases, Mr Bingham was nominated by the relevant nominating body.

(5) In all 25 of the cases where Mr Bingham was appointed by a nominating body, Knowles has admitted that it requested that the candidate be both a "QS and barrister" and in most cases a QS and practising barrister.

(6) This approach significantly reduces the pool of possible candidates and increases the likelihood of Mr Bingham being appointed. By way of example, in the case of the RICS, which has 109 possible candidates, only 5 are both practising barristers and quantity surveyors and so this qualification reduces the pool to just 4% of the total number of candidates.

(7) On 16 out of the 25 occasions when Mr Bingham has been nominated the exclusion of others has been sought and so all of these may have been the subject of behaviour of the kind undertaken in the *Eurocom* case.

(8) In 18 of those 25 cases Mr Bingham found in favour of Knowles or Knowles' client (72%).

(9) 25% of Mr Bingham's total income as adjudicator/arbitrator in the past three years has come from the 25 appointments involving Knowles.

92. Cofely submits that taken by itself or in combination with the other matters referred to above, a fair minded observer would conclude that Mr Bingham has or has an appearance of a significant financial dependence and/or interest in continuing to be appointed in cases involving Knowles and that therefore he may be unconsciously influenced to find in favour of Knowles as a result and/or not to fall out of favour with them.

Ground (5) - Mr Bingham's witness statement

93. Cofely submits that Mr Bingham's statement in these proceedings makes the possibility of apparent bias more, rather than less, likely. In particular:

(1) Rather than stay neutral, Mr Bingham has seen fit to make positive statements in opposition to Cofely's application (regarding the relevance of the information that was sought/provided, the behaviour aimed at him and possible application of section 73 of the Act).

(2) Mr Bingham has wholly inappropriately suggested that Cofely's requests for information amounted to aggressive and/or bullying behaviour.

(3) This response illustrates a complete failure (even now) of Mr Bingham to appreciate (at the very least) the *possible* relevance of the information that was sought and his obligation to err on the side of caution in relation to the disclosure of such matters. It also shows that Mr Bingham has descended inappropriately into the arena of the dispute. In essence, his statement is aggressive and unapologetic.

(4) Mr Bingham appears to have interpreted a process whereby Cofely reasonably sought information regarding, in particular, the proportion of his earnings derived from Knowles related referrals, as an unwarranted attack on him – rather than a justified attempt to obtain a full picture of the extent to his recent professional relationship with Knowles.

(5) On any view Mr Bingham has taken sides in this application.

Ground (6) - Unilateral communications with Knowles

94. Cofely submits that Mr Bingham appears to have been engaging in inappropriate unilateral communications with Knowles. For example, his statement suggests that he received the letter sent by SH to Knowles on 22 February 2015 in spite of the fact that it was not sent to him by SH at that time.

Ground (7) - General conduct of the Referral.

95. Cofely submits that in the period prior to February 2015 it is notable that:

> (1) Mr Bingham responded in strikingly different ways to the parties' respective section 47 applications; and
>
> (2) Mr Bingham made no effort to progress Cofely's section 47 application at all – contrary to his obligations under section 33 of the Act – or even respond to Cofely's requests to progress it.

96. Knowles' stated position was one of neutrality but it draws attention to the following points in particular:

> (1) The world of construction professionals is relatively small and it is inevitable that Mr Bingham will have had exposure to Knowles and vice versa
>
> (2) Cofely has itself been involved in adjudications by Mr Bingham.
>
> (3) Mr Bingham has never advised or acted as counsel for Knowles.
>
> (4) Knowles completes its applications on a case by case basis and it sets out the qualifications it considers appropriate to the case in hand.
>
> (5) Whilst disclosure was called for under the Acceptance of Nomination and the guidance provided by the Orange List, non-disclosure does not in itself give rise to justifiable doubts as to impartiality.
>
> (6) The *Eurocom* case was factually very different.
>
> (7) Whilst it might be fair to say that there was an element of aggression in Mr Bingham's exchanges with Cofely and its counsel this can be seen as being no more than professional pride being hurt by what were perceived to be unwarranted allegations.

97. Mr Bingham's position was also one of neutrality. He draws attention to the following points in particular:

> (1) Some of the facts relating to the relationship between Mr Bingham and Knowles is knowledge only recently acquired.
>
> (2) Mr Bingham was not accusing Cofely of bullying tactics. His reference to bullying referred to a general concern to the ADR community rather than this case.
>
> (3) Mr Bingham is known to be forthright and decisive.
>
> (4) Whilst legitimate and reasonable enquiries and concerns of

a concerned party should be addressed, there is a line beyond which such inquiries are unnecessary and intrusive.

(5) Knowles is a substantial organisation which regularly appoints arbitrators and adjudicators. None of the appointments identified over the last three years involve Knowles appointing Mr Bingham directly.

(6) Cofely has sought his appointment by specific reference to his name in the past.

Findings

98. The following findings are made viewing the facts as a fair minded and informed observer having regard to the guidance provided by the authorities referred to above and the evidence and submissions of Mr Bingham and Knowles.

99. I do not consider that find that Grounds (6) and (7) provide any basis for concluding that there was a real possibility of bias, whether considered individually or together with the other grounds relied upon.

100. In relation to Ground (6), on further investigation by Mr Bingham and Knowles' solicitors it has been established that SH's letter was not in fact received by Mr Bingham until it was sent to him by SH as an attachment to their 11 March 2015 letter. Even if it had been, I would not regard the forwarding of that (single) communication as any indication of apparent bias.

101. In relation to Ground (7), I do not consider that there was anything untoward in Mr Bingham's conduct of the section 47 applications. Knowles' application was an application for an immediate money award for sums which it said were indisputably due. Whether or not that was so turned on a short point of construction. One would expect such an application to be progressed reasonably promptly, as it was.

102. Cofely's own application was not for any monetary award but for directions as to the issues to be tried, which is more of a case management matter. Having made the application Cofely did nothing to pursue it for many months. The next step was Mr Bingham himself taking the initiative and issuing his Memo no. 1 on 9 April 2014. This invited the parties to comment. Nothing was heard from either party until SH's letter of 6 June 2014. There was then a further period of inactivity until early the following year when Cofely began its requests for further information. No complaint was made about any failure to progress the section 47 application until that time. Whilst Mr Bingham could have been more pro-active in dealing with the application, if Cofely had any concern about this it could and should have taken action itself and/or raised that concern. It did neither.

103. I do, however, consider that Grounds (1) to (5) raise concerns of apparent bias.

104. The starting point is the relationship between Mr Bingham and Knowles as now disclosed by the evidence. This is set out in detail in paragraph 91 above, but of most significance it that it shows that over the last three years 18% of Mr Bingham's appointments and 25% of his income as arbitrator/adjudicator derives from cases involving Knowles.

105. Mr Bingham's attitude to this, as made clear at the hearing and as maintained in his statement, is that this is irrelevant as all these appointments were made by an appointing body rather than Knowles directly. On this logic even if all his income derived from cases involving Knowles there would still be no cause for concern.

106. It is to be noted, moreover, that the CIArb acceptance of nomination form calls for disclosure of "any involvement, however remote," with either party over the last five years. Acting as arbitrator/adjudicator in cases in which Knowles is a party or a representative of a party is a form of involvement.

107. Further, the evidence shows that even though Knowles does not appoint an arbitrator/adjudicator directly, it is able to influence and does influence such appointments, both positively and negatively. It does so positively by putting forward the name of its chosen appointee either on his/her own or with others. It also does so more indirectly by identifying required characteristics that will only be shared by a small pool of people. It does so negatively by putting forward a list of those potential appointees that it does not wish to be appointed and who are said to be inappropriate. These practices would be apparent from the appointment forms which, as was common ground, would have been forwarded to Mr Bingham. Their significance is highlighted by the *Eurocom* case which provides a striking example of Knowles steering the appointment process towards its desired appointees, and doing so as a matter of general practice.

108. The existence of Knowles' appointment "blacklist" is itself a matter of significance. It means that the arbitrator/adjudicator's conduct of the reference may lead to him/her falling out of favour and being placed on that list and thereby effectively excluded from further appointments involving Knowles. That is going to be important for anyone whose appointments and income are dependent on Knowles related cases to a material extent, as is the case for Mr Bingham.

109. It is right to observe that only 3 of the 25 cases (including the present case) involve Knowles as a party. However, that would be sufficient to trigger disclosure under both the acceptance of nomination form and under the Orange List guidance. In any event, it is self-evident that, in many cases in which Knowles acts as claims consultant for the referring party, it is likely to have a significant say both in who should be put forward as arbitrator/adjudicator, either expressly or impliedly by reference to narrow qualification requirements, and also in who should be sought to be excluded.

110. The concerns raised by the relationship evidence are heightened by Mr Bingham's response to Cofely's inquiries and application. In the light of the *Eurocom* case it was reasonable for Cofely to inquire into the nature of the relationship between Mr Bingham and Knowles. They did so in courteous terms and sought answers to questions which Knowles considered it appropriate to answer. Mr Bingham's essential response, however, involved avoiding addressing the requests and instead giving the appearance of seeking to foreclose further inquiry by demonstrating their irrelevance and, moreover, doing so in an aggressive manner.

111. Whilst it was reasonable for Mr Bingham to call for a meeting to seek to address the concerns raised by Cofely, the meeting instead became a means by which Mr Bingham would arrive at a "ruling" on apparent bias. Neither party, however, was seeking such a "ruling", nor was it an appropriate matter for him to be making a "ruling" upon. As was made clear, all Cofely was seeking was further information in order to decide what position to adopt in relation to the concerns it had raised. There was as yet no question of Mr Bingham being asked to recuse himself and inquiries were still at the information gathering stage. Mr Bingham gave the impression that he was seeking to pre-empt that process by pressurising Cofely into acknowledging that there was no issue to be explored.

112. Of further concern is the manner in which this was done at the hearing. Excerpts of the transcript have been set out above. They illustrate how Mr Bingham was effectively cross examining Cofely's counsel and doing so aggressively and in a hostile manner. Although counsel had explained that all that was being sought at this stage was information and that Cofely was not yet in a position to state what it ultimate stance was to be, Mr Bingham continually pressed him to state its position and

sought to demonstrate at the hearing and through his "ruling" that there were no grounds for concern. I agree with Cofely that Mr Bingham was thereby descending into the arena in an inappropriate manner.

113. These concerns are further heightened by Mr Bingham's witness statement. This shows that even now Mr Bingham does not recognise the relevance of the relationship information or the need for any disclosure. There is also no hint that Mr Bingham regards his conduct of the April 2015 hearing as in any way inappropriate. This lack of awareness demonstrates a lack of objectivity and an increased risk of unconscious bias.

114. In addition the statement does suggest that Mr Bingham regarded and regards Cofely's requests for information as "assertive, challenging, perhaps even bullying behaviour". This is consistent with his own assertive response at the time. However, the reality is that in general Cofely's inquiries were reasonably made and expressed, particularly in so far as they sought a general statement as to the proportion of appointments and income derived from Knowles related cases over the last three years. Mr Bingham appears, however, to have considered Cofely's inquiries to amount to an unwarranted attack on him and in turn to have seen attack as the best form of defence – this involved descending into the arena.

115. For all these reasons I consider that there is force in Grounds (1) to (5) relied upon by Cofely and that considered cumulatively they do raise the real possibility of apparent bias.

116. Where there is actual or apparent bias there is also substantial injustice and there is no need for this to be additionally proved – see, for example, *Lesotho Highlands v Impreglio* [2006] 1 AC 221 at [35]; *ASM Shipping Ltd of India v TTMI Ltd of England* [2006] 1 CLC 656 (Comm).

Section 73

117. This was raised as a potential issue by both Mr Bingham and Knowles, although neither advanced a positive case as to its application. On my findings the issue of apparent bias does not arise out of the earlier conduct of the arbitration reference but only out of events from March 2015 onwards. From March until July 2015 Cofely was involved in an information gathering exercise which continued until the important information provided by Knowles in its 3 July letter. It was not in a position to decide whether there were grounds for objection until that information gathering was as complete as it was likely to be. Bias is not an issue to be raised lightly. Moreover, the only part it was playing in the proceedings during this period was in pursuing its information requests. In all the circumstances I am satisfied that section 73 has no application in this case.

Conclusion

118. For the reasons outlined above I find that Cofely has established the requisite grounds for removal of Mr Bingham as arbitrator under section 24(1)(a) of the Act. If Mr Bingham does not resign an order for removal will accordingly be made. I will hear counsel further as to what further orders may be appropriate in the light of that determination. Although I have found that the case of apparent bias is made out, I have also found that there is nothing untoward about the Partial Award or the conduct of the arbitration up until March 2015.

BAILII: Copyright Policy | Disclaimers | Privacy Policy | Feedback | Donate to BAILII
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/240.html*

Doc. num. 53

[Home] [Databases] [World Law] [Multidatabase Search] [Help] [Feedback]

England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions

You are here: BAILII >> Databases >> England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions >> Eurocom Ltd v Siemens Plc [2014] EWHC 3710 (TCC) (07 November 2014)
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2014/3710.html*
Cite as: [2014] EWHC 3710 (TCC)

[New search] [Printable RTF version] [Help]

Neutral Citation Number: [2014] EWHC 3710 (TCC)
Case No: HT 14 250

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
QUEEN'S BENCH DIVISION
TECHNOLOGY AND CONSTRUCTION COURT

Royal Courts of Justice
Strand, London, WC2A 2LL
7 November 2014

B e f o r e :

THE HON MR JUSTICE RAMSEY

Between:

Eurocom Limited	**Claimant**
- and -	
Siemens PLC	**Defendant**

Ms Serena Cheng (instructed by Wheelers LLP) for the Claimant
Ms Fionnuala McCredie QC and Mr Paul Bury (instructed by Mr Suber Akther, Siemens PLC Legal Department) for the Defendant

---

HTML VERSION OF JUDGMENT

Crown Copyright ©

Mr Justice Ramsey:

Introduction

1. In these proceedings the Claimant ("Eurocom") seeks to enforce an adjudicator's decision against the Defendant ("Siemens"). Siemens resists the application for summary judgment on a number of grounds: that the adjudicator's appointment was invalid; that the adjudicator decided a dispute different to the one in the notice of adjudication and/or a dispute that had already been determined in a previous adjudication and that the adjudication procedure was unfair in breach of the requirements of natural justice. Siemens contends that, to the extent that the court decides that there should be summary judgment, there should be a stay of enforcement of any judgment in favour of Eurocom.

Background

2. Siemens engaged Eurocom under a sub-contract dated 20 April 2011 to install communications systems at Charing Cross and Embankment underground stations ("the Sub-Contract"). Those systems were designed and supplied by Siemens under a Main Contract with London Underground Limited. Disputes arose between Eurocom and Siemens concerning delay to the commencement of the work, variations, prolongation, delay and disruption. On 20 July 2012 Eurocom served a notice of adjudication on Siemens.

3. On 1 August 2012, Siemens sought to terminate Eurocom's employment under the Sub-Contract for default and, thereafter, alternatively at will. The notice of adjudication served on 20 July 2012 lapsed and Eurocom gave a second notice of adjudication on 8 August 2012. This led to the appointment of Mr Matthew Molloy as adjudicator in respect of this adjudication ("the First Adjudication"). He made a decision on 27 September 2012 in which he determined that, in fact, there was a net amount of £35,283.98 due from Eurocom to Siemens but that this led to no payment at that stage.

4. Over a year later, Eurocom issued a claim document dated 21 October 2013 ("the October Claim") which was accompanied by 16 files of supporting documents. That document was served by Eurocom's representative, Knowles Limited ("Knowles"). In the covering letter Knowles notified Siemens that they required the claim to be satisfied by Siemens within 28 days, failing which Eurocom would instigate proceedings.

5. On 18 November 2013 Siemens responded to that claim requesting documents and stating that they would then agree timescales to assess the claim fully. They said that "*for the avoidance of doubt, your client's claim is currently rejected.*"

6. On 21 November 2013 Knowles served notice of adjudication on Siemens in relation to the October Claim and gave notice that they would be applying to the RICS for appointment of an adjudicator forthwith. Mr Peter Giles of Knowles submitted on the same day a "*Request for nomination of an adjudicator by RICS on a construction contract*" on the RICS standard document "*Adjudication Explanatory Note (EN2C) and Application Form (DRS2C) December 2010*". On the application form there is a box underneath the following question: "*Are there any Adjudicators who would have a conflict of interest in this case?*"

7. Mr Giles completed the box as follows:

> *"We would advise that the following <u>should not</u> be appointed:*
>
> *Mr Leslie Dight and Mr. Nigel Dight of Dight and partners; Mr. Siamak Soudagar of Soudagar associates; Rob Tate regarding his fees - giving rise to apparent bias; Peter Barns for dispute of a minimum fees charge and apparent bias; Additionally Keith Rawson, Mark Pontin, J R Smalley, Jamie Williams, Colin Little, Christopher Ennis and Richard Silver, Mathew Molloy who has acted previously or anyone connected with Fenwick Elliott solicitors who have advised the Referring Party."*

8. In the RICS explanatory note it stated at paragraph 3.3 in relation to conflict of interest:

> *"If it is known that specific adjudicators would be unable to act because of a conflict of interest, please give details here. Please note: the form will automatically be copied to the responding party. Where time permits, we will allow 24 hours for a response to be made before making a nomination. RICS reserves the right to copy any correspondence to the adjudicator and to the other party."*

9. In response, also on 21 November 2013, RICS emailed Knowles acknowledging the application for the nomination of an adjudicator and emailed Siemens confirming that the RICS would nominate an adjudicator in respect of Knowles' application. The RICS did not send Siemens a copy of the application form completed by Knowles.

10. On 22 November 2013 the RICS nominated Mr Anthony Bingham as the adjudicator in this adjudication ("the Second Adjudication"). The referral was served by email and web link on 22 November 2013 and hard copies of the referral with 16 files of attached documents were served on 26 November 2013. This started the 28 day period in which the adjudicator had to reach his decision. The adjudicator directed that Siemens should put in its response by 5 December 2013. Siemens served its response by email on 5 December 2013 and sent supporting documents in hard copy on the morning of 6 December 2013.

11. On 9 December 2013 Knowles requested leave to serve a reply by 13 December 2013 and agreed to give the adjudicator an additional day in which to make his decision, extending the date to 4 January 2014.

12. Knowles emailed its reply on 13 December 2013 by posting it on a weblink. That weblink, as in the case of the referral, seems to have prompted a security message on Siemens' computers warning against downloading from the link. In the event Siemens were able to access the weblink. Hard copies of the reply were served on 17 December 2013.

13. On 16 December 2013 Siemens sought leave to serve a short rejoinder. The adjudicator responded the same day and gave Siemens leave to serve a rejoinder on 18 December 2013, with Eurocom having the last word on 21 December 2013. The time for the decision was then extended to 14 January 2014.

14. Siemens served its rejoinder on 18 December 2013. On 20 December 2013 Knowles requested an extension to 23 December 2013 for service of its "last word" submission, and agreed to put back the decision date to 16 January 2014. The adjudicator responded, agreeing. Siemens responded saying that the 28 days could only be extended by the referring party unilaterally to 42 days and that any extension beyond the 42 days required the agreement of the responding party. Given the date of Eurocom's referral being 26 November 2013, Siemens said that Eurocom could only unilaterally extend the date of decision to 10 January 2014 but that Siemens consented to extending the period for the decision to 14 January 2014. Siemens requested that Eurocom's final submissions should be served as originally directed on 21 December 2013.

15. On 23 December 2013 Eurocom emailed the weblink from which Siemens could download Eurocom's final submissions, which was given the title "surrejoinder". Hardcopies of the surrejoinder were served on the morning of 24 December 2013, accompanied by six lever arch files of documents. In the covering letter Knowles said that, to the extent that the surrejounder referred to and exhibited additional material that had not been addressed by Siemens, Eurocom was prepared to agree a reasonable time in which Siemens could make comments.

16. Siemens objected to the documents by letter dated 24 December 2013 in which it said that Siemens was closed for business from that afternoon until 6 January 2014 and that Siemens' team was not available until that date. Siemens indicated that it would require at least until 20 January 2014 to respond. Correspondence was exchanged on 27 and 31 December 2013. This culminated in an email from the adjudicator on 31 December 2013, confirming that the decision date remained at 14 January 2014 provided that Siemens served its submissions by 5:00pm on Friday 3 January 2014. Siemens emailed its submissions on 3 January 2014.

17. On 5 January 2014 the adjudicator emailed Siemens with a question concerning the extension of time provisions in clauses SC2.5 and 2.3(a). On 6 January 2014 Siemens responded to those questions and also a question raised by the adjudicator in his email of 31 December 2013 concerning the effect of the decision on extension of time in the First Adjudication.

18. On 7 January 2014 Knowles sought leave to send a further short submission in response. On 9 January 2014 the adjudicator posed questions concerning the variations account and, in particular, which of the "*incident numbers*" dealt with in the First Adjudication were binding. Knowles and Siemens responded to those queries later on 9 January 2014. The adjudicator asked for the time for his decision to be extended from 14 to 21 January 2014. Knowles agreed on the same day and, after initially imposing conditions on such an extension, Siemens also agreed to extend time to 21 January 2014.

19. Siemens also sought permission to serve submissions in response to the surrejoinder. The adjudicator gave permission and Siemens emailed those submission on 10 January 2014. The adjudicator sent further emails asking for comments on various points. On 11 January 2014 the adjudicator requested Eurocom to provide some "*signposting*" in relation to various variations. Knowles responded to that request on 14 January 2014 in some seven emails.

20. On 16 January 2014 Siemens objected to the responses provided by Knowles which it said included substantial further documentation. Siemens requested that the adjudicator should refuse to admit any new documents at that late stage. On the basis that the parties agreed to extend time to 28 January 2014 the adjudicator gave Siemens until 22 January 2014 to serve a response in relation to Eurocom's latest submissions. That extension was granted by the parties on 21 January 2014.

21. On 22 January 2014 Siemens sent its response to Eurocom's submissions. On 23 January 2014 the adjudicator sent a list of questions which he was intending to answer in his decision, asking whether he had missed any issue. On 24 January 2014 the adjudicator raised queries as to the parties' case on the quantum of each variation for each "*incident number*". Those were responded to on 24 and 25 January 2014.

22. On 26 January 2014 the adjudicator sent an email to the parties saying "*The position appears to be that the task of valuing Variations is that of Siemens see clause 6.2. Comment welcome.*" He followed that with a further email on 27 January 2024 saying "*Does the adjudicator take the values advanced by [Eurocom] if [Siemens], in breach, has not valued at all when the adjudicator accepts that they are to be valued? Must press you for a comment since the Award is to be served tomorrow.*"

23. On 27 January 2014 Knowles responded to those points, as did Siemens, who said that the adjudicator's suggestion as to the effect of Clause 6.2 was not part of Eurocom's case in the adjudication. However, without prejudice to that submission, Siemens answered the query raised by the adjudicator. Knowles then responded to Siemens' submissions.

24. On 28 January 20204 the adjudicator issued his decision which, as amended under the slip rule on 6 February 2014, decided that Eurocom was entitled to £1,521,313.75, together with £93,029.38 interest, making a total of £1,614,343.13.

25. Meanwhile, on 29 November 2013, Siemens had asked the RICS to provide a copy of all communications from and on behalf of Eurocom including, in particular, the written request dated 21 November 2013 and any completed application form. In response on 2 December 2013, the RICS case officer said:

> *"I can advise that we are unable to provide copies of any documentation received. I would suggest you contact the referring party directly to obtain copies of the documents you require."*

26. Siemens responded, disagreeing with that position and asking for the name of the RICS team manager. This was sent to Siemens on 9 December 2013. Siemens then wrote to the RICS on 6 January 2014 and, as a result of that letter, on 7 January 2014 the RICS provided Siemens with Knowles' covering letter and the application form dated 21 November 2013.

27. On 10 January 2014 Siemens wrote to Knowles concerning the application form, asking for an explanation, amongst other things, of the conflicts of interest which were alleged against the various individuals identified in the conflict of interest box on the form. No response was received from Knowles and on 14 February 2014 Siemens wrote to both Knowles and the RICS. Attached to those letters, Siemens included a table setting out responses from the individuals identified stating whether or not they had a conflict of interest. No response was received from Knowles to this letter.

28. On 27 May 2014 Wheelers LLP, who were instructed on behalf of Eurocom, wrote to Siemens seeking payment of the sums awarded by the adjudicator, indicating that they would issue enforcement proceedings if the money was not received.

29. In reply, Siemens said that, if enforcement proceedings were brought, they would be resisted and one of the issues would be the nomination process for the appointment of the adjudicator. They attached the letters to Knowles written on 10 January 2014 and 14 February 2014.

30. On 25 July 2014 Eurocom commenced these proceedings against Siemens and issued an application for summary judgment supported by the witness statement of James Palmer; a partner at Wheelers LLP.

31. On 28 July 2014 Mr Justice Edwards-Stuart gave direction leading to a hearing on 29 August 2014. At paragraph 3 of that Order he gave the following direction:

> "*Within seven days of service of this order the Claimant is to disclose copies of all communications relating to the appointment of the adjudicator and, in relation to any potential adjudicator whom it claimed to have a conflict of interest, within ten days of service of this order it is to state briefly what that conflict of interest was.*"

32. On 1 August 2014 those directions were amended so as to lead to a hearing on 12 September 2014.

33. In response to that direction, Mr. Giles of Knowles put in a witness statement dated 6 August 2014.

34. In response to Eurocom's application, Siemens served three witness statements dated 29 August 2014, from Mr Suber Akther, a solicitor at Siemens who had been dealing with the adjudication, from Mr. Jason Stephens of EC Harris LLP who had been involved in both the First and Second Adjudications and from Mr. Benjamin Burley of EC Harris LLP, who carried out delay analysis in the two adjudications.

35. In reply Eurocom served four further witness statements dated 5 September 2014: a second witness statement from Mr. Giles and witness statements from Mr. Paul Reynolds of Haslers, Chartered Accountants and Business Advisors who act as accountants and auditors for Eurocom, Mr. Andrew Rainsberry of Knowles and Mr. Niall Tiernan of Knowles, a Chartered Quantity Surveyor and Solicitor, who carried out a quantum role in the Second Adjudication.

36. There were further witness statements: a third Witness statement of Mr Akther dated 8 September 2014 and a second witness statement of Mr. Rainsberry dated 9 September 2014.

The Issues on this Application

37. The issues raised on this application to enforce the adjudicator's decision in the Second Adjudication by way of summary judgment can be summarised as follows:

> (1) Whether the appointment of the adjudicator in the Second Adjudication was invalid because of the information provided by Mr Giles of Knowles to the RICS in making the application for the appointment of an adjudicator and/or by the action of the RICS in failing to raise conflicts of interest with Siemens in accordance with the procedure in their explanatory notes.
>
> (2) Whether the decision in the Second Adjudication sought to adjudicate again on the same or substantially the same matters as had been referred to and/or decided in the First Adjudication.
>
> (3) Whether the adjudicator in the Second Adjudication adopted a procedure which contravened the rules of natural justice.
>
> (4) Whether there should be a stay of enforcement of any sums awarded by way of summary judgment.

38. On 15 September 2014 I notified the parties of my decision to dismiss Eurocom's application for summary judgment. I now set out my reasons for that decision.

Appointment of the Adjudicator

39. Ms Fionnuala McCredie QC, who appears with Mr. Paul Bury on behalf of Siemens, submits that the application form sent to the RICS seeking the appointment of an adjudicator misrepresented to the RICS that a number of individuals had a conflict of interest. She refers to the application form and says that there was a plain representation that each of the individuals named in answer to the question: "*Are there any Adjudicators who would have a conflict of interest in this case?*" had a conflict of interest in relation to this case.

40. She refers to the responses from each of the individuals indicating that they have no conflict of interest and to the evidence of Mr Giles and, in particular, his evidence at paragraph 9 of his first witness statement where he said:

> *"On the same page of the application form there is a box headed "Are there any adjudicators who would have a conflict of interest in this case?". I largely use this box as a means of stating to which adjudicators, based on past experience, I would not send a referral document: in effect a pre-emptive rejection list. This saves time and money that would otherwise be expended in allowing notices of adjudication to lapse and reapplying for alternative adjudicators. In the instances where there is a conflict I obviously say why."*

41. Ms McCredie submits that on the basis of this evidence from Mr Giles, he accepts that he did not properly answer the question but merely referred to people without any conflicts of interest who he did not want to be appointed. In relation to two people she refers to Mr. Giles' explanation in paragraph 10 of his first witness statement where he sets out why he considers they would have a conflict of interest. She submits that those matters would not, in fact, even amount to such a conflict in those cases.

42. In particular, she refers to the inclusion in the list of the adjudicator in the First Adjudication, Mr. Molloy, and the conflict of interest being said to be based on the fact that he had "*acted previously*". She says that this would have had the result that, despite the RICS policy set out in the explanatory notes of nominating the same adjudicator in serial adjudications, Mr. Molloy would not be appointed. She then refers to paragraph 11 of Mr Giles' first witness statement where he says, in relation to Mr. Molloy:

> *"With regard to Mr. Matthew Malloy who had adjudicated on a previous dispute between the parties, I considered that he had been inundated with jurisdictional challenges during that adjudication and I thought a fresh mind was appropriate."*

43. She submits that this is an unsustainable basis for Mr Giles to assert that there was a conflict of interest and notes that this reasoning was not put forward at the time.

44. She also refers to paragraph 13 of Mr. Giles' first witness statement where he concludes, after dealing with what he accepts is an incorrect reference to Fenwick Elliot Solicitors, with the following statement:

> *"In respect of all other persons listed in the box headed "Are there any adjudicators who would have a conflict of interest in this case?" these do not have a conflict as such. They are, as I described earlier in this statement,"*

45. Ms McCredie submits that on the basis of that evidence there was a clear misrepresentation by Mr. Giles. She submits that a false statement was made deliberately and/or recklessly by Mr. Giles and that a nomination based upon such a misrepresentation is invalid and a nullity so as to go to the foundation of the adjudicator's jurisdiction. She refers to the decision of the Court of Appeal in Rous v Mitchell [1991] 1 WLR 469 in which a notice to terminate an agricultural tenancy had contained a fraudulent statement and it was held that this rendered the notice a nullity and made it invalid.

46. Alternatively, Ms McCredie referred to the decision of Akenhead J in Makers UK Limited v The Mayor and Burgesses of the London Borough of Camden [2008] EWHC 1836 (TCC) in which Camden had argued that there was an implied term of the construction contract that: "*neither party may seek to influence unilaterally the nominator's determination regarding the identity of an adjudicator, by making unilateral representations to the nominator concerned whom he should nominate or otherwise*". In that case, for the reasons set out at [29], Akenhead J held that such a term could not and should not be implied but later in [29] he made the following observation:

> *"(7) It might be possible to imply a term by which the party seeking a nomination should not suborn the system of nomination. Thus, (wholly irrelevant here) bribing the nominator would by one route or another invalidate the nomination or the nomination of someone one knew was actually biased in favour of the requesting party could be undermined. In the latter example, the adjudicator's decision would in any event be unenforceable on non jurisdictional grounds. However, that term is not alleged in this case and the facts do not begin to support a breach of*

such a term.

...

I am unconvinced that, even if the Implied Terms applied, a breach of it would, in the absence of impropriety, undermine or invalidate the appointment of the adjudicator. The appointment would still be valid having resulted from an application for nomination and the nominator, acting in good faith, would formally have nominated a person properly. The remedy would be damages for breach of the Implied Term, which could include the wasted costs of the adjudication."

47. On this basis Ms McCredie submits, in the alternative, that it was an implied term of the Sub-Contract that the party seeking a nomination should not subvert the integrity of the nomination process by knowingly or recklessly making false representations to the adjudicator nominating body or so as improperly to limit or fetter the ability of the nominating body to chose an adjudicator. She submits that the term meets the test for an implied term, as formulated by Lord Hoffmann in Attorney General of Belize v Belize Telecom [2009] UK PC 10.

48. She submits that in this case those representing Eurocom knowingly or recklessly misrepresented that a number of adjudicators had a conflict of interest and that this was improper and had the effect of subverting the integrity of the nomination process and/or limiting or fettering the nomination process. She submits that this was a breach of the implied term. She referred to statements within the explanatory notes indicating that the RCIS would not appoint somebody with a conflict of interest and says that this emphasizes the importance attached by the RICS to the answers given in the application form.

49. In the further alternative, she submitted that there was a breach of natural justice in the nomination process because the RICS had a policy that, if one party claimed that certain adjudicators had a conflict of interest, the application form would be sent to the responding party, Siemens, in this case. She says that, as set out in the evidence, the RICS did not follow this course and therefore denied Siemens the opportunity to make representations to the RICS in response to Eurocom's misrepresentations. She says that Siemens was not provided with a copy of the application form, either by Knowles or by the RICS. She submits that, had Siemens been given the opportunity to make such representations, it would have been able to clarify the position in relation to conflicts of interest and in particular could have clarified Mr Molloy's position. She submits that the breach of natural justice was material since, in accordance with the normal policy of the RICS, it would have been likely to have led to Mr Molloy's appointment; particularly in a case where one of the main issues was the overlap between the First and Second Adjudications.

50. Ms Serena Cheng, who appeared on behalf of Eurocom, submits that Siemens are reading too much into the box on the application form completed by Mr Giles. She refers to the initial words inserted by Mr Giles in the box "*we would advise that the following should not be appointed*". She submits that this did not, in terms, say that each one of those individual had a conflict of interest. She says that all that Mr Giles did was to complete a box advising the RICS that certain adjudicators should not be appointed. She says that, as Mr Giles said in his witness statement, he had done this in order to avoid the need for a party dissatisfied with a nominated adjudicator to have to give a further notice of adjudication as it was entitled to do following the decision of the Court of Appeal in Lanes Group PLC v Galliford Try Infrastructure Limited [2011] EWCA Civ 1617.

51. She submits that the fact that the RICS' nomination was made following representations from Eurocom does not affect the jurisdiction of the adjudicator because there is no implied term preventing a party from making such representations and, even if there was, a breach of any such terms would not invalidate a subsequent nomination. She relies on the decision of Akenhead, J in Makers v Camden.

52. Further Ms Cheng submits that the circumstances do not give rise to a breach of natural justice and that Siemens wrongly seeks to impose natural justice requirements, which apply in the context of the adjudication, to the nomination of an adjudicator by an adjudicator nominating body. She relies on the speech of Lord Bridge of Harwich in Lloyd v McMahon [1987] AC 625 at 702 where he said as follows:

"My Lords, the so-called rules of natural justice are not engraved on tablets of stone. To use the phrase which better expresses the underlying concept, what the requirements of fairness demand when anybody domestic, administrative or judicial has to make a decision which would affect the

> *rights of individuals depends on the character of the decision-making body, the kind of decisions it has to make and the statutory or other framework in which it operates. In particular it is well-established that when a statute has conferred on any body the power to make decisions affecting individuals, the court will not only require the procedure prescribed by the statute to be followed, but will readily imply so much and no more to be introduced by way of additional procedural safeguards as will ensure the attainment of fairness."*

53. She says that an adjudicator nominating body is defined for in paragraph 2(3) of Part I of the Scheme for Construction Contracts ("the Scheme") as a body which holds itself out publicly as a body which will select an adjudicator when requested to do so. She submits that such a body does not make a substantive decision affecting the right and liabilities of the parties. She says that the statutory and judicial framework for the Scheme provides, under paragraph 4 of Part I of the Scheme, for an adjudicator to "*declare any interest, financial or otherwise in any matter relating to the dispute*" and, under paragraph 12 of Part I of the Scheme, to act impartially. She further submits that the Scheme requires an adjudicator nominating body to make its decision rapidly so as to enable a referring party to refer the dispute to the nominated adjudicator within the overall period of 7 days from the notice of adjudication as provided for in paragraph 7(1) of Part I of the Scheme.

54. She submits that, in relation to an adjudicator nominating body, the character of the decision making body, the kind of decision it has to make, the statutory and judicial framework in which it operates and the limited time for the adjudicator nominating body to act, all mean that in those circumstances the requirements of fairness do not require a body such as the RICS to copy the form to the responding party before making a nomination or to invite, await or consider its representations.

55. In any event, she submits that Siemens was given the opportunity to make representations in relation to the nomination of the adjudicator because Eurocom made it clear in its notice of adjudication that it would be applying to the RICS for the appointment of an adjudicator. She says that Siemens could therefore have made its own representations.

56. Ms Cheng submits that the serious charges of professional misconduct levelled at Mr Giles of Knowles, that he deliberately or recklessly subverted the nomination process and misled the RICS should be rejected. She submits that Siemens has no real prospect of successfully establishing to the contrary. She submits that there is no evidence to show what effect the answers on the application form had and therefore the case fails on causation. She points out that there is no complaint as to the adjudicator actually appointed by the RICS. She submits that no representation was made that Mr. Molloy had a conflict of interest; merely that he should not be appointed because he had "*acted previously*" and that this could only be understood as a reference to the fact that Mr Molloy had previously acted as adjudicator.

Fraudulent misrepresentation

57. I now turn to consider, first, the submissions on fraudulent misrepresentation. There are essentially three issues. First, whether a false statement was made; secondly, whether any false statement was made fraudulently or recklessly and thirdly, the effect of any such statement.

Was there a false statement?

58. Despite the very able submissions of Ms Cheng I do not consider that it is possible to read the answer in the box on the application form in any other way than as an answer to the questions posed above the box: "Are there any Adjudicators who would have a conflict of interest in this case?" When it was then said "*we would advise the following should not be appointed*", I do not consider that the answer can be read other than as an answer to that question. Rather, the plain and ordinary meaning of those words were that Mr Giles was advising that the people named should not be appointed because they would have a conflict of interest in this case. It was a clear statement that the people named would have a conflict of interest and could not be appointed as an adjudicator.

59. This is supported by the reference in respect of two of the people named to "*apparent bias*". Equally there was a reference to solicitors, albeit the wrong firm of solicitors, "*who have advised the Referring party*". Further, the reference to Mr Molloy "*who has acted previously*" would be taken to mean that he had acted previously

in a way which would give rise to a conflict of interest.

60. There is a reference in the explanatory notes to the policy of the RICS when considering an appropriate nomination. After referring to conflict of interest as one of the factors they refer to another factor:

> *"Whether this is one of a series of adjudications on the same contract. Normal policy is to nominate the same adjudicator because of potential savings in costs and time. Each application is treated on an individual basis and there may be circumstances where it may not be appropriate to nominate the same adjudicator. These could include: the availability of the adjudicator; court action by one of the parties relating to the adjudicator's previous decision; different types of dispute; other reasons which RICS consider makes a nomination inappropriate. RICS retains a discretion which will always be exercised fairly;"*

61. Mr Giles said in paragraph 11 of his first witness statement that the reason he included Mr Molloy was not that he considered that there was any conflict of interest but that he considered that Mr Molloy had been inundated with jurisdictional challenges during the First Adjudication and he, Mr Giles, thought that a fresh mind was appropriate. In fact, at paragraphs 13 to 15 of his decision in the First Adjudication Mr Molloy dealt with jurisdictional challenges raised by Siemens early in that adjudication and rejected them, deciding in favour of Eurocom. Such challenges are common in adjudication and there does not seem any justification either in saying that Mr Molloy was inundated with such challenges or in there being a need for a fresh mind on that basis. There was clearly no conflict of interest.

62. In addition, as can be seen from the responses received from those who were asked about potential conflict, they all indicated that there was no conflict. Indeed this is admitted by Mr Giles in paragraph 13 of his first witness statement. On the basis of the evidence it is plain that in answer to the question "*are there any Adjudicators who would have a conflict of interest in this case?*" Mr Giles answered it falsely both in relation to Mr Molloy and in relation to a number of other potential candidates.

Was the false statement made deliberately or recklessly?

63. On an application such as this for summary judgment based upon evidence in witness statements without cross examination it is not appropriate for me to come to a concluded view as to whether Mr Giles acted fraudulently in making that false statement. However the evidence gives rise to a very strong *prima facie* case that Mr Giles deliberately or recklessly answered the question as to whether there were conflicts of interest so as to exclude adjudicators who he did not want to be appointed. Indeed he says in paragraph 9 of his first witness statement that that was the reason he mentioned those people in that box. It is very difficult to understand how Mr Giles, as a non-practicing barrister, could otherwise complete that box in that way.

64. Again this is supported by Mr Giles' explanation of the reason he included Mr Molloy within that box. I find it very difficult to accept his explanation as to a fresh mind which, as I have said, is not justified by the facts. It seems much more likely that the reason for including Mr Molloy was that Eurocom did not want Mr Molloy to be appointed because of the result of the First Adjudication being unfavourable to Eurocom in deciding that Eurocom owed money to Siemens.

65. It follows that there is a very strong *prima facie* case that Mr Giles deliberately or recklessly answered the question "*Are there any Adjudicators who would have a conflict in this case?*" falsely and that therefore he made a fraudulent representation to the RICS as the adjudicator nominating body.

The effect of the false statement

66. On that basis what effect would such a fraudulent misrepresentation have on the nominating process leading to the appointment of the adjudicator in the Second Adjudication?

67. As a matter of general principle where a party makes a material fraudulent representation to an independent body which is exercising a discretion, I consider that the exercise of that discretion would be invalidated. The case of Rous v Mitchell is an illustration of that principle. This general principle is set out in the well-known passage from the judgment of Denning LJ in Lazarus Estates Limited v Beasley [1956] 1 QB 702 at 712 where he said:

> *"No court in this land will allow a person to keep an advantage which he obtained by fraud. No judgment of a court, no order of a minister, can be allowed to stand if it has been obtained by fraud. Fraud unravels everything. The court is careful not to find fraud unless it is distinctly pleaded and proved; but once it is proved, it vitiates judgments, contracts and all transactions whatsoever…."*

68. In Rous v Mitchell, after citing that passage from Lazarus Estates, Nourse LJ said this at 496D:

> "*The principle is that fraud cancels the advantage which would otherwise have been obtained from the transaction by avoiding the transaction altogether.*"

69. In Rous v Mitchell a notice had been given terminating an agricultural tenancy and the notice stated that the reason for recovering possession was a breach of the covenant against assigning or letting. In an action for possession the tenant relied on the fact that written permission to sub-let had been given by the landlord. The judge at first instance found that the landlord had acted recklessly and that this fraud vitiated the notice. One of the arguments was that the fraudulent statement in the notice did not deceive the tenant. Glidewell LJ at 485B-E approved the following passage from the judge's judgment:

> *"Mr. Pryor, although accepting the principle in the speech of Lord Herschell which I have just cited, submitted that before fraud could be found the court must also hold that the dishonest and false representation was calculated to deceive and did deceive the recipient. That may be necessary in actions in which a party seeks to recover damages based on fraudulent statements, but in a case where the party committing the fraud seeks to rely upon his fraudulent conduct a court will not give effect to that conduct whether or not it deceives the recipient. In practice all fraudulent statements and notices to quit under Schedule 3 are calculated to deceive in that they are assertions that the landlord honestly believes that he has a good ground of complaint, honestly believes the facts stated as reasons for the notice and honestly believes that he has a reasonable case to terminate the tenancy because his interest has been materially prejudiced. But the fact that the tenant is not deceived is irrelevant. The notice if fraudulent is a nullity and the court will refuse to give it effect."*

70. Nourse LJ said this at 497A-B:

> *"On this analysis I am unable to see any material distinction between the declaration which was considered in Lazarus Estates Ltd. v. Beasley and a notice to quit which is given under section 26(2) of the Act of 1986. If in such a notice the landlord fraudulently states that the tenant has committed breaches of covenant which he has not committed, the notice is invalid. It is as if it has not been given and there has been nothing which can bring the tenancy to an end. The tenant's state of mind on receiving the notice is irrelevant. It does not matter whether he is deceived by it or not."*

71. The principle derived from Lazarus Estates was recently considered by Lord Sumption JSC in his judgment in the case of Prest v Petrodel Resources Ltd [2013] 2 AC 415 at [18] where, after citing the well-known passage from Lazarus Estates, he said:

> *"The principle is mainly familiar in the context of contracts and other consensual arrangements, in which the effect of fraud is to vitiate consent so that the transaction becomes voidable ab initio. But it has been applied altogether more generally, in cases which can be rationalised only on grounds of public policy, for example to justify setting aside a public act such as a judgment, which is in no sense consensual, a jurisdiction which has existed since at least 1775: Duchess of Kingston's Case (1776) 2 Smith's LC (13th ed) 644, 646, 651. Or to abrogate a right derived from a legal status, such as marriage: R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Puttick [1981] QB 767. Or to disapply a statutory time bar which on the face of the statute applies: Welwyn Hatfield Borough Council v Secretary of State for Communities and Local Government [2011] 2 AC 304. These decisions (and there are others) illustrate a broader principle governing cases in which the benefit of some apparently absolute legal principle has been obtained by dishonesty."*

72. I consider that the authorities make it clear that the principle applies in any case where a party is seeking an advantage by making the fraudulent representation. Where a party applies to an adjudicator nominating body and makes a fraudulent representation then the fraud cancels the advantage which would otherwise have been obtained from the transaction by voiding the transaction altogether. In my judgment, applying the principles set out in Rous v Mitchell. where there has been a material fraudulent misrepresentation in the process of applying to the adjudication nominating body, the application for a nomination of an adjudicator is invalid and it is as if no application had been made. The state of mind of the RICS on receiving the application is irrelevant and it does not matter whether RICS was deceived or not.

73. Even if it were necessary to show that the RICS had been deceived by the false statement then the evidence indicates that normally an adjudicator who has been appointed in a previous adjudication would be appointed as the adjudicator in a subsequent adjudication. Mr Molloy was not appointed. His name appeared within the box as being a person with a conflict. Equally where as here a party put forward some names and sought to exclude other names on the false basis that there was a conflict of interest then the likely outcome is that the people with conflicts were wrongly eliminated from the pool of potential adjudicators so that the pool of possible adjudicators was improperly limited. It might be that the adjudicator appointed would have been appointed in any event but the fact that he was appointed after an application which improperly limited the pool of adjudicators is, in my judgment, sufficient in itself to provide sufficient causation between the fraudulent representation and the process of appointment, certainly to defeat an application for summary judgment.

74. The false statement was material. It was made in the context of a process by which an adjudicator had to be nominated by an impartial adjudicator nominating body and, on the basis set out above, was made improperly to eliminate candidates on the basis they had a conflict of interest when they had none.

75. On that basis I conclude that the fraudulent misrepresentation would invalidate the process of appointment and make the appointment a nullity so that the adjudicator would not have jurisdiction.

Breach of an implied term

76. I now turn to consider this alternative way in which Siemens puts its case.

77. I gratefully adopt the observations of Akenhead J in Makers v Camden at [29] which I have cited above. I consider that, as a general principle, parties enter into contracts on the basis that the other party to the contract will act honestly. Whether applying the five tests of Lord Simon of Glaisdale in BP Refinery (Westernport) Pty Limited v Shire of Hastings (1977) 180 CLR 266 or the reformulated test of Lord Hoffmann in Attorney General of Belize v Belize Telecom at [21], I consider that a party applying for a nomination of an adjudicator by the President or Vice President of the RICS under Clause 24.2 of the Sub-Contract should not act dishonestly.

78. The suggestion in Makers v Camden at [29(7)] that there might be an implied term that a party should not suborn the system of nomination or, as Ms McCredie puts it, should not subvert the system of nomination by making a fraudulent misrepresentation, are both examples of the operation of the implied term that the parties should not act dishonestly. It follows that, in this case, for the reasons set out above there would be a breach of that implied term. I consider that, in so far as necessary, there is a sufficient causal link between any fraudulent misrepresentation and the process of nomination leading to nomination of the adjudicator, again for the reasons set out above.

79. If a party, in breach of contract, fails to follow the correct adjudication process in a way which goes to the heart of the appointment then the adjudicator does not have jurisdiction: see IDE Contracting Ltd v RG Carter [2004] BLR 172 and Hart Investments Ltd v Fidler [2007] BLR 303. I consider that this gives an alternative basis for the appointment being invalid.

Breach of natural justice by the RICS

80. In this case, although the RICS explanatory notes indicate that they will send a copy of any application which refers to conflicts of interest to the responding party, they did not do so. Whilst it is evidently good practice, as the explanatory notes state, for the RICS to copy the application form to the other party where there are

alleged conflicts of interest, I do not consider that the process of nomination requires that as a matter of procedural fairness under the principles of natural justice.

81. I consider Ms Cheng to be right that the role of an adjudicator nominating body when they are approached unilaterally is limited to a proper exercise of their discretion to make the nomination. Given the character of an adjudicator nominating body, the fact that it appoints persons to act as adjudicators rather than making substantive decisions and the statutory framework of s.108 of the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, as amended, and the Scheme under which it operates, including the short period for a nomination, I do not consider that such a body has an obligation to consult with the other party or seek to achieve a balance between the parties which may be required by procedural fairness. This view is also supported by the conclusion of Akenhead J in Makers v Camden. Clearly, if one party acts dishonestly so as to affect the exercise of the discretion then, as I have set out above, that is a matter which might invalidate the exercise of their discretion but that is a different consideration.

82. In this case, had the application been sent to Siemens, it is likely that they might have been able to correct the false representation which had been made on behalf of Eurocom. However given that there was no obligation on the RICS, as a matter of procedural fairness, to provide the application form to Siemens, whatever their practice might otherwise have been, I do not consider that there is anything in the process otherwise followed by the RICS to invalidate the nomination of the adjudicator.

Conclusion on the jurisdiction of the adjudicator

83. For the reasons set out above I have come to the conclusion that Siemens have established a sufficiently strong case that the nomination of the adjudicator in this case was invalid and therefore the adjudicator was not properly appointed because there was a fraudulent misrepresentation by those acting on behalf of Eurocom in making the application for the appointment of an adjudicator. On that basis the adjudicator would not have jurisdiction.

84. On that basis I consider that Siemens have established real prospects of successfully defending the claim made by Eurocom to enforce the terms of the adjudicator's decision in the Second Adjudication.

85. Whilst that is sufficient to dispose of Eurocom's application for summary judgment, having heard argument on the other grounds, it is convenient to set out, briefly, my conclusions in case they should be of relevance to the parties in any future adjudication proceedings.

Overlap between first and second adjudication

86. Ms McCredie submits that the claims in the notice of adjudication and the referral notice in the Second Adjudication and, subsequently, the decision, contained a substantial overlap with the claims made and decided in the First Adjudication. She says that a significant part of Eurocom's claim in the Second Adjudication related to the value of the work and that the value of the work as at the date of termination on 1 August 2012 was decided in the First Adjudication and no further work has been done since that date to give rise to a further claim.

87. She submits that most of Eurocom's claims in the Second Adjudication are not brought on the basis of a new analysis or new material. She says that Eurocom has sought to argue that the Second Adjudication differs in nature from the First Adjudication on the basis that it relates either to a new claim for damages or that it is a final account claim as distinct from an interim account claim decided by the adjudicator in the First Adjudication. She submits that neither argument permits the opening up of issues which have been decided in the First Adjudication. In addition, to the extent that Eurocom contends that the adjudicator in the First Adjudication was wrong to decide on certain claims, she submits that Eurocom are still bound by the decision in the First Adjudication, unless and until it is successfully challenged in court.

88. Ms. Cheng submits that the dispute referred to and decided by the adjudicator in the First Adjudication arose out of Eurocom's applications for payment prior to determination which Siemens had valued in a negative sum. She submits that the First Adjudication was limited to the determination of Eurocom's entitlement to an extension of time for Siemens's delay and disruption to Eurocom's works, to payment under the Sub-Contract for five heads of financial claim and payment for variations for which payment had been claimed and rejected

by the date of the First Adjudication. She says that the dispute referred to and decided by the adjudicator in the Second Adjudication concerned the October Claim, rejected by Siemens in November 2013. She submits that this claim was for damages for Siemens' breach of contract in delaying and disrupting Eurocom's work, damages for Siemens' repudiatory breach of contract in terminating the Sub-Contract and payment for the variations that remained "*to be advised*" at the date of the First Adjudication.

89. Ms Cheng submits that, even if the two decisions did overlap, the areas of overlap should be and could be readily severed. In any event she says that on Siemens' case £255,143.00 of the sums awarded in the decision in the Second Adjudication relate to new claims and that a further £196,736 relates to claims made in relation to new periods of time.

90. The principles to be applied in deciding whether an adjudicator is precluded from deciding a claim because of the effect of an earlier adjudication decision have been considered in a number of cases. In the Court of Appeal in Quietfield Limited v Vascroft Construction Limited [2006] EWCA Civ 1737 an adjudicator had dealt with extensions of time which had been applied for in two letters from the contractor. In a later adjudication the employer claimed liquidated damages for delay and the contractor served a document, Appendix C, which, as the judge held, identified a number of causes of delay which did not feature in the original two letters. He found that the claim for an extension of time in Appendix C was different from the claims for extension of time which were advanced, considered and rejected in the earlier adjudication. In the Court of Appeal, May LJ said this in relation to Appendix C at [25]:

> *"Appendix C has a fairly sophisticated and new critical path analysis. It could well be that grounds for extension of time, which were not established individually in the first adjudication, could nevertheless legitimately feature in Appendix C, in conjunction with other grounds not advance in the first adjudication, as being on a critical path affected by those other causes of delay. In principle, such a composite claim might legitimately be seen as outside the dispute which the first adjudicator determined."*

91. In subsequent cases the court has had to consider the degree to which a claim in a subsequent adjudication is the same or substantially the same as the claim in the previous adjudication, which in each case is a question of fact and degree: see HG Construction Limited v Ashwell Homes (East Anglia) Limited [2007] EWHC 144 (TCC); Benfield Construction Limited v Trudson (Hatton) Limited [2008] EWHC 2333 (TCC); the Scottish case of Barr Limited v Klin Investment UK Limited [2009] CSOH 104 and Redwing Construction Limited v Charles Wishart [2010] EWHC 3366 (TCC).

92. It is necessary to consider the claims made and decided in the First Adjudication and the claims made and decided in the Second Adjudication and the extent to which they were dealt with and overlap. It is convenient to deal with those under each head.

Compensation Events/ Variations

93. In the First Adjudication, as set out in the decision at paragraph 19, Eurocom claimed at Item 1 "*Assessed Compensation Events not yet implemented £203,011.02*" and at Item 5 "*Un-assessed Compensation Events £497,034.56*".

94. In the First Adjudication there was a spreadsheet dated 23 March 2012 which contained claims by Eurocom for incidents 1 to 214 in the total sum of £644,505.24. It is included in the exhibits to Mr Tiernan's witness statement. In the First Adjudication Eurocom then deducted from that sum an amount for compensation events which had been included in an "*Instruction of a Compensation Event Number 11*" ("ICE 11"), in the gross sum of £441,494.22, to give the sum claimed for Item 1.

95. Un-assessed compensation events were dealt with by the adjudicator in the First Adjudication in paragraphs 31 to 34 of his decision. That shows that the claim was based on quotations for which no formal instructions had been issued, totalling £447,034.56 to which Eurocom had added "*say*" £50,000 for unassessed variations, to give the total sum claimed.

96. In the decision in the First Adjudication, the adjudicator allowed under Item 1 £14,647.03 in relation to incidents 201, 204 and 213 but otherwise did not allow any sum for those compensation events/variations. In

relation to Item 5 the adjudicator accepted Eurocom's claim for QCE 37, 46, 47, 48, 50 and 52 for which he allowed a total sum of £46,482.14.

97. On this basis Ms McCredie submits that Eurocom's claim for variations in the Second Adjudication has already been the subject of a decision in the First Adjudication because all of the incidents/variations have already been the subject of a decision by the adjudicator in the First Adjudication, including a decision on the claim for those items where the schedule included references to "*TBA*" and did not include a specific value.

98. Ms Cheng submits that the items which have "*tba*" next to them were not responded to by Siemens and she refers to Mr. Tiernan's evidence that there were 195 compensation events where the claim was yet to be advised, "*tba*". She therefore says that they were not dealt with in the First Adjudication.

99. In the Second Adjudication the claim was claim number 6, variations, where £427,366 was claimed and the adjudicator held that £329,589 was due.

100. In reaching that conclusion the adjudicator in the Second Adjudication came to the conclusion that:

> *"There is a real likelihood that the Decisions in Adjudication No. 1 are about sums due, merely on an interim account basis: an interim account is just that... interim. It does not bind or shut out the Final Respondent Account. It is nevertheless open to the parties to elect to adopt decisions of an adjudicator arising out of an interim account Adjudication as appears to be the case here in the list provided by Eurocom. The adjudicator (here) in Adjudication No.2 does not accept that any other Decisions in Adjudication No.1 are binding."*

101. This led to the adjudicator assessing values for incident numbers "*Incident nos. 15, 24, 34, 74, 102, 156, 198, 204, 205, 211, 257, 260, 261, 262, 263, 264, & 265.*"

102. Each of those variations was listed in the schedule provided to the adjudicator in the First Adjudication and had against them, either the figure zero or "*tba*" or a blank. However it is clear that the adjudicator in the First Adjudication dealt with incident 211 and incident 204: see paragraphs 22 and 23 of the decision in the First Adjudication. Equally the last seven items were included in the decision and in paragraph 33 of his decision the adjudicator held that Eurocom's claims for unassessed compensation events should fail.

103. Under the Sub-Contract there was no provision for interim payments and a final payment, there is only an obligation for Siemens to make payment "*within 30 days following receipt of the Sub-Contractor's valid application.*" Eurocom commenced the First Adjudication after the Sub-Contract had been terminated and therefore there was no difference in the work which had been carried out at the stage when the First Adjudication and Second Adjudication took place. The First Adjudication and the Second Adjudication dealt with the same variation claims. I therefore consider that one adjudication did not deal with an interim application and the other a final application. A party who has sought and obtained an adjudication decision dealing with the value of all variations cannot then seek to have another adjudicator determine claims for the same variations by way of a "second bite of the cherry". Eurocom sought to have the value of all variations dealt with in the First Adjudication, adding the figure of £50,000 for unassessed variations. Siemens had carried out a valuation of the variations within ICE 11.

104. On the evidence before me I consider that Siemens has established real prospects of successfully defending the claim for the compensation events/variations listed above and which the adjudicator in the Second Adjudication assessed at a different value from the value in the decision in the First Adjudication.

Management

105. Ms McCredie refers to the claim for preliminaries which was made in the First Adjudication at paragraph 2.38. She says that the adjudicator dealt with this claim at paragraph 28 of his decision in the First Adjudication where he allowed Eurocom £57,361.50. She refers to the decision in the Second Adjudication at paragraph 14.5 where the adjudicator again says that the Second Adjudication is a final claim/account in damages but submits that the claim is for management costs in the same period up to 18 September 2011.

106. Ms Cheng submits that the claim in the First Adjudication was only a claim up to the lifting of the suspension and she refers to the delay claims which were made in the First Adjudication.

107. I consider that in the First Adjudication the adjudicator decided on preliminaries up to 18 September 2011. It can be seen from a comparison of the delay claim in the First Adjudication and the delay claim in the Second Adjudication that the grounds for the delay until September 2011 were the same or substantially the same. The management claim is therefore for the same period up to 18 September 2011. On that basis I consider that Siemens has established real prospects of successfully defending the claim for management, senior person in charge and installer/operative in the period up to 18 September 2011. In any event, it is not possible for the adjudicator in the Second Adjudication to come to a conclusion on this claim without taking account of the decision in the First Adjudication and any new element cannot be severed given the basis of the decision in the Second Adjudication.

Protection Master

108. Ms McCredie refers to paragraph 38 of the decision in the First Adjudication where the adjudicator dealt with the claim for additional protection master provision. She refers to the claim in the First Adjudication which shows that the claim is made for the period of 6 March 2011 to 6 July 2012. In the Second Adjudication the adjudicator dealt with these claims at paragraphs 14.8 and 14.14 allowing additional protection master.

109. Ms Cheng submits that there are differences in the claims and that the adjudicator in the Second Adjudication was entitled to award the sums he did.

110. I consider that Siemens has established real prospects of successfully defending the claim for sums awarded in the Second Adjudication in respect of protection master. In the period from 18 September 2011 to 20 July 2012 there are claims for management in the form of prolongation and thickening. In the First Adjudication at paragraph 40 the adjudicator dealt with additional management input which was claimed in the sum of £135,125.01. In the Second Adjudication the adjudicator allowed the sums claimed, both for prolongation and for thickening. There is clearly an overlap between the decision made in the First Adjudication and the decision made in the Second Adjudication but the decision in the Second Adjudication did not take account of the decision by the adjudicator in the First Adjudication.

111. In the First Adjudication the adjudicator held that Eurocom might be entitled to additional management time as a result of delays to the project but he was not persuaded that Eurocom had incurred either the additional costs and/or the losses claimed. The decision in the Second Adjudication has to take account of that finding but does not do so. It merely allows the sums claimed by Eurocom. It is not possible to sever part of the claim for management costs in the period between 18 September 2011 and 20 July 2012 and therefore Siemens has established real prospects of successfully defending the sums awarded in the Second Adjudication in relation to the protection master claims.

EC12 Extended Working/NOP

112. Ms McCredie submits that this claim was dealt with in the First Adjudication. Ms Cheng says that the adjudicator in the Second Adjudication was entitled to award sums for this claim.

113. In paragraphs 31 to 34 of the decision in the First Adjudication, the adjudicator allowed claims for weekend working in May to June 2012. The adjudicator allowed the sum of £46,482.00. In addition at paragraph 37 of his decision, the adjudicator in the First Adjudication allowed a sum of £40,000 for overtime costs up to 28 April 2012 in relation to a claim from Eurocom of £58,413.76.

114. In the Second Adjudication the adjudicator allowed £100,772.36 which, as can be seen from the table at paragraph 14.19 of the decision in the Second Adjudication, covers the claims both for the weekends in May and June 2012 and precisely the same figure of £58,413.76 as was dealt with by the adjudicator in paragraph 37 of his decision in the First Adjudication. On that basis I consider that Siemens has established real prospects of successfully defending the claim based on that part of the decision in the Second Adjudication.

Subcontractor Claims

115. Ms McCredie submits that this claim was dealt with in the First Adjudication. Ms Cheng says that the adjudicator in the Second Adjudication was entitled to award sums for this claim.

116. In the decision in the First Adjudication the adjudicator dealt with additional subcontractor costs at paragraphs 35 and 36. In the Second Adjudication the adjudicator dealt with subcontractor claims at paragraph 14.20 of his decision. There was a new claim added in the Second Adjudication in respect of Hillmore but this relates to QCE 025 which is dealt with in incident 111 as part of the variation account in the decision in the First Adjudication.

117. As I have said, the adjudicator in the Second Adjudication took the view that the First Adjudication was based on an interim application whereas the Second Adjudication was based on a final account. For the reasons set out above, I do not accept that distinction and therefore the adjudicator in the Second Adjudication has allowed sums which overlap with the decision made in the First Adjudication, without taking those into account. For instance, in respect of one sub-contractor, Lupprians, the claim dealt with by the adjudicator in the First Adjudication was for a sum of £2,300 and that is the same claim dealt with in the Second Adjudication and allowed in full by the Adjudicator. In doing so the adjudicator in the Second Adjudication sought to make decisions on claims which had already been adjudicated on and he did not have jurisdiction to do so.

Conclusion

118. If, contrary to my finding, the adjudicator in the Second Adjudication did have jurisdiction, I have therefore come to the conclusion that, subject to the new claims identified in the schedule produced by Ms McCredie at the hearing which do give rise to severable and enforceable parts of the decision in the Second Adjudication, the remaining heads contain elements of claim which have already been raised and determined in the First Adjudication. The adjudicator in the Second Adjudication did not have jurisdiction to decide those elements.

119. Further, given that the adjudicator in the Second Adjudication did not make any allowance for the claims decided in the First Adjudication but treated the claims as being new claims in the Second Adjudication, it is not possible to isolate the new elements of claim. It is not therefore possible to sever the decision in the Second Adjudication so as to enforce part of those claims in respect of those new elements in respect of which the adjudicator did have jurisdiction.

Whether the procedure contravened the rules of natural justice.

120. Ms McCredie submits that, throughout the Second Adjudication, the adjudicator failed to exercise control over the proceedings in a manner which was fair to Siemens. In particular she says that he failed to give Siemens sufficient time to produce its Response and failed to order Eurocom to produce native versions of the programmes on which it had based its delay case so that Siemens could properly respond to it. She says that he failed to require Eurocom to give Siemens additional time to respond to voluminous additional material served on 24 December 2013 and failed to require Eurocom to signpost additional material that it submitted on 14 and 15 January 2014. Further she says that the adjudicator put a new argument to Siemens on the second to last day of the adjudication and failed to give Siemens sufficient time to respond to it.

121. Ms Cheng submits that the Response had to respond to the Referral which substantially relied on the October Claim which Siemens had received about a month and a half earlier and had been working on. She says that the period of 13 days from receipt of the electronic copy of the referral or 9 days from the hard copy was sufficient and that Siemens did not need native versions of the programmes to set out its Response. She says that Siemens had 7 working days to respond to the timesheets attached to Eurocom's Surrejoinder which was sufficient time and the information in those timesheets had already been tabulated and served with the Referral.

122. In relation to signposting, Ms Cheng says that the adjudicator was entitled to admit a lever-arch file of documents and that he gave Siemens a sufficient period of 6 days to respond to these documents which, as Siemens accepted, were part of Eurocom's submissions in the First Adjudication. In relation to the point raised by the adjudicator on Clause 6.2 of the Sub-Contract she says that the point was raised by the adjudicator and Siemens were given sufficient time to respond and did respond to this point. She therefore submits that there was no breach of the rules of natural justice and that a fair process was followed in the context of the timescales in adjudication.

123. I have set out above in detail the main stages in the chronology of the adjudication. Having reviewed that

chronology and the documents which were passing between the parties, I do not consider that there has been a breach of the rules of natural justice in terms of the procedure.

124. The time periods in which a party has to respond to submissions and material produced in the course of adjudication are necessarily short. The adjudicator has a discretion as to what further submissions and documents he allows during the course of the adjudication and, in this case, I do not consider that he can be criticised for admitting the further documents or submissions.

125. The time periods were short and, in particular the need to work over the Christmas/New Year period put pressure on Siemens. However, having considered the responses and submissions which Siemens put in, it can be seen that they were able properly to respond to matters raised by Eurocom. I do not consider that the absence of programmes in native format can found a basis for breach of natural justice.

126. The point raised by the adjudicator in relation to Clause 6.2 of the Sub-Contract was a point which occurred to him, at a late stage, when he was preparing his decision. He took the wholly proper course of raising it with the parties and sought submissions. Siemens stated that the point was not taken by Eurocom but, without prejudice to that, were able to and did make detailed submissions on the point. There was no contravention of the rules of natural justice.

127. I therefore reject Siemens case that the procedure adopted by the adjudicator contravened the rules of natural justice.

Stay of enforcement

128. Ms McCredie says that, if summary judgment were to be granted, then there should be a stay of enforcement on the basis that the financial position of Eurocom means that it would not be able to repay the relevant sums if it were later determined that they should not have been awarded to Eurocom. As part of that submission she refers to the fact that Knowles entered into a deed of assignment giving it the right to receive the first £450,000 plus VAT of any sum awarded to pay for its fees.

129. She refers to the net assets of Eurocom which have reduced from £1.83m in 2010 and £1.79m in 2011 to £157,209 in 2012. She refers to the Dun & Bradstreet rating given to Eurocom of C4 which reflects a high risk of business failure and a delinquency score of 5 out of 100. She says that given the sums to be paid to Knowles there would be no prospect of Eurocom being able to repay any sums and therefore any judgment should be stayed.

130. Ms Cheng says that whilst Eurocom's financial position has deteriorated between 2010 and 2012, it has current net assets of £157,000 which has been described as higher than the average for the sector. She says that the Dun & Bradstreet report should be treated with caution. She also says that the deterioration in Eurocom's financial position is directly linked to Siemen's failure to pay as in December 2011 it had assets of £1.7m when work started and by December 2012, some months after termination its assets had reduced to £0.15m, an amount equivalent to the sum awarded in the Second Adjudication.

131. It is evident that this is a case where Eurocom will probably be unable to repay any judgment sum at the end of a final determination. The evidence from Mr Paul Reynolds of Haslers as to Eurocom's current financial position merely refers to a conversation with Mr Kenny of Eurocom who provided Mr Reynolds with records which show that Eurocom has continued to trade since 31 December 2012, but says no more. Whilst Knowles have now revoked the assignment in the sum of £450,000, this would still mean that Eurocom would have to pay Knowles' fees, although they are not secured by an assignment. This would further reduce Eurocom's ability to repay the sums.

132. If the adjudicator in the Second Adjudication had jurisdiction then it follows that, for the reasons set out above, a sum much less than the sum awarded in the decision in the Second Adjudication would have been payable. Taking this into account, it would show that, whilst Eurocom may have lost money by paying subcontractors to carry out work on this Sub-Contract, the majority of the reduction in Eurocom's assets could not be explained as being caused by a failure by Siemens to pay Eurocom. In those circumstances I do not consider that Eurocom could rely on its impecuniosity being caused by Siemen's failure to pay. On this basis I would therefore have been likely to grant a stay of enforcement.

Summary

133. For the reasons set out above, I do not consider that the adjudicator in the Second Adjudication had jurisdiction. Accordingly, Eurocom's application for Summary Judgment is unsuccessful on the basis that Siemens has established real prospects of successfully defending the claim.

BAILII: Copyright Policy | Disclaimers | Privacy Policy | Feedback | Donate to BAILII
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2014/3710.html*

Doc. num. 54

legislation.gov.uk

delivered by The National Archives

Help Site Map Accessibility Contact Us Cymraeg

Home About Us Browse Legislation New Legislation Changes To Legislation Search Legislation

Title: Year: Number: Type: All Legislation (excluding draft) Search

Advanced Search

Arbitration Act 1996

What Version

Latest available (Revised)

Original (As enacted)

Advanced Features

Show Geographical Extent (e.g. England, Wales, Scotland, Northern Ireland)

Show Timeline of Changes

Opening Options

More Resources

Original Print PDF

View more

Changes to legislation: There are currently no known outstanding effects for the Arbitration Act 1996, Section 24.

24 Power of court to remove arbitrator.

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds—

(a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality;

(b) that he does not possess the qualifications required by the arbitration agreement;

(c) that he is physically or mentally incapable of conducting the proceedings or there are justifiable doubts as to his capacity to do so;

(d) that he has refused or failed—

(i) properly to conduct the proceedings, or

(ii) to use all reasonable despatch in conducting the proceedings or making an award,

and that substantial injustice has been or will be caused to the applicant.

(2) If there is an arbitral or other institution or person vested by the parties with power to remove an arbitrator, the court shall not exercise its power of removal unless satisfied that the applicant has first exhausted any available recourse to that institution or person.

(3) The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.

(4) Where the court removes an arbitrator, it may make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses, or the repayment of any fees or expenses already paid.

(5) The arbitrator concerned is entitled to appear and be heard by the court before it makes any order under this section.

(6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

Annotations:

Modifications etc. (not altering text)

C1 S. 24(1)(a)(c)(2)(3)(5)(6) applied (with modifications) (E.W.) (21.5.2001) by S.I. 2001/1185, arts. 2, 3, **Sch. para. 43(1)** (which amending S.I. was revoked (6.4.2004) by S.I. 2004/753, **art. 3** (subject to art. 8))

C2 S. 24(1)(a)(c)(2)(3)(5)(6) applied (with modifications) (E.W.) (6.4.2003) by The ACAS (Flexible Working) Arbitration Scheme (England and Wales) Order 2003 (S.I. 2003/694), art. 2, **Sch. para. 43** (which amending S.I. was revoked (1.10.2004) by S.I. 2004/2333, art. 3 (subject to art. 6))

C3 S. 24(1)(a)(c)(2)(3)(5)(6) applied (with modifications) (E.W.) (6.4.2004) by The ACAS Arbitration Scheme (Great Britain) Order 2004 (S.I. 2004/753), art. 1, **Sch. para. 52EW**

C4 S. 24(1)(a)(c)(2)(3)(5)(6) applied (with modifications) (E.W.) (1.10.2004) by The ACAS (Flexible Working) Arbitration Scheme (Great Britain)

Order 2004 (S.I. 2004/2333), art. 4, **Sch. para. 52EW** (with art. 6)

C5 S. 24(1)(a)(c)(2)(3)(5)(6) applied (with modifications) (N.I.) (21.5.2006) by The Labour Relations Agency (Flexible Working) Arbitration Scheme Order (Northern Ireland) 2006 (S.R. 2006/206), arts. 2, 3, **Sch. para. 43**

C6 S. 24(1)(a) applied (with modifications) (N.I.) (27.9.2012) by The Labour Relations Agency Arbitration Scheme Order (Northern Ireland) 2012 (S.R. 2012/301), art. 1, **Sch. para. 40**

C7 S. 24(1)(c) applied (with modifications) (N.I.) (27.9.2012) by The Labour Relations Agency Arbitration Scheme Order (Northern Ireland) 2012 (S.R. 2012/301), art. 1, **Sch. para. 40**

C8 S. 24(2) applied (with modifications) (N.I.) (27.9.2012) by The Labour Relations Agency Arbitration Scheme Order (Northern Ireland) 2012 (S.R. 2012/301), art. 1, **Sch. para. 40**

C9 S. 24(3) applied (with modifications) (N.I.) (27.9.2012) by The Labour Relations Agency Arbitration Scheme Order (Northern Ireland) 2012 (S.R. 2012/301), art. 1, **Sch. para. 40**

C10 S. 24(5) applied (with modifications) (N.I.) (27.9.2012) by The Labour Relations Agency Arbitration Scheme Order (Northern Ireland) 2012 (S.R. 2012/301), art. 1, **Sch. para. 40**

C11 S. 24(6) applied (with modifications) (N.I.) (27.9.2012) by The Labour Relations Agency Arbitration Scheme Order (Northern Ireland) 2012 (S.R. 2012/301), art. 1, **Sch. para. 40**

Previous: Provision Next: Provision

Back to top

OGL All content is available under the Open Government Licence v3.0 except where otherwise stated

© Crown copyright

Doc. num. 55

Accessibility | Email alerts | RSS feeds | Contact us

www.parliament.uk

Search

Home | Parliamentary business | MPs, Lords & offices | About Parliament | Get involved | Visiting | Education

House of Commons | House of Lords | What's on | Bills & legislation | Committees | Publications & records | Parliament TV | News | Topics

You are here: Parliament home page > Parliamentary business > Publications and Records > Lords Publications > Judgment Index > Judgment

HOUSE OF LORDS

House of Lords

Session 2003 - 04
Publications on the Internet
Judgments

Judgments - Davidson (AP) (Original Respondent and Cross-appellant) v. Scottish Ministers (Original Appellants and Cross-respondents)

HOUSE OF LORDS

SESSION 2003-04
[2004] UKHL 34

OPINIONS

OF THE LORDS OF APPEAL

FOR JUDGMENT IN THE CAUSE

Davidson (AP) (Original Respondent and Cross-appellant)

v.

Scottish Ministers (Original Appellants and Cross-respondents)

ON

THURSDAY 15 JULY 2004

The Appellate Committee comprised:

Lord Bingham of Cornhill

Lord Woolf

Lord Nicholls of Birkenhead

Lord Hope of Craighead

Lord Cullen of Whitekirk

HOUSE OF LORDS

OPINIONS OF THE LORDS OF APPEAL FOR JUDGMENT

IN THE CAUSE

Davidson (AP) (Original Respondent and Cross-appellant) v. Scottish Ministers (Original Appellants and Cross-respondents)

[2004] UKHL 34

LORD BINGHAM OF CORNHILL

My Lords,

1. Before the House are an appeal by the Scottish Ministers and a cross-appeal by Mr Davidson. The cross-appeal raises a procedural issue which arises only if the appeal fails. The appeal raises an important question of substance. It is whether the Second Division of the Court of Session (the Lord Justice Clerk (Gill), Lord Kirkwood and Lord Philip), in its decision of 11 September 2002 (*Davidson v Scottish Ministers (No 2)* 2003 SC 103), was right to set aside decisions made by an Extra Division of the Court of Session (Lord Marnoch, Lord Hardie and Lord Weir) on 18 and 20 December 2001 on the ground that those decisions were vitiated by apparent bias and want of objective impartiality on the part of one member of the court.

2. The facts relevant to the present appeal are not in dispute. From about 2 April 2001 until 18 August 2001 Mr Davidson was detained as a remand prisoner in C Hall of HM Prison Barlinnie. Thereafter he was detained as a convicted prisoner in E Hall. He complained of the conditions in which he was held, contending that they breached article 3 of the European Convention on Human Rights,

and requested a transfer, but was not at that stage transferred. On 24 October he lodged a petition for judicial review before the Court of Session seeking (1) declarator that the conditions of his detention were incompatible with article 3 of the European Convention; (2) an order ordaining the Scottish Ministers to secure his transfer to conditions which would comply with article 3, and for such an order to be made *ad interim*; and (3) damages. On 26 October 2001 the Lord Ordinary, Lord Johnston, refused to make interim orders against the Scottish Ministers on the ground, among others, that section 21 of the Crown Proceedings Act 1947, properly interpreted, precluded the grant of any coercive order against the Scottish Ministers. He also declined to make any order declaratory of the rights of the parties *ad interim*. He granted Mr Davidson leave to reclaim.

3. The reclaiming motion was heard by the Extra Division already referred to over seven days in November - December 2001. Although other issues were raised, the focus of the argument was on the competency of granting an interim order of specific performance against the Scottish Ministers. On 18 December the Extra Division refused Mr Davidson's reclaiming motion: *Davidson v Scottish Ministers* 2002 SC 205. Mr Davidson sought leave to appeal to the House against this interlocutor, but on 20 December 2001 a majority of the Extra Division (Lord Marnoch and Lord Hardie; Lord Weir dissenting) refused leave.

4. Mr Davidson later became aware that Lord Hardie had, when holding the office of Lord Advocate in Her Majesty's Government and in the context of piloting and promoting the Scotland Bill in the House of Lords, advised the House on the effect of section 21 of the Crown Proceedings Act 1947 on the remedies which might be available to the courts in Scotland against the Scottish Ministers. The statement of facts agreed between the parties for purposes of this appeal records the active part played by Lord Hardie during the passage of the Bill through the House of Lords and continues:

> "In the context of his promoting the Scotland Bill, Lord Hardie as Lord Advocate had, in October and November 1998, assured Your Lordships' House in recommending rejection of certain Opposition amendments to the Scotland Bill, that the effect of Section 21 of the Crown Proceedings Act 1947 was to prevent the courts in Scotland from making any order for specific performance against the Appellants as part of the Crown. In the course of the above mentioned reclaiming motion and motion for leave, Lord Hardie at no time adverted to his previously expressed views to the Westminster Parliament as Lord Advocate on the issue of the effect of Section 21, and made no offer to recuse himself from the court hearing the reclaiming motion on this matter or on the hearing of the subsequent application for leave to appeal. In these circumstances, the Respondent was apprehensive that, as a result of the participation of Lord Hardie therein, the Extra Division which pronounced the said interlocutors of 18 and 20 December 2001 did not have the appearance of impartiality."

5. On 17 May 2002 Mr Davidson lodged a petition to the *nobile officium* of the Court of Session, asking the court to set aside the interlocutors of 18 and 20 December 2001 on the ground that the decisions of the Extra Division were vitiated for apparent bias and want of objective impartiality on the part of the court as a result of Lord Hardie's participation in them. In its decision now under appeal the Second Division unanimously set aside the interlocutors of 18 and 20 December 2001, and ordered that the reclaiming motion be reheard by a different division of the Inner House. It refused Mr Davidson's prayer that he be granted leave to appeal to the House against the interlocutor of 18 December 2001. Mr Davidson himself was released from HMP Barlinnie nearly two years ago, but it was not suggested that the House should, on that ground, decline to decide this appeal, and leading counsel for the Scottish Ministers expressly recognised the constitutional importance of the underlying issue as to the effect in Scotland of section 21 of the 1947 Act and the permissibility of coercive orders against the Scottish Ministers.

6. The rule of law requires that judicial tribunals established to resolve issues arising between citizen and citizen, or between the citizen and the state, should be independent and impartial. This means that such tribunals should be in a position to decide such issues on their legal and factual merits as they appear to the tribunal, uninfluenced by any interest, association or pressure extraneous to the case. Thus a judge will be disqualified from hearing a case (whether sitting alone, or as a member of a multiple tribunal) if he or she has a personal interest which is not negligible in the outcome, or is a friend or relation of a party or a witness, or is disabled by personal experience from bringing an objective judgment to bear on the case in question. Where a feature of this kind is present, the case is usually categorised as one of actual bias. But the expression is not a happy one, since "bias" suggests malignity or overt partiality, which is rarely present. What disqualifies the judge is the presence of some factor which could prevent the bringing of an objective judgment to bear, which could distort the judge's judgment.

7. Very few reported cases concern actual bias, if that expression has to be used, and it must be emphasised that this is not one of them. Both before the Second Division and before the House, counsel for Mr Davidson were at pains to disclaim any challenge to the personal honour or judicial integrity of Lord Hardie. They are not in question. It has however been accepted for many years that justice must not only be done but must also be seen to be done. In maintaining the confidence of the parties and the public in the integrity of the judicial process it is necessary that judicial tribunals should be independent and impartial and also that they should appear to be so. The judge must be free of any influence which could prevent the bringing of an objective judgment to bear or which could distort the judge's judgment, and must appear to be so. Following some divergence of view between the courts of England and Wales and Scotland on the correct formulation of the correct test (see *Locabail (UK) Ltd v Bayfield Properties Ltd* [2000] QB 451, paragraph 16), the Scottish test has come to be accepted. In *Porter v Magill* [2001] UKHL 67, [2002] 2 AC 357, 494, paragraph 103, my noble and learned friend Lord Hope of Craighead expressed the test in terms accepted by the Second Division and by both parties to this appeal:

> "The question is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased."

That, it is agreed, is the test which must be applied to the facts of this case.

8. In their judgments under appeal the Lord Justice Clerk and Lord Kirkwood considered with some particularity the amendment to section 38(2) of the 1947 Act which Lord Hardie successfully moved and the two amendments which he successfully resisted. The amendment to section 38(2) extended the definition of "officer" to include a member of the Scottish Executive, an amendment which may scarcely have been necessary given the clause which became section 117 of the Act. The two amendments successfully resisted related to the power of the Secretary of State under what became section 58 and to the introduction or making of legislation (a new clause proposed to be inserted

between what are now sections 107 and 108): in neither instance was the court to have power to compel. The particularity of their Lordships' consideration enabled Mr Brailsford QC, for the Scottish Ministers, to submit that these were not the points which fell to be decided by the Extra Division. There is force in this criticism. But it is in my opinion necessary to adopt an altogether broader approach. The fair-minded and informed observer who has considered the facts is not to be credited with mastery of the minutiae of drafting. Such an observer will pay attention to the wood, not the trees. The wood is represented by two statements of Lord Hardie. The first was on 28 October 1998 (HL Hansard, vol. 593, col. 2044):

> "I would remind your Lordships that Scottish Ministers will be part of the Crown and will be protected by the provisions of the Crown Proceedings Act 1947, which at present ensures that the Crown cannot be subject to such orders [ie. orders for specific performance]. Instead, all that the courts can do is to issue a declarator."

The second was on 2 November 1998 (HL Hansard, vol. 594, col. 105):

> "The answer to it is the Crown Proceedings Act 1947, which prevents the court from making an order for specific performance against the Crown. The Scottish Executive will be part of the Crown."

Whether the court could order the Scottish Executive to transfer Mr Davidson was, it will be recalled, the very issue which the Lord Ordinary and the Extra Division were called upon to decide.

9. Mr Brailsford submitted that Lord Hardie's statements to the House were a bona fide expression of his personal opinion, reflecting the law of Scotland as it was then settled. This may be readily accepted. In *McDonald v Secretary of State for Scotland* 1994 SC 234 a claim for interdict against the Secretary of State as representative of the Crown had been held to be incompetent. There is no reason to doubt that Lord Hardie's opinion was orthodox, and when the point comes to be finally decided it may be held to be correct. The question is not, however, whether Lord Hardie's statements were reasonable and proper but whether the fair-minded and informed observer, having considered them and the circumstances in which they were made, would conclude that there was a real possibility that he was biased in the sense that, having made these statements, he would be unable to bring an objective and undistorted judgment to bear on the issue raised by Mr Davidson in his reclaiming motion.

10. Rarely, if ever, in the absence of injudicious or intemperate behaviour, can a judge's previous activity as such give rise to an appearance of bias. Over time, of course, judges acquire a track record, and experienced advocates may be able to predict with more or less accuracy how a particular judge is likely to react to a given problem. Since judges are not automata this is inevitable, and presenting a case in the way most likely to appeal to a particular tribunal is a skill of the accomplished advocate. But adherence to an opinion expressed judicially in an earlier case does not of itself denote a lack of open-mindness; and there are few experienced judges who have not, on fresh argument applied to new facts in a later case, revised an opinion expressed in an earlier. In practice, as the cases show, problems of apparent bias do not arise where a judge is invited to revisit a question on which he or she has expressed a previous judicial opinion, which must happen in any developed system, but problems are liable to arise where the exercise of judicial functions is preceded by the exercise of legislative functions.

11. In *Procola v Luxembourg* (1995) 22 EHRR 193, a dairy association complained of four milk quota orders made with retrospective effect pursuant to a domestic regulation and a domestic statute. The regulation had been submitted in draft to the Conseil d'Etat, which had advised that a statute was necessary to give retrospective effect to the proposed new rules and had drafted a single clause bill which had been enacted as the statute. The association's challenge to the four orders, based on their retrospective effect among other things, came before the Judicial Committee of the Conseil d'Etat, four of whose five members had previously taken part in drawing up the Conseil d'Etat's opinion on the draft regulation and framing the bill. The association's challenge was dismissed, and it complained that the Judicial Committee was not an independent and impartial tribunal and that its rights under article 6 of the European Convention had been violated. A majority of the Commission held that there had been no violation of article 6, but a minority dissented, holding (page 203) that, having regard to the importance of appearances and the increased concern of the public that the fair administration of justice should be guaranteed, the association could legitimately fear that its case would not be heard by an independent and impartial tribunal. The Court unanimously upheld this dissent. In paragraphs 44-45 of its judgment it said:

> "44. The only issue to be determined is whether the Judicial Committee satisfied the impartiality requirement of Article 6 of the Convention, regard being had to the fact that four of its five members had to rule on the lawfulness of a regulation which they had previously scrutinised in their advisory capacity.
>
> 45. The Court notes that four members of the *Conseil d'Etat* carried out both advisory and judicial functions in the same case. In the context of an institution such as Luxembourg's *Conseil d'Etat* the mere fact that certain persons successively performed these two types of function in respect of the same decisions is capable of casting doubt on the institution's structural impartiality. In the instant case, Procola had legitimate grounds for fearing that the members of the Judicial Committee had felt bound by the opinion previously given. That doubt in itself, however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the tribunal in question, and this makes it unnecessary for the Court to look into the other aspects of the complaint."

12. Article 6 of the European Convention was again invoked in *McGonnell v United Kingdom* (2000) 30 EHRR 289. The applicant in that case applied to the Island Development Committee of Guernsey for permission to develop his property and was refused because the proposed development did not conform to a detailed development plan. That plan had been adopted some years before by the States of Deliberation, over which the Deputy Bailiff had presided. The applicant appealed to the Royal Court against the refusal of permission and the appeal was heard by the Bailiff, who had been the Deputy Bailiff when the plan had been adopted, and seven Jurats. The appeal was unanimously dismissed. The Commission held, by 25 votes to 5, that article 6 had been violated, ruling (pp 300-301):

> "61. The position in the present case was therefore that when the applicant appeared before the Royal Court on 6 June 1995, the principal judicial officer who sat on his case, the Bailiff, was not only a senior member of the judiciary of the Island, but was also a senior member of the legislature — as President of the States of Deliberation — and, in addition, a senior member of the executive — as titular head of the administration presiding over a number of important committees. It is true, as the Government points out, that the Bailiff's other functions did not directly impinge on his judicial duties in the case and that the Bailiff spends most of his time in judicial functions, but the Commission considers that it is incompatible with the requisite appearances of independence and impartiality for a judge to have legislative and executive functions as substantial as those in the present case. The Commission finds, taking into account the Bailiff's roles in the administration of Guernsey,

> that the fact that he has executive and legislative functions means that his independence and impartiality are capable of appearing open to doubt."

The Court was unanimously of the same opinion (pp 307-308):

> "55. The participation of the Bailiff in the present case shows certain similarities with the position of the members of the Conseil d'Etat in the case of *Procola*. First, in neither case was any doubt expressed in the domestic proceedings as to the role of the impugned organ. Secondly, and more particularly, in both cases a member, or members, of the deciding tribunal had been actively and formally involved in the preparatory stages of the regulation at issue. As the Court has noted above, the Bailiff's non-judicial constitutional functions cannot be accepted as being merely ceremonial. With particular respect to his presiding, as Deputy Bailiff, over the States of Deliberation in 1990, the Court considers that any direct involvement in the passage of legislation, or of executive rules, is likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person subsequently called on to determine a dispute over whether reasons exist to permit a variation from the wording of the legislation or rules at issue. In the present case, in addition to the chairing role as such, the Deputy Bailiff could exercise a casting vote in the event of even voting and, as the Bailiff stated in the *Bordeaux Vineries* case, there was no obligation on him to exercise his casting vote against a proposition before the States where that vote impinged on his conscience. Moreover, the States of Deliberation in Guernsey was the body which passed the regulations at issue. It can thus be seen to have had a more direct involvement with them than had the advisory panel of the Conseil d'Etat in the case of *Procola* with the regulations in that case.
>
> 56. The Court also notes that in the case of *De Haan*, the judge who presided over the Appeals Tribunal was called upon to decide upon an objection for which he himself was responsible. In that case, notwithstanding an absence of prejudice or bias on the part of the judge, the Court found that the applicant's fears as to the judge's participation were objectively justified.
>
> 57. The Court thus considers that the mere fact that the Deputy Bailiff presided over the States of Deliberation when DDP6 was adopted in 1990 is capable of casting doubt on his impartiality when he subsequently determined, as the sole judge of the law in the case, the applicant's planning appeal. The applicant therefore had legitimate grounds for fearing that the Bailiff may have been influenced by his prior participation in the adoption of DDP6. That doubt in itself, however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the Royal Court, and it is therefore unnecessary for the Court to look into the other aspects of the complaint."

In a short separate opinion Sir John Laws (p 309) based his concurrence solely on the coincidence of the Bailiff's presidency over the States in 1990 and over the Royal Court in 1995.

13. It was at once recognised that the decision in *McGonnell* threw doubt on the Lord Chancellor's historic dual role as both legislator and judge. Giving his written answer to a parliamentary question on 23 February 2000 (HL Hansard, vol. 610, WA 33), Lord Irvine of Lairg LC declined to step down as head of the judiciary and distinguished his role from that of the Bailiff of Guernsey, but added:

> "The Lord Chancellor would never sit in any case concerning legislation in the passage of which he had been directly involved nor in any case where the interests of the executive were directly engaged."

This response was consistent with a response made by the Lords of Appeal in Ordinary to an invitation to publish a statement of the principles they intended to observe when participating in debates and votes in the House of Lords and when considering their eligibility to sit on related cases. On 22 June 2000, in the course of the Law Lords' collective reply, they stated (HL Hansard, vol. 614, col. 419):

> "As full members of the House of Lords the Lords of Appeal in Ordinary have a right to participate in the business of the House. However, mindful of their judicial role they consider themselves bound by two general principles when deciding whether to participate in a particular matter, or to vote; ..... secondly the Lords of Appeal in Ordinary bear in mind that they might render themselves ineligible to sit judicially if they were to express an opinion on a matter which might later be relevant to an appeal to the House."

14. After the conclusion of argument, the attention of the House was drawn to the recent decision of the Strasbourg Court in *Pabla Ky v Finland* Appn no 47221/99, 22 June 2004, unreported). In that case a member of the Finnish Parliament who also sat as an expert member of the Court of Appeal was said to lack independence. The Strasbourg Court rejected that complaint, and also found no objective justification for the applicant's fear as to a lack of independence and impartiality of the Court of Appeal resulting from the dual role of the expert member. In distinguishing *Procola* and *McGonnell*, the Court pointed out (paragraph 34) that the expert member "had not exercised any prior legislative, executive or advisory function in respect of the subject-matter or legal issues before the Court of Appeal for decision in the applicant's appeal".

15. In *Kartinyeri v Commonwealth of Australia* (1998) 156 ALR 300 objection was taken to the participation of a judge in a High Court decision on the constitutionality of a Commonwealth statute. The ground of objection was that the judge, as counsel, had given an opinion on the point. The judge concluded that he should not disqualify himself. He held (in para 24 of his judgment):

> "24. I do not think that the expression of an opinion as to a legal matter, whether as a practising lawyer or as a judge on a prior occasion, will ordinarily of itself give rise to a reasonable apprehension of bias according to the relevant test. Mason J in the passage I have already quoted [*Re JRL; Ex p CJL* (1986) 161 CLR 342, 352] points out that the making of a previous decision by a judge on issues of *fact* and law, although perhaps generating an expectation of a particular outcome, does not mean that the judge will not be impartial and unprejudiced in the relevant sense."

He also held, in para 33:

> "33. Some members of this court have come to it directly from a career in politics and in government. Inevitably, in Cabinet and in the Party room, they must have had a very close association with members of the government whose legislation they have had from time to time to interpret. Sometimes the legislation may be in implementation of long-standing policy to which the former politician has subscribed and has perhaps even advocated. A particular association of itself, and even a current, proper one which observes the punctiliousness required in respect of a case and issues actually before, or which may be before, the court should not ordinarily give rise to a reasonable apprehension of bias."

But, relevantly to the present case, he also said:

> "29. My position is, I think, quite different from that of a person who, before coming to the bench, has been directly involved in the preparation of legislation that has to be construed by the court, and who has taken active steps as principal law officer of the Commonwealth to seek to ensure the passage of a bill and to propound to the Governor-General the Senate's failure to pass it as a basis for a double dissolution. These were some of the circumstances that led Murphy J to stand aside in *Victoria v Commonwealth and Connor* [(1975) 134 CLR 81]. There were other closely related steps taken by his Honour there when he was the Attorney-General concerning that Act."

16. Counsel for the Scottish Ministers drew attention to some observations of Rehnquist J in *Laird v Tatum* 409 US 824 (1972), 835, para 6, when denying a motion to recuse himself on the ground of his

previous activity as an expert witness and an Assistant Attorney General, but little assistance is to be gained from this authority, first, because the matter was governed by statute and, secondly, because the judgment was not directed to the appearance of bias. More pertinent is the decision of the Privy Council in *Panton and Panton v The Minister of Finance and the Attorney General* [2001] UKPC 33. The appellants had challenged the constitutionality of a Jamaican statute and had failed before the Constitutional Court and the Court of Appeal. Rattray P had presided in the Court of Appeal, and after the hearing it had come to the appellants' notice that he had, as Attorney General, certified that in his opinion the statute which the appellants sought to challenge was not contrary to the Constitution. It was a pro forma certificate given before the statute was presented to the Governor-General for the royal assent. It appears to have been a formal step by the Attorney General and the Board observed (para 9):

> "It is not obvious that the Attorney General would himself have applied his mind to every aspect of the Act and examined its constitutionality in every detail. Doubtless members of his office would advise him on the matter and from all that appears he may well have relied on his departmental advisors in putting his signature to the certificate. It is a statement of his opinion. But it is not evident that it took any account of the particular issue which has now been raised by the appellants."

On these facts the Board found no appearance of bias. Nor did it in the fact that the President had, when the statute was passed, been a Member of Parliament and Minister of Justice as well as Attorney General. The Board said (paras 13-14):

> "13. But there is nothing to show that he was actively engaged in the promotion of the Bill, indeed there is nothing to show that he took any part in the process of its passing at all. He may well have voted for it as a member of the government whose Bill it was but there is nothing on which the appellants found as demonstrating any particular participation in the legislative process. Had he introduced the Bill, or campaigned for it, been responsible for securing its passage through Parliament, or adopted it as a particular cause which he was determined to promote, there might have been some material on which the appellants could have founded an argument. But, apart from the matter of the certificate, they look only to the fact of his membership of the government and the Parliament when the Act was passed. That cannot be sufficient to constitute a disqualification from his sitting as a judge on the issue of constitutionality which has now arisen. His past political history is, as was pointed out in the passage in *Locabail* ([2000] QB 451, 480, para 25) quoted earlier, not ordinarily a ground for disqualification.
>
> 14. The absence of any significant role played by Mr Rattray in the passing of the legislation is a point of some importance. . . . "

continue

Doc. num. 56

[Home] [Databases] [World Law] [Multidatabase Search] [Help] [Feedback]

United Kingdom House of Lords Decisions

You are here: BAILII >> Databases >> United Kingdom House of Lords Decisions >> Magill v. Weeks [2001] UKHL 67 (13th December, 2001)
URL: *http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/67.html*
Cite as: [2002] 2 WLR 37, [2002] BLGR 51, [2002] HRLR 16, [2001] UKHL 67, [2002] HLR 16, [2002] 1 All ER 465, [2001] NPC 184, [2002] 2 AC 357, [2002] LGR 51

[New search] [Buy ICLR report: [2002] 2 AC 357] [Buy ICLR report: [2002] 2 WLR 37] [Help]

Magill v. Porter [2001] UKHL 67 (13th December, 2001)

HOUSE OF LORDS

Lord Bingham of Cornhill Lord Steyn Lord Hope of Craighead Lord Hobhouse of Wood-borough Lord Scott of Foscote

OPINIONS OF THE LORDS OF APPEAL FOR JUDGMENT

IN THE CAUSE

MAGILL

(APPELLANT)

v.

PORTER

(RESPONDENT)

MAGILL

(APPELLANT)

v.

WEEKS

(RESPONDENT)

ON 13 DECEMBER 2001

[2001] UKHL 67

LORD BINGHAM OF CORNHILL

My Lords,

1. The issue in this appeal is whether the auditor should have certified any sum to be due to the Westminster City Council from Dame Shirley Porter and Mr David Weeks and, if so, in what amount.

2. The appellant, Mr John Magill, is the auditor. He was appointed by the Audit Commission under section 13 of the Local Government Finance Act 1982 to audit the accounts of Westminster City Council for the years 1987-8 to 1994-5. He conducted a very lengthy and detailed audit and certified under section 20 of the Act that three councillors and three officers had, by wilful misconduct, jointly and severally caused a loss of approximately £31m to the council which they were liable to make good. All three of the councillors and two of the officers pursued appeals against the auditor's decision to the Queen's Bench Divisional Court (Rose LJ, Latham and Keene JJ). The councillors were Dame Shirley Porter, who was leader of the council at all material times, Mr David Weeks, who was deputy leader, and Mr Hartley, who from June 1987 was chairman of the council's Housing Committee. The two officers were Mr England, who was the council's director of housing, and Mr Phillips, who was managing director of the council. The Divisional Court upheld the auditor's finding that Dame Shirley Porter and Mr Weeks were liable, although it reduced the sum certified; it allowed the appeals of Mr Hartley and the two officers and quashed the auditor's certificate in relation to them: (1997) 96 LGR 157. On further appeal by Dame Shirley Porter and Mr Weeks, the Court of Appeal by a majority (Kennedy and Schiemann LJJ, Robert Walker LJ dissenting) upheld both appeals on liability: [2000] 2 WLR 1420. Robert Walker LJ, although in favour of dismissing both appeals against liability, would have reduced the sum of the auditor's certificate: p 1504. On this quantum issue Kennedy LJ agreed with him (at p 1429) and Schiemann LJ (at p 1447) expressed no opinion. The auditor now appeals to this House seeking to reinstate the certificate issued against Dame Shirley Porter and Mr Weeks in the sum certified by the Divisional Court. Mr Hartley and the two officers are no longer directly involved in the proceedings. It is necessary to decide whether the Court of Appeal was right to quash the certificate issued against Dame Shirley Porter and Mr Weeks and, if not, in what sum that certificate should have been issued.

3. My Lords, the facts giving rise to this appeal and much of the evidence have been summarised at some length by the Divisional Court (at pp 164-166, 175-203) and by the Court of Appeal (pp 1431-1432, 1463-1482) and are the subject of a lengthy statement of facts agreed between the parties for purposes of this appeal. The facts and the evidence are crucial to the appeal, but it is unnecessary to repeat the detailed summaries already made. It is enough, for present purposes, to highlight some of the key events in the narrative, which I take from the agreed statement of facts.

4. The council comprised 60 councillors elected to represent 23 wards. As a result of the local government elections in May 1986, the overall Conservative party majority was reduced from 26 to 4. The close results of those elections prompted leading members of the council to consider how council policies could be developed in order to advance the electoral prospects of the Conservative party in the next local government election to be held in 1990. Dame Shirley Porter was determined that the Conservative party would have a greater majority at the 1990 elections than that which it had narrowly achieved in 1986. With this end in view, she reorganised the party's administrative and decision-making structure and herself chaired a group of committee chairmen. This body comprised herself as leader, Mr Weeks, the deputy leader, the majority party's chief whip and the chairmen of the council's committees. It was not a committee or sub-committee appointed by the council. It met on a regular basis, sometimes with officers in attendance. It developed and promoted policy. One of these concerned the designation of council-owned properties for sale.

5. The council first introduced a policy of designated sales in 1972. Under this policy, blocks of council dwellings were designated and, when a dwelling in a designated block became vacant, it was not re-let but offered for sale to an approved applicant with the intention that all dwellings in designated blocks would become owner-occupied. Under the scheme as it was in July 1987, 10 to 20 sales per annum were generated from the 300 dwellings then designated. With a view to achieving greater success in the 1990 elections, the chairmen's group formulated a policy entitled "Building Stable Communities" (known for short as "BSC"). This included targets for increasing the numbers of Conservative voters in each of eight key wards, the target voter figures for those wards adding up to a total of 2,200. The eight most marginal wards in the election of May 1986 from the Conservative party's point of view were Bayswater, Cavendish, Hamilton Terrace, Little Venice, Millbank, St James's, Victoria and West End. Those eight wards were chosen in mid-February 1987 by some members of the majority party on the council (including Dame Shirley Porter and Councillor Weeks), and were known as the "key wards". Both the eight key wards and the target voter figures (which envisaged an overall increase of 2,200 Conservative supporters in the eight key wards) were identified to officers in February 1987. The target voter figures remained the same thereafter and the achievement of those figures (including the contribution of designated sales to them) was monitored by leading members and officers. The references in contemporary documents to "new residents", "more electors" and "new electors" in many instances were euphemisms for

"more potential Conservative voters", particularly in marginal wards. A major element of BSC was to increase designated sales of council properties in the eight key wards to potential owner-occupiers. It was believed that owner-occupiers would be more likely to vote Conservative. In some of the key wards there was very little council housing and few or no designated properties. But, even in respect of those wards, designated sales appeared on monitoring charts recording the progress towards the targets in the eight key wards. From July 1986, if not before, concentrating on marginal wards was majority party policy. The intention of the majority party was to develop council policies which would target marginal wards, including such housing policies as could affect the make-up of the electorate in those wards.

6. Very soon after the 1986 local government elections, the first suggestions for disposing of council housing, including increased designation, were made. On 19 May 1986, Mr England informed the then chairman of the Housing Committee that it would be virtually impossible for the council to meet its statutory obligations if a policy of wholesale disposal of council housing were to be adopted. On 3 June 1986 the chairmen's group decided that major policy initiatives should come down from it (and from the Policy and Resources Committee) and it discussed marginal wards. On 5 June 1986 the chairman of the Housing Committee responded to Dame Shirley Porter's request for a note on "balancing the social mix" by identifying a number of factors contributing to the drop in the Conservative party's "natural support" and suggesting various options for increasing home ownership, including increased designated sales which would, however, lessen the council's "already stretched ability to meet our statutory requirements". On 24 June 1986 Dame Shirley Porter and Mr Weeks attended the chief officers' board when the officers were told that the focus of attention would be on winning the next election, and there was discussion of the majority party's objective of "social engineering including housing". On 30 June 1986 a working lunch, attended by Dame Shirley Porter and others, was held to discuss a prospective planning study: Mr England made a note of the discussion which included references such as "economic justification for Gmander on Hsg", "who is a Tory Voter?", "Gentrification" and "will company lets vote Tory". On 29 July 1986 Dame Shirley Porter had a discussion with Mr Phillips concerning properties in key wards, voting records and decanting and she asked Mr England for information in respect of key wards. By the beginning of September 1986 the council's policy unit had prepared a paper on "homelessness/gentrification". It stated that "homelessness is reaching crisis proportions" and described "gentrification" as:

> "ensuring that the right people live in the right areas. The areas are relatively easy to define: target wards identified on the basis of electoral trends and results. Defining 'people' is much more difficult and not strictly Council business . . . the housing/planning study should be used to define which initiatives are likely to produce the desired results, and in which areas."

On 1 September 1986 Mr England produced a paper for Mr Weeks on "Gentrification" in which he identified the major constraints on initiatives to increase home ownership as the duties to the homeless and other high priority rehousing requirements.

7. Dame Shirley Porter wrote a paper setting out her "Strategy to 1990" in which she gave top priority to winning the 1990 elections. Two of the key issues identified in the "Strategy to 1990" in relation to electoral success were "homelessness/gentrification" and how best to use the study about to be commissioned from consultants. The paper prepared by the policy unit on "homelessness/gentrification" formed part of Dame Shirley Porter's paper. Her "Strategy to 1990" was agreed by the chairmen's group on 2 September 1986 and on 3 September was circulated by the head of the policy unit to all chief officers. Officers recommended that the consultants' study should be used to establish the key wards and the need for increased home ownership in them. At a meeting on 15 September 1986 with representatives of the consultants, attended by Dame Shirley Porter and Mr Weeks, there was a discussion of a strategy "to push labour voters out of marginal wards. Housing Dept can't say privatise/gentrify council blocks in marginal wards - 400 in B & B but we could say - preserve economic base - need to boot out these blocks". Reference was also made to an aim to "preserve local communities - but boot out certain categories" and to community groups which "don't vote Tory". Dame Shirley Porter told the consultants "we want the right answers". In January 1987 a paper on home ownership was written at Dame Shirley Porter's request by the then vice-chairman of the Housing Committee, Mr Segal. That paper, written in advance of the consultants' report, identified the short-term objective as being "to target the marginal wards and, as a matter of the utmost urgency, redress the imbalance by encouraging a pattern of tenure which is more likely to translate into Conservative votes". The paper assumed that owner-occupiers were more inclined to vote Conservative and drew attention to the low proportion of owner-occupiers in Westminster relative to the national average. It called for the council to reappraise its designation policy and to "identify far more blocks particularly in key marginal wards". The paper was submitted to, and generally endorsed, by the chairmen's group at its

meeting on 27 January 1987. Further work on designated sales in marginal wards followed. At least from the time of this paper in January 1987, targeting designated sales in marginal wards was firm political policy. The chairmen's group decided on 24 March 1987 to adopt a target of 250 designated sales per annum in the marginal wards. At that meeting, attended by Dame Shirley Porter and Mr Weeks, she stated: "need a peg in the [consultants'] report". The chairmen's group also considered a draft report. Dame Shirley Porter indicated that she did not want the report to go into detail because it exposed the other sales policies for discussion, notwithstanding that the report had been prepared, according to Mr England, to give members a "smokescreen" to identify the designated area for growth. Mr England explained to the managing director in a memorandum dated 26 March 1987 that the intention was to plant a question at the Housing Committee on 1 April 1987 in order to obtain authority for officers to provide a report on how to increase designated sales to at least 250 per annum, and that he intended to report back "once we have [the consultants'] steer on 250 in certain wards".

8. By this stage legal concerns were beginning to surface. On 20 March 1987 the deputy city solicitor advised the then chairman of the Housing Committee on the need to have sufficient justification for a major change in policy on designated sales, reinforcing (as he put it) the notes of caution that had already been expressed. On 24 March 1987 one of Dame Shirley Porter's aides (Mr Greenman) addressed certain questions to the director of housing and the city solicitor. In response to the first question addressed to him, namely, whether the council's new policy on 100% designation for sale in the eight target wards would conflict with the council's statutory obligations, the city solicitor replied on 24 March 1987 to Dame Shirley Porter that:

> "If the policy is to be introduced then as a matter of law the reasons for its introduction have got to be carefully argued. The needs of the homeless and the impact of a decision to sell accommodation which might otherwise be available for them is a highly relevant consideration which will have to be balanced against the advantages of selling. It is fundamental that the arguments in favour of selling be soundly based and properly argued. Anything which smacks of political machinations will be viewed with great suspicion by the courts."

A further question was addressed: "Is there any possibility that this policy will lay the council open to (a) judicial review of its policy or (b) surcharging for illegality etc". To this question the city solicitor replied:

> "(a) Yes. The way to avoid successful challenge is to devise legitimate arguments and to ensure that all possible ramifications have been considered by those taking the decision. If this is done judicial review may be successfully resisted unless it can be demonstrated that the decision takers have acted irrationally or relied on an irrelevant consideration.
>
> (b) . . . The possibility of surcharge exists but it will be necessary for those challenging to demonstrate that the loss flowed from the act of wilful misconduct. This re-emphasises the need for a good argument to be constructed in favour of sale."

In response to a further question the city solicitor said:

> "It is crucial that any report should critically examine a proposal to designate for sale. The advantages of sale have to be considered not from any ulterior motive but from the standpoint of what is right in view of the council's role as a housing authority. A general policy of disposal is much more likely to be susceptible of challenge than decisions taken in respect of each block or each property. It might be sensible to go forward in stages rather than offer a broad target. Lawyers should be involved in consideration of any reports at the earliest possible stage. Since a general policy will inevitably draw fire the advice of counsel should be sought at an early stage so that if judicial review is commenced the prospects of successful challenge can be minimised".

9. The consultants' report was received by the council on about 10 April 1987. The Divisional Court found that Dame Shirley Porter plainly hoped and was deeply interested in the possibility that the report would provide a peg on which to hang the policy of increasing designated sales in marginal wards. Both she and Mr Weeks knew that, without the consultants' support, the officers could not provide professional justification for designation only in the eight wards. In fact, the consultants' report gave no such support. The report did not identify the eight key wards. Of the five "stress" wards it considered, only two were among the eight key wards. On its face the report gave no support for any increase in designated sales. It recommended that the council should exercise its powers with a view to "making available a supply of low and medium priced rented housing".

10. Before receipt of this report, on 17 March 1987, a memorandum from the director of housing to the chairmen's group advised that, with the scale of designation then proposed, namely of all council properties in the eight key wards (490 sales per annum), the council might find it impossible to meet its statutory obligations to a number of homeless households; that it was not possible in professional terms to justify a designation of all properties in the eight key wards given the impact on the homeless and other priority cases; that the "key ward analysis" would have to be provided by the forthcoming consultants' study; and that members should seek legal advice on the reasonableness of the proposed course of action. In a further memorandum on the following day, the director of housing advised Dame Shirley Porter in addition that it was necessary to consider providing additional properties for the homeless and "non-statutory groups" in non-key wards but that the time required for such provision might conflict "with the objective of achieving the number of sales within the three year period". A later discussion paper on designated sales, prepared in the housing department and presented to Dame Shirley Porter and the chairmen's group on 5 May 1987, stated that the Housing Committee would need to set the number of designated sales per annum to be achieved and select the relevant properties for designation. It recorded that the city solicitor and secretary had advised that it was imperative that counsel's advice should be obtained on the final shape of the committee report and that there were four further matters for decision by the committee. The fourth of these was:

> "Given the inevitable impact on rented supply . . . should the Council's target be 250 per annum or will this have an impact on the Council's re-housing abilities which could not be justified? The [consultants'] report suggests a need to supplement the rented supply. There is nothing in the [consultants'] report which at the moment would justify a designated sales programme on the scale presently proposed."

Having read this discussion paper, Dame Shirley Porter summoned its author and the deputy city solicitor to her office at 9.45am on 5 May 1987. She told the author that the paper was not what was required; that the policy was clear; and that the note needed to spell out how it was to be achieved, not give options. She told the deputy city solicitor to obtain leading counsel's advice. She also required that a revised note be prepared for the chairmen's group meeting that evening.

11. That afternoon, Mr Jeremy Sullivan QC saw the deputy city solicitor, Mr England and the author of the discussion paper in consultation. He was informed that the majority group wished to target sales in marginal wards for electoral advantage. He advised that the council could not lawfully sell 250 properties per annum in the marginal wards alone. He advised that properties had to be designated for proper reasons, across the whole of the city and not in particular wards and that, in identifying properties to be designated, the same criteria had to be applied across the whole city and, ultimately, choice made without reference to anything other than those proper criteria. He also advised on a number of other matters, including the legality of a scheme of capital grants which was not ultimately adopted. Following this consultation, Mr England wrote a note to Dame Shirley Porter suggesting action in relation to the matters identified in the discussion paper. The note was relayed to the chairmen's group at its meeting on the evening of 5 May 1987. That meeting was attended (among others) by Dame Shirley Porter, Mr Weeks and Mr Hartley. In interview on 5 November 1992, in his affidavit and in cross-examination Mr England accepted that Mr Sullivan had not advised that marginality of a ward was a proper factor when designating for sale. In the course of his note Mr England stated:

> "The Housing Committee has already decided that the designated sales target should be 'at least 250'. . . . Counsel advises that designated estates should be identified in both marginal and non-marginal wards in order to protect the Council. The Group will, therefore, need to decide whether the 250 target applies across the City or whether in fact 250 sales in marginal wards are required in which case following Counsel's advice, somewhere in the region of 300-350 properties will need to be sold across the City. This will clearly exacerbate the problems of dealing with housing demand . . .
>
> The target set by the Housing Committee is 'at least 250'. Counsel advises that this cannot be targeted solely in key wards, therefore, the Group will have to decide whether the final target is 250 or some greater figure which would yield 250 in the marginal wards. Counsel also advises that reference to affordable housing contained in the [consultants'] study should be included in the report. This report has now been released to the opposition.
>
> The Housing Committee has set a target of at least 250. If the Group wishes to go for a larger global target in order to achieve 250 in the marginal wards, this will require a decision by the Committee. Counsel confirms that the report should be considered at the same meeting."

On the evening of 5 May 1987, the chairmen's group agreed to target designated sales city-wide in order to produce the agreed number of designated sales in marginal wards. The group decided to adopt the course described in Mr England's note of increasing the number of designated sales so as to be able to achieve the policy objective of 250 sales per annum in the marginal wards.

12. On 13 May 1987, Dame Shirley Porter was re-elected leader and Mr Weeks deputy leader of the majority party. Dame Shirley Porter appointed Mr Weeks as lead chairman for BSC with responsibility for ensuring that its performance met time-scales. She appointed Mr Hartley to be chairman of the Housing Committee.

13. The chairmen's group met on 13-14 June 1987. In a note by Dame Shirley Porter presented to the meeting it was stated that:

> "We face a tremendous challenge. The electoral register for the 1990 elections will be compiled in just over 2 years' time. Some very ambitious policies must be implemented by then: providing a great deal of affordable housing in key areas; protecting the electoral base in other areas . . . There is very little time to achieve these radical policy objectives . . ."

In a note by Dame Shirley Porter on BSC the key elements of the policy were summarised. One of these was the targeting of key areas, under which heading the voter targets for the eight marginal wards, in the total of 2,200 voters already mentioned, were listed. The note said that:

> "A key element in BSC must be to attract homeowners into Westminster. This means finding innovative ways of ensuring that the right sort of housing is available to the right sort of buyer or tenant. And it must be available by October 1989".

October 1989 was the qualifying date for inclusion in the electoral register for the 1990 local government elections. At this meeting the chairmen's group endorsed the target of 500 sales per annum across the council area in order to produce the number of sales desired in the marginal wards. Mr Hartley, the new chairman of the Housing Committee, knew that the policy for designated sales which he had to carry forward was to produce 250 sales in the marginal wards, in order to improve the Conservative vote in those wards. The target of 500 was passed on to officers, and members agreed that they would select at the Housing Committee the estates they wished to see designated for sale. A meeting was held on 6 July 1987, two days before the Housing Committee was to meet, attended by Dame Shirley Porter, Mr Weeks, Mr Hartley and others to discuss how to monitor the impact of BSC policies on each key ward in the context of electoral considerations and to monitor targets for such policies including designated sales. It was recorded that "the Leader reaffirmed the agreed BSC programme of action as agreed by chairmen as an all embracing strategic Council policy with priorities for BSC initiatives" and that both she and Mr Hartley "felt that the City Council had an agreed plan of action which could be clearly understood and implemented by officers".

14. At the meeting of the Housing Committee on 8 July 1987, Mr Hartley presented a joint report in which option 3, designation of sufficient properties to produce 500 sales per annum, was the majority party's preferred option. That option was placed before the committee because Dame Shirley Porter and Mr Weeks hoped to increase the Conservative vote in marginal wards by selling each year 250 council properties in those wards. They knew, or had every reason to believe, that as adoption of option 3 was Conservative policy, promulgated by Mr Hartley as chairman of the committee, it would become council policy. There was no instance of the Housing Committee, at this time, not adopting the majority party's policy. Mr Hartley knew that he was promoting this policy in order to produce 250 sales per annum in the eight marginal wards in order to increase the number of Conservative party voters in them. He also knew that, in supporting this policy, it would be adopted by the Housing Committee. The committee resolved to designate a number of specific properties for sale which were expected to produce 500 sales per annum. The committee further resolved to introduce a scheme of capital grants. 20,697 properties had been identified in the joint report to the committee as eligible for designation. Of these, 5,912 dwellings (29%) were in the eight key wards, 13,633 dwellings (66%) were in the other fifteen wards and there were in addition 1,152 scattered miscellaneous properties. The list of properties to be designated was not recommended by officers; it was presented by the chairman of the Housing Committee. 9,360 dwellings were designated, including all the scattered miscellaneous properties. 74% of all eligible dwellings in the eight key wards were designated; only 28% of all eligible properties in the other wards were designated.

15. There were seven Conservative party members who voted at the meeting of the Housing Committee:

Councillors Hartley, Dutt, Warner, Bianco, Buxton, Evans and Hooper. Councillors Hartley, Dutt, Evans, Hooper and Bianco were appointed to be members of the Housing Committee by Dame Shirley Porter acting as the chairman of the Policy and Resources Committee. For five of these members (Councillors Hartley, Dutt, Evans, Buxton and Hooper) it was the first meeting of the Housing Committee they had attended as voting members. There were five members of the committee who were members of the Labour Party. Designated sales was the seventh of eighteen items on the agenda. The committee adopted the list proposed by Councillor Hartley by seven votes to five. The Conservative members voted in favour; the opposition members voted against.

16. At a meeting on 29 July 1987 the council received a report from the Housing Committee. The city solicitor informed the council that a report on designated sales had been prepared following a consultation with leading counsel and that it had been seen and approved by leading counsel before it went to the Housing Committee. The council voted to receive the report.

17. The achievement of the electoral targets set out in the BSC campaign "plan for action", including those for designated sales, was monitored by the chairmen's group and by members' and officers' steering groups. On 14 September 1987, the chairmen's group decided that the managing director of the council should produce a BSC monitoring report to every other of its meetings, and confidential BSC monitoring reports were produced to such meetings on a number of dates thereafter. The reports considered what progress was being made in each of the eight key wards towards the sales target for that ward in 1987-1988. Two reports which were presented to the Policy and Resources Committee of the council, in October 1987 and May 1988, referred to BSC but did not refer to the key wards, the targets established for them or the system established to secure the achievement of those targets. Documents which were intended for public consumption did "not speak to key wards". In 1988, opposition members of the council raised questions about why the key/marginal wards were being monitored. There were deliberate attempts by officers to conceal the system of monitoring which had been established by giving deliberately misleading answers to proper questions from members of the minority party on the council. Under this pressure from the opposition, the BSC members' steering group (which Mr Weeks chaired) sought, but was unable to find, a rationale (other than their electoral marginality) for the selection of the eight key wards. On 12 April 1988 the chairmen's group, with Dame Shirley Porter and Mr Weeks in attendance, were informed that the BSC members' steering group would consider a BSC monitoring report (in the form requested by the chairmen) and a "rationale for key wards" at its meeting on 28 April 1988. Item 3 on the agenda for that meeting was "Rationale for Key Wards". This took the form of a paper by an officer, which did not provide any rationale for the selection of the eight key wards. The minutes recorded that "the paper looked at ways of going public on targeted wards. It was agreed that no such paper should be a formal document; each ward should be taken individually". Mr England's note of the meeting, under "area approach" recorded "Minority Party interest . . . not easy to confirm just the 8. . . Keep on Dodging???". Subsequent attempts were made to find a rationale (other than their electoral marginality) for the eight key wards. On 25 July 1988 Mr England met with Dr Dutt and discussed (among other things) "explanation for eight wards", "public audit . . . can we justify why eight were chosen" and "why did we pick them? Members will ask us", and Mr England's action list as a result of the meeting included "key wards - find defence of 8 wards". In a memorandum dated 24 August 1988, the city solicitor was asked why the eight wards were chosen, by whom they were chosen and why they were regarded as key, but those questions were never answered.

18. On 19 July 1989 the BBC transmitted a "Panorama" programme on the designated sales policy in Westminster. Charts presented to the BSC members' steering group after 28 July 1989 recorded rights to buy and designated sales in all 23 wards in the city, not just the eight key wards. The auditor was appointed following objections made by a number of local government electors in letters dated 18 July, 20 July and 8 November 1989.

The underlying legal principles

19. The legal principles which underlie the auditor's findings against Dame Shirley Porter and Mr Weeks are not in the main controversial, but since they are the bedrock of his decision they should be briefly summarised.

(1) *Powers conferred on a local authority may be exercised for the public purpose for which the powers were conferred and not otherwise.* A very clear statement of this principle is to be found in Wade and Forsyth, *Administrative Law* (8th ed, 2000) at pp 356-357. The corresponding passage in an earlier edition of that work was expressly approved by Lord Bridge of Harwich in *R v Tower Hamlets London Borough Council Ex p Chetnik Developments Ltd* [1988] AC 858 at 872:

> "Statutory power conferred for public purposes is conferred as it were upon trust, not absolutely - that is to say, it can validly be used only in the right and proper way which Parliament when conferring it is presumed to have intended . . ."

The principle is routinely applied, as by Neill LJ in *Credit Suisse v Allerdale Borough Council* [1997] QB 306 at 333 who described it as "a general principle of public law".

(2) *Such powers are exercised by or on the delegation of councillors. It is misconduct in a councillor to exercise or be party to the exercise of such powers otherwise than for the public purpose for which the powers were conferred.* Where public powers are conferred on a council, it is the body of elected councillors who must exercise those powers save to the extent that such exercise is lawfully delegated to groups of councillors or to officers. All will act in the name or on behalf of the council. It follows from the proposition that public powers are conferred as if upon trust that those who exercise powers in a manner inconsistent with the public purpose for which the powers were conferred betray that trust and so misconduct themselves. This is an old and very important principle. It was clearly expressed by the Lord Chancellor of Ireland in *Attorney General ex rel Rea v Belfast Corporation* (1855) 4 IR Ch 119 at 160-161:

> "Municipal Corporations would cease to be tangible bodies for any purpose of redress on account of a breach of trust, if the individuals who constituted the executive, and by whom the injury has been committed, cannot be made responsible. They are a collection of persons doing acts that, when done, are the acts of the Corporation, but which are induced by the individuals who recommend and support them; and this Court holds that persons who withdraw themselves from the duties of their office may be rendered equally answerable for the acts of those whom they allow, by their absence, to have exclusive dominion over the corporate property . . . As the trustees of the corporate estate, nominated by the Legislature, and appointed by their fellow-citizens, it is their duty to attend to the interests of the Corporation, conduct themselves honestly and uprightly, and to see that every one acts for the interests of the trust over which he and they are placed."

(3) *If the councillors misconduct themselves knowingly or recklessly it is regarded by the law as wilful misconduct.* The auditor's power to surcharge councillors under section 20(1)(b) of the 1982 Act is dependent on a finding of wilful misconduct. That expression was defined by Webster J in *Graham v Teesdale* (1981) 81 LGR 117 at 123 to mean "deliberately doing something which is wrong knowing it to be wrong or with reckless indifference as to whether it is wrong or not". That definition was approved by the Court of Appeal in *Lloyd v McMahon* [1987] AC 625 at 646-7, 655 and 674 and by the House of Lords at pp 697 and 702. It was adopted by the Divisional Court in the present case: (1997) 96 LGR 157 at 167-8. It was also accepted by the Court of Appeal: [2000] 2 WLR 1420 at p 1443. There was no challenge to this definition before the House and I would accept it as representing the intention of Parliament when using this expression.

(4) *If the wilful misconduct of a councillor is found to have caused loss to a local authority the councillor is liable to make good such loss to the council.* This is the rule now laid down in section 20(1) of the 1982 Act. But it is not a new rule. A similar provision was expressed in section 247(7) of the Public Health Act 1875, section 228(1)(d) of the Local Government Act 1933 and in section 161(4) of the Local Government Act 1972 (although in the two earlier sections the reference was to "negligence or misconduct" and not to "wilful misconduct"). Even before these statutory provisions the law had been declared in clear terms. One such statement may be found in *Attorney General v Wilson* (1840) Cr & Ph 1 at pp 24-27 where the Lord Chancellor (Lord Cottenham) said:

> "The true way of viewing this is to consider the members of the governing body of the corporation as its agents, bound to exercise its functions for the purposes for which they were given, and to protect its interests and property; and if such agents exercise those functions for the purposes of injuring its interests and alienating its property, shall the corporations be estopped in this Court from complaining because the act done was ostensibly an act of the corporation? . . . As members of the governing body, it was their duty as the corporation, whose trustees and agents they, in that respect, were, to preserve and protect the property confided to them; instead of which, having previously, as they supposed, placed the property, by the deeds of the 30th May 1835, in a convenient position for that purpose, they take measures for alienating that property, with the avowed design of depriving the corporation of it; and, with this view, they procure trusts to be declared, and transfers of part of the property to be made to the several other Defendants in this cause, for purposes in no manner connected with the purposes to which the funds were devoted, and for which it was their duty to protect and preserve them. This was not only a breach of trust

> and a violation of duty towards the corporation, whose agents and trustees they were, but an act of spoliation against all the inhabitants of Leeds liable to the borough rate; every individual of whom had an interest in the fund, for his exoneration, pro tanto, from the borough rate. If any other agent or trustee had so dealt with property over which the owner had given him control, can there be any doubt but that such agent or trustee would, in this Court, be made responsible for so much of the alienated property as could not be recovered in specie? But if Lord Hardwicke was right in *The Charitable Corporation case*, and I am right in this case, in considering the authors of the wrong as agents or trustees of the corporation, then the two cases are identical. I cannot doubt, therefore, that the Plaintiffs are entitled to redress against the three trustees and those members of the governing body who were instrumental in carrying into effect the acts complained of: and it is proved that the five Defendants fall under that description."

(5) *Powers conferred on a local authority may not lawfully be exercised to promote the electoral advantage of a political party.* Support for this principle may be found in *R v Board of Education* [1910] 2 KB 165 at 181 where Farwell LJ said:

> "If this means that the Board were hampered by political considerations, I can only say that such considerations are pre-eminently extraneous, and that no political consequence can justify the Board in allowing their judgment and discretion to be influenced thereby."

This passage was accepted by Lord Upjohn in *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997 at 1058, 1061. In *R v Port Talbot Borough Council and Others Ex p Jones* [1988] 2 All ER 207 at 214, where council accommodation had been allocated to an applicant in order that she should be the better able to fight an election, Nolan J regarded that decision as based on irrelevant considerations.

20. Counsel for Dame Shirley Porter and Mr Weeks urged upon the House what were said to be the realities of party politics. Councillors elected as members of a political party and forming part of that party group on the council could not be expected to be oblivious to considerations of party political advantage. So long as they had reasons for taking action other than purely partisan political reasons their conduct could not be impugned. Reliance was placed on observations of Kennedy LJ in the Court of Appeal (at 1444):

> "Some of the submissions advanced on behalf of the auditor have been framed in such a way as to suggest that any councillor who allows the possibility of electoral advantage even to cross his mind before he decides upon a course of action is guilty of misconduct. That seems to me to be unreal. In local, as in national, politics many if not most decisions carry an electoral price tag, and all politicians are aware of it. In most cases they cannot seriously be expected to disregard it, but they know that if the action which they take is to withstand scrutiny (to be 'judge-proof') there must be sound local government reasons, not just excuses, on which they can rely."

Schiemann LJ (at pp 1448, 1449) spoke to similar effect:

> "Whether or not the decision of the housing committee was unlawful depends, in the circumstances of this case, on the motivation of the committee at the time of the vote. If its motive was purely to secure electoral advantage for the Conservative Party then the decision was unlawful. If purely Housing Act considerations were its motivation then its decision would be lawful. . . . There is a complication. Frequently individual persons act from mixed motives. Further, group decisions may have multiple motivations - in part because there are many votes cast and in part because each voter may himself have several motivations . . . It is legitimate for councillors to desire that their party should win the next election. Our political system works on the basis that they desire that because they think that the policies to which their party is wedded is in the public interest and will require years to be achieved. There is nothing disgraceful or unlawful in councillors having that desire. For this court to hold otherwise would depart from our theory of democracy and current reality . . ."

21. Whatever the difficulties of application which may arise in a borderline case, I do not consider the overriding principle to be in doubt. Elected politicians of course wish to act in a manner which will commend them and their party (when, as is now usual, they belong to one) to the electorate. Such an ambition is the life blood of democracy and a potent spur to responsible decision-taking and administration. Councillors do not act improperly or unlawfully if, exercising public powers for a public purpose for which such powers were conferred, they hope that such exercise will earn the gratitude and support of the electorate and thus strengthen

their electoral position. The law would indeed part company with the realities of party politics if it were to hold otherwise. But a public power is not exercised lawfully if it is exercised not for a public purpose for which the power was conferred but in order to promote the electoral advantage of a political party. The power at issue in the present case is section 32 of the Housing Act 1985, which conferred power on local authorities to dispose of land held by them subject to conditions specified in the Act. Thus a local authority could dispose of its property, subject to the provisions of the Act, to promote any public purpose for which such power was conferred, but could not lawfully do so for the purpose of promoting the electoral advantage of any party represented on the council.

22. The House was referred to a number of cases in which the part which political allegiance may properly play in local government has been explored: *R v Sheffield City Council, Ex p Chadwick* (1985) 84 LGR 563; *R v Waltham Forest London Borough Council, Ex p Baxter* [1988] QB 419; *Jones v Swansea City Council* [1990] 1 WLR 54; *R v Bradford City Metropolitan Council, Ex p Wilson* [1990] 2 QB 375; *R v Local Commissioner for Administration in North and North East of England, Ex p Liverpool City Council* [2001] 1 All ER 462. These cases show that while councillors may lawfully support a policy adopted by their party they must not abdicate their responsibility and duty of exercising personal judgment. There is nothing in these cases to suggest that a councillor may support a policy not for valid local government reasons but with the object of obtaining an electoral advantage.

The findings made against Dame Shirley Porter and Mr Weeks

23. Reference has already been made to the detailed and protracted investigation conducted by the auditor. Details are given in the judgment of the Divisional Court at pp 161-162. He made very lengthy findings. The Divisional Court in its turn received a mass of written material, heard evidence from Dame Shirley Porter and Mr Weeks and conducted a hearing extending over 23 sitting days. The decision of the auditor and the Divisional Court adverse to Dame Shirley Porter and Mr Weeks rested on four main findings.

24. The first of these findings was that the Westminster City Council adopted a policy the object of which was to achieve a specified annual level of sales of properties owned by the council in the eight marginal wards with the intention that the properties thus vacated should be sold to new residents who, as owner-occupiers, might reasonably be expected to vote conservative and so increase the electoral strength of the Conservative Party in those wards in the 1990 council elections. The auditor put his conclusions on this point in a number of different ways. It is enough to quote paragraph 53(2)(d)(v) of his summary of his findings and views:

> "both the decision to increase the number of designated sales and the selection of the properties designated for sale were influenced by an irrelevant consideration, namely the electoral advantage of the majority party. I have found that the electoral advantage of the majority party was the driving force behind the policy of increased designated sales and that that consideration was the predominant consideration which influenced both the decision to increase designated sales by 500 per annum and the selection of properties designated for sale. My view is that the Council was engaged in gerrymandering, which I have found is a disgraceful and improper purpose, and not a purpose for which a local authority may act."

The Divisional Court (at pp 164-165) accepted this conclusion:

> "In the 1986 local government elections the Conservative Party on the council were returned with a very small majority. With a view to greater success in the 1990 elections, the party formulated a policy of 'building stable communities'. A major element in this policy was to increase designated sales of council properties in eight key marginal wards to potential owner-occupiers. It was believed that owner-occupiers would be more likely to vote Conservative . . . On 8 July 1987 the housing committee, having received a much amended joint report from council officials, resolved to extend the programme of designated sales so as to produce 500 sales per annum city-wide and introduced a scheme for capital grants of £15,000 to encourage tenants to move. On 29 July 1987 the council refused to overturn the committee's decision. Thereafter, the progress of the policy in marginal wards was monitored."

In the Court of Appeal Robert Walker LJ could see no reason why that court, which had not heard the witnesses, could or should depart from the Divisional Court's findings, which there was ample documentary evidence to confirm and virtually no evidence to contradict. These conclusions are clearly accepted in the agreed findings briefly summarised in paragraphs 4-18 above.

25. Nothing that the House has heard gives any ground for doubting the correctness of the conclusion of the auditor and the Divisional Court on this point. It follows from the legal principles already summarised that the council's policy was unlawful because directed to the pursuit of electoral advantage and not the achievement of proper housing objectives.

26. The decision of the auditor and the Divisional Court adverse to Dame Shirley Porter and Mr Weeks was based, secondly, on the conclusion that they were both party to the adoption and implementation of this unlawful policy.

27. With regard to Dame Shirley Porter the auditor found (at p 417, para 1147 of his decision):

> "I find as a fact that Councillor Lady Porter was one of the Members responsible for determining the direction and content of the policy of the majority group on the Council. She formulated the '*Strategy to 1990*' which aimed to give top priority in the development of Council policies to electoral success. I find that, after the local government elections in May 1986, her top priority was to secure that the Conservative Party was successful in the local government elections for the Council in 1990 and she ensured that the policies of the Council on matters such as home ownership and homelessness were directed to that end. I find as a fact that she was concerned to secure an increase in the number of home owners and a reduction in the number of homeless households accommodated in marginal (or key) wards by 1990, in order to increase the number of likely Conservative voters in those wards in the 1990 local government elections. For her, the designated sales policy was a means to that end."

The auditor made similar findings concerning Mr Weeks (p 578, paras 1579-1580):

> "I have found that Councillor Weeks was one of the Members responsible for determining the direction and content of the policy of the majority group on the Council. He was aware of, and supported, the Leader's '*Strategy to 1990*' which aimed to give top priority in the development of Council policies to electoral success. He was aware of, and supported, the initial housing strategy, evolved after the May 1986 local government elections, which involved concentration of activity in marginal wards to help the Conservative party to win the 1990 local government elections, including increased designated sales. I have found as a fact that he was concerned to secure an increase in the number of home owners and a reduction in the number of homeless households accommodated in marginal (or key) wards by 1990, in order to increase the number of likely Conservative voters in those wards in the 1990 local government elections. For him, the designated sales policy was a means to that end.
>
> I have found that thereafter, Councillor Weeks promoted and supported the Leader's '*Strategy to 1990*' and a policy of targeting designated sales and other Council policies in marginal wards in order to secure electoral advantage for the Conservative Party."

The Divisional Court reached similar conclusions (at pages 175, 176 and 183):

> "[Dame Shirley Porter] was by title leader of the majority party and by personality a leader not a follower. Targeting marginal wards was, probably from the end of July 1986 at the latest, central to her political objectives, as a succession of contemporaneous documents makes plain . . . [Mr Weeks] said that the idea of targeting designated sales in marginal wards had 'not got to a detailed stage by March 1987': it was still 'pretty loose' and remained so, even after 5 May. Although he was the lead BSC chairman monitoring the performance of other chairmen, he said he had no direct responsibility for designated sales policy which was a matter 'wholly within the .....view of the housing committee'. We reject this. As we have said, one of [Dame Shirley Porter's] central objectives from July 1986 was targeting marginal wards and we accept [Mr England's] evidence that, at least from the time of the Segal paper in January 1987, targeting designated sales in marginal wards was firm political policy. As deputy leader and, as he admitted, one who worked closely with the leader and was 'the details man,' [Mr Weeks] was well aware of [Dame Shirley Porter's] objectives and determination and we find that one of his roles to ensure by supervision that the housing committee fulfilled the objectives of the leader and the majority party, particularly in targeting designated sales in marginal wards. Whereas in his affidavit he said that key wards were not selected because of their marginality, in his oral evidence he said that marginality was the reason for their selection . . . We find that designated sales in marginal wards was, as [Mr Hartley] put it, very much [Dame Shirley Porter's] 'baby' and it was embraced by the chairmen's group including [Mr Weeks]. We

> have no hesitation in finding that the eight wards were identified in early 1987 by members of the majority party *because* they were marginal, albeit that there were also particular problems to be addressed in some of them, such as those in the central activity zone."

In the Court of Appeal Robert Walker LJ summarised the facts at considerable length, but expressed his conclusion briefly (at p 1485):

> "The overall impression throughout, from mid-1986 to mid-1989, is that the most influential members of the Conservative group on the city council led by Dame Shirley and Mr Weeks, had electoral advantage as the overriding objective in formulating their housing policy, securing its adoption by the council, and implementing it with high priority given to the marginal wards."

28. These findings again are clearly accepted in the agreed findings already summarised. There is no reason to doubt their correctness.

29. The third finding crucial to the decision against Dame Shirley Porter and Mr Weeks is that they both knew the designated sales policy targeted on marginal wards to be unlawful. The auditor found (at p 500 of his decision, paras 1363-1364):

> "I find as a fact that Councillor Lady Porter knew that Council facilities could not lawfully be used for party political purposes and that the Council was not entitled to exercise its powers or expend its resources to promote the electoral advantage of her party. As she told Councillor Peter Bradley, in answer to a question from him at a meeting of the Council on 10 June 1987: 'As the member well knows, Council facilities must not be used for party political purposes'.
>
> I find as a fact that although Councillor Lady Porter may have believed that Leading Counsel had advised that the Council could lawfully extend its programme of designated sales on the basis of the Joint Report without acting inconsistently with its statutory duties to the homeless, Councillor Lady Porter knew that it was unlawful and wrong for the Council to exercise its powers to secure an electoral advantage for any political party or to gerrymander or, in pursuit of such advantage for her party, she was at least recklessly indifferent as to whether it was right or wrong."

Save for the reference to Dame Shirley Porter's answer to Councillor Peter Bradley, the auditor made identical findings in relation to Mr Weeks (p 584, paras 1597-1598).

30. The Divisional Court made a number of findings on this point at pp 184-185:

> "[Dame Shirley Porter] failed to explain to us why and by whom the eight wards were identified. In our judgment, this failure is explicable not by the effect of the subsequent passage of time on recollection but by the realisation on her part that the more knowledge of detail which she admitted the more closely she would become identified with a policy of targeting designated sales to enhance Conservative prospects in marginal wards which she knew in 1987 and knows now was unlawful . . . From March 1987 when [Dame Shirley Porter] saw [the city solicitor's] answer to the Greenman questions she knew, as she asserts in her affidavit, that the advantages of sale had to 'be considered not from any ulterior motive but from the standpoint of what is right in view of the council's role as a housing authority'. She told us that she was not surprised by that advice and that she did not understand counsel's advice on 5 May to be any different. If this is true, [Dame Shirley Porter] cannot have thought that the suggestion of increasing the numbers city-wide came from Sullivan, because this would have left untouched the continuing ulterior motive in relation to marginal wards which [the city solicitor] had advised against. Clearly there was nothing in Sullivan's advice, as reported by [Mr England], which legitimated designated sales targeted in marginal wards. Indeed, on 10 June [Dame Shirley Porter] answered a question at a council meeting in these terms: 'Council facilities must not be used for party political purposes'. As all members and officers of the council well knew, council properties could not be sold for these purposes. [The city solicitor's] view expressed to the auditor, was that 'everyone in the Conservative Party in Westminster would have known that they could not take party political advantage into account in deciding this policy' . . . Because [Dame Shirley Porter] and [Mr Weeks] knew the targeting policy was unlawful they were content, without further inquiry of Sullivan, [Mr England], [the deputy city solicitor] or anyone else, to adopt the suggestion in [Mr England's] note that it be dressed up in city-wide clothes: neither claims this was a proper course. Their

> purpose throughout was to achieve unlawful electoral advantage. Knowledge of the unlawfulness and such deliberate dressing-up both inevitably point to, and we find, wilful misconduct on behalf of each of them."

In the Court of Appeal Robert Walker LJ concluded (at p 1488) that Dame Shirley Porter cannot at any stage have believed that targeting marginal wards for electoral advantage was a lawful use of council resources, and that the position was similar but even clearer in relation to Mr Weeks.

31. Both Dame Shirley Porter and Mr Weeks, in their respective printed cases, accept that they knew that the council could not use its powers for electoral advantage. They plainly did know that. It follows, subject to the points discussed below, that in adopting and implementing the designated sales policy both acted in a way they knew to be unlawful.

32. Fourthly, it was found that the designated sales policy promoted and implemented by Dame Shirley Porter and Mr Weeks caused financial loss to the council. The auditor's conclusion (p 499, para 1361) was as follows:

> "The fact that Councillor Lady Porter was not present at the meeting of the Housing Committee on 8 July 1987 or at the meetings of the Appointed Members' Panels on 4 September 1987, and did not, at those meetings, vote for the extended designated sales policy, which she had sought to procure, does not mean that she was not responsible for the consequences of those decisions. Without Councillor Lady Porter's promotion and support there would have been no proposal put to the Housing Committee for an increased programme of designated sales, targeted in the key/marginal wards and on the scale proposed. I find as a fact that she was one of those responsible for the decisions taken and the consequences which ensued. The resulting financial consequences were caused, in my view, by her misconduct".

An identical finding was made in relation to Mr Weeks: p 583, para 1595. The Divisional Court found (at p 204) that such loss as resulted to the council from the decisions taken by the Housing Committee and the council in July 1987 was caused by the wilful misconduct of Dame Shirley Porter and Mr Weeks. In the Court of Appeal Robert Walker LJ at page 1496 accepted that conclusion. But Dame Shirley Porter and Mr Weeks have raised an issue on causation which it is necessary to consider in more detail below.

33. In argument before the House, counsel for Dame Shirley Porter and Mr Weeks raised a large number of points in resistance to the auditor's appeal. The three most substantial of these arguments are considered in the sections which follow.

Reliance on legal advice.

34. On behalf of Dame Shirley Porter and Mr Weeks it was argued before the House that whatever the lawfulness or unlawfulness of the designated sales policy they acted, in promoting it after 5 May 1987, in accordance with what they believed to be legal advice given to the council and were accordingly not guilty of wilful misconduct.

35. The auditor's findings on this matter in relation to Dame Shirley Porter were set out in paras 1362 and 1366 of his decision at pp 499-500:

> "I find as a fact that Councillor Lady Porter did not act reasonably or in the belief that any expenditure resulting from the decisions of the Housing Committee and the appointed Members' Panels, was authorised by law. Councillor Lady Porter did not receive any legal advice which could have led her to believe that it was open to the Council to engage in gerrymandering or to exercise its powers to secure an electoral advantage for the Conservative Party. She does not claim that the Council was engaged in gerrymandering or in exercising its powers to secure an electoral advantage for the Conservative Party. She does not claim that she received legal advice that it was lawful for the Council to engage in gerrymandering or to exercise its powers to secure an electoral advantage for the Conservative Party. On the contrary, she received legal advice for the City Solicitor that the Council was not entitled to exercise its powers for an ulterior purpose. Neither this advice nor the advice from Mr Sullivan QC gave any support for targeting designation in the key/marginal wards to promote the electoral advantage of the Conservative Party. As Councillor Lady Porter was aware, that could not lawfully be done.
>
> I am further strengthened in my conclusion by the evasive, false and misleading evidence given to me by Councillor Lady Porter in interview as to the reason for the selection of the 8 key wards, the nature of the

> targets adopted and the monitoring which took place against those targets and by the misleading answers she gave in response to questions at Council meetings. Councillor Lady Porter did not admit that the designated sales policy was introduced for the purpose of securing electoral advantage for the Conservative Party in the 1990 local government elections in the City of Westminster. If Councillor Lady Porter had believed that the policy of adopting an extended programme of designated sales in order to secure electoral advantage for the Conservative Party was legally acceptable and supported by legal advice, she had ample opportunity to tell me that this was what the Council was doing and that she had received legal advice that it was lawful for the Council so to do."

In relation to Mr Weeks, very similar findings were made in paras 1596 and 1600 at pp 583-585.

36. The Divisional Court found as follows (at p 179):

> "The position of [Dame Shirley Porter] in relation to legal advice was initially, as reflected in the opening skeleton argument on her behalf, that she never sought or received advice which could have led her to believe that it was open to the council to exercise its powers to secure an electoral advantage for the majority party. In her affidavit she said her duty as a councillor was 'to decide matters in council only upon considerations relevant to local government factors identified by officers.' . . . She also said that [the city solicitor's] advice that there must not be any ulterior motive came as no surprise in the light of her experience and she did not understand leading counsel's advice on 5 May to have differed from that of [the city solicitor]. In the light of this evidence, although we accept that [Dame Shirley Porter] was always anxious to obtain and follow legal advice, it is, in our judgment, impossible for [Dame Shirley Porter] to contend that she believed at any stage that targeting marginal wards for electoral advantage was legally permissible".

The Divisional Court then, in relation to Mr Weeks, found (at p 179):

> "[Mr Weeks'] evidence in cross-examination was that, as a result of counsel's advice on 5 May it was clear 'that you could not just designate for 250 in the marginal wards' and that he greeted that advice 'with some relief' because a major aspect of contentiousness could be removed. He said that, following counsel's advice, he and other members 'immediately abandoned' talk of designating blocks in marginal wards and the lists produced 'after 5 May were constructed on other grounds'. Whether that evidence is credible we shall consider later. But it provides no basis whatever for suggesting that, if [Mr Weeks] continued to be party to a scheme for targeting designated sales in marginal wards for electoral advantage, he did so in reliance on legal advice."

37. In the Court of Appeal Robert Walker LJ, in a passage to part of which reference has already been made, said at p 1488:

> "The way in which Dame Shirley's case has been presented has varied from time to time. Only in this court, I think, has much emphasis been placed on her reliance on legal advice. In her oral evidence she said that she was well aware that local authority resources must not be used for party political ends, and that the legal advice which she received came as no surprise to her. She also said that it never occurred to her to ask to see Mr Sullivan's advice in writing. She did not contend, either in her oral evidence or through her counsel (apart from drawing attention to [the city solicitor's] unfortunate references to devising or constructing arguments), that she was relying on any legal advice to the effect that an unlawful policy could be made lawful by camouflage. On the basis of Mr England's 'Note to Leader' it seems likely that Mr Sullivan's unambiguous advice was distorted in the course of transmission to Dame Shirley, although in the absence of any minutes of the meeting of the chairmen's group on the evening of 5 May 1987 (at which Mr England was present) it is impossible to gauge the degree of distortion. But as the Divisional Court found, she cannot at any stage have believed (either in reliance on legal advice or otherwise) that targeting marginal wards for electoral advantage was a lawful use of council resources."

As already noted, Robert Walker LJ considered the position of Mr Weeks to be similar but if anything even clearer.

38. Counsel for Dame Shirley Porter and Mr Weeks naturally placed much reliance on the contrary views expressed by the majority in the Court of Appeal. In the course of his judgment (at pp 1445-1446) Kennedy LJ

said:

> "I remind myself that the Divisional Court had the advantage of seeing the two appellants, as well as others, when they gave evidence, and clearly that court was not particularly impressed by these two appellants, but what I cannot follow is how the court was able to find these appellants guilty of wilful misconduct having regard to its conclusions in relation to those important factual issues which I set out at the beginning of this section of the judgment, conclusions which led the court to conclude that three out of five appeals must be allowed. I recognise that long before 5 May 1987 Dame Shirley, but not Mr Weeks, had received legal advice from [the city solicitor], but on 5 May 1987 the possibility of targeting sales in marginal wards for political gain was put to leading counsel of considerable standing. Mr England, who received and reported upon counsel's advice, was led to believe that designating city-wide would not be unlawful merely because it met Dame Shirley's objective of 250 in marginal wards. The judgment of the Divisional Court simply does not explain why the advice of leading counsel did not affect Dame Shirley and Mr Weeks as it affected Mr England, and for that matter Mr Hartley and Mr Phillips, and I cannot make good the omission because there seems to have been no reason to make any distinction. The Divisional Court said that the purpose of the appellant throughout was 'to achieve unlawful electoral advantage'. The use of the word 'unlawful' begs the question. Their submission is that having taken legal advice they, like the others, believed that electoral advantage could lawfully be pursued by the route envisaged in Mr England's report of his consultation with Mr Sullivan, and thereafter the route chosen was, they believed, entirely legitimate . . . I recognise, of course, that in the Divisional Court the appellants contended that the great increase in the number of designated properties was not promoted in order to achieve 250 sales per annum in marginal wards, and that the Divisional Court held otherwise, but in all essential matters the records speak for themselves. On 5 May 1987 counsel and the officers who attended on him knew all there was to know about Dame Shirley's ambition as to sales in marginal wards. The Divisional Court was critical of both appellants for saying that, in the light of Mr Sullivan's advice, the policy was abandoned. The court said, 96 LGR 157, 185, that they 'lied', but on any view option 3 was not the proposal which Mr Sullivan was asked to consider. It was only formulated as a result of his advice. As Mr McMullen pointed out, those who wish to offend against the law do not usually consult lawyers of good reputation, give them access to all relevant information, and then act in accordance with their understanding of the lawyer's advice, arranging for further advice to be obtained as events progress. In most cases where a breach of section 20 has been found proved, the evidence shows an unwillingness to obtain or a defiance of legal advice. That is not this case."

Schiemann LJ (at p 1453) said:

> "As the division of opinion in this court shows, there is no doubt that the borderline between what is permissible and what is not permissible in the context of what Dame Shirley was trying to achieve is not easily perceived by lawyers and even less easily perceived by laymen. It is clear to me that Dame Shirley was seeking to avoid doing anything illegal and that this was the reason why she laid bare her hopes to her legal advisers and asked for legal advice."

39. The issue of inconsistency of findings is one which I consider separately below. The issue here is whether the majority of the Court of Appeal had any sustainable grounds for rejecting the very clear conclusions reached by the primary fact-finders, the auditor and the Divisional Court. Before the auditor Dame Shirley Porter and Mr Weeks did not contend that they had pursued the designated sales policy on legal advice. At that stage they were seeking to distance themselves from the policy. In the Divisional Court they contended that the policy had been abandoned after 5 May 1987, a contention found by that court to be dishonest and untrue. Only in the Court of Appeal was the case made that reliance had been placed on legal advice, as Robert Walker LJ pointed out in the passage quoted in paragraph 37 above. It is not clear to me how the Court of Appeal majority felt able to reject the very clear findings of the auditor and the Divisional Court, which in my opinion are entitled to stand. But I draw attention to two particular, in my view fatal, weaknesses in the majority reasoning. First, it is simply not true that Mr Sullivan was given access to all relevant information or that Dame Shirley laid bare her hopes to her legal advisers. Mr Sullivan received no written instructions and gave no written advice. There were two questions which the council should have put to him. The first was whether it was lawful to promote a policy of designating council properties for sale in marginal wards for the purpose of securing an electoral advantage for the majority party at the forthcoming council elections. That question was put to Mr Sullivan and he answered it in the negative, as he was bound to do. The second, follow-up, question should have been whether, if that policy would be unlawful, the policy would become lawful if, with the same objective, and in order to conceal the

targeting of sales in marginal wards, the designated sales policy were extended across the City of Westminster. That question was never put. No one, including Dame Shirley Porter and Mr Weeks, could have had any doubt at all what the answer would have been if it had. Mr Sullivan was never told of the course on which the council proposed to embark or had embarked. The second weakness is found in the history of pretence, obfuscation and prevarication which surrounded the policy from May 1987 onwards. If the policy was genuinely believed to be lawful, albeit controversial, there was no need for such intensive camouflage.

40. I can for my part see no reason to question the very clear findings made by the auditor and the Divisional Court on this question.

Inconsistency

41. The auditor's findings of wilful misconduct against Mr Hartley, Mr England and Mr Phillips were not upheld by the Divisional Court, and it is argued on behalf of Dame Shirley Porter and Mr Weeks that they cannot fairly or rationally be found liable if those others are to be exonerated. The inconsistency, as he saw it, of the Divisional Court findings was the main ground upon which Kennedy LJ allowed the appeal by Dame Shirley Porter and Mr Weeks.

42. In the case of Mr Hartley the Divisional Court found his conduct to be unlawful and so to amount to misconduct because of the improper motives of others of which he was aware. But the Divisional Court was prepared to accept that he did not appreciate the unlawfulness of his conduct and genuinely believed that his own overriding belief in wider home ownership rendered his conduct lawful (p 199). It accordingly found that his misconduct was not wilful.

43. In the case of Mr England the Divisional Court found that he was not guilty of wilful misconduct down to 8 July 1987, whatever his doubts and equivocations, and although critical of his conduct thereafter the Divisional Court did not find him guilty of wilful misconduct (p 195).

44. The Divisional Court found that Mr Phillips was guilty of misconduct. But it was not prepared to conclude that he must have known that what was proposed was unlawful as well as improper (p 202). The Divisional Court considered whether he was reckless. In the results it was not satisfied to the standard required that he had been reckless (p 203).

45. Robert Walker LJ found this the most difficult aspect of the whole case and it caused him some anxiety (p 1494) and unease (p 1496) and he thought there had perhaps been some element of mercy in the Divisional Court's conclusions (pp 1494, 1495). But he could not say they were not conclusions which were open to the Divisional Court (p 1496). I share Robert Walker LJ's anxiety and unease. It is understandable that the Divisional Court was reluctant to be excessively critical of officers, who were subject to considerable pressure from elected members, as the Divisional Court pointed out (p 186). Mr Hartley's conduct does not earn that measure of indulgence. But the Divisional Court had the advantage of hearing these three witnesses. It was rightly alert to the high standard required before a finding of this gravity could be sustained. It may very well be that Messrs Hartley, England and Phillips were fortunate to be exonerated, to the limited extent that they were exonerated. But the findings made against Dame Shirley Porter and Mr Weeks were, in truth, very strong. They were the leader and deputy leader of the council, and were respectively the prime architect and midwife of this policy. I am satisfied that no injustice is done to either of them by upholding the findings of the auditor and the Divisional Court.

Causation

46. At the forefront of their submissions on behalf of Dame Shirley Porter and Mr Weeks counsel advanced an argument to the effect that whatever the impropriety or unlawfulness of their clients' purpose and motive this did not render the decision of the Housing Committee on 8 July 1987 unlawful. That was a decision lawfully made by the members of the committee (not including Dame Shirley Porter and Mr Weeks) for lawful housing reasons, untainted by the unlawful designated sales policy, and accordingly anything which happened thereafter was not attributable to any unlawful motivation on the part of Dame Shirley Porter and Mr Weeks. As Schiemann LJ made plain at pp 1451-1453 of his judgment, this was an argument which particularly impressed him (although he made plain at p 1453 that he did not accept that Dame Shirley Porter had been either dishonest or improperly motivated). In my opinion this argument must be rejected. It is an agreed fact (recited in paragraph

14 above) that once the city-wide designated sales policy had been adopted by the majority party it was to all intents and purposes bound to be approved by the committee. The auditor concluded (p 325 of his decision, para 885):

> "In the event that taking into account party electoral advantage does not invalidate a decision unless it becomes the dominant factor, I give my view as to whether party electoral advantage was such a dominant factor. I have concluded that the overwhelming inference to be drawn from the evidence is that party electoral advantage was the dominant consideration which influenced the Housing Committee in reaching a decision to adopt option 3 (increase designated sales by 500 per annum) and in selecting the properties designated for sale. I find as a fact that the electoral advantage of the majority party was the driving force behind the policy of increased designated sales and that that consideration was the predominant consideration which influenced both the decision to adopt option 3 and the selection of the properties designated for sale."

The conclusion of the Divisional Court on the committee's decision of 8 July 1987 (at p 181) is one that I would, for my part, accept:

> "In our view this decision was substantially influenced by a wish to alter the composition of the electorate by increasing the Conservative vote in marginal wards by the sale of council properties, and was therefore unlawful. The policy proposed at the meeting by [Mr Hartley] and adopted by the committee was one which gave effect to this purpose, whatever may have been the reasons for the votes of individual members. It is perfectly possible, in law and common sense, for a corrupt principal to cause a result through an innocent agent or (in the context discussed by Lord Nicholls of Birkenhead in *Royal Brunei Airlines Sdn Bhd v Tan* [1995] 2 AC 378, 385) a dishonest third party to be liable for a breach of trust perpetrated by a trustee acting innocently. In the present case, whatever the reasons of individual members for voting as they did, the option for which they voted was placed before the committee, in part at least, in order to achieve the improper purpose to which we have referred."

47. If however it is appropriate to inquire into the motivation of the majority party members who voted for option 3 in the committee on 8 July 1987, the conclusion does not assist Dame Shirley Porter and Mr Weeks. Whatever his own reasons for supporting that option, Mr Hartley was very well aware of the purpose which underlay the policy. He was, as already noted, found guilty of misconduct by the Divisional Court. In the auditor's decision he said that the late Dr Dutt, who was Vice-Chairman of the committee,

> "was also aware of the objective to increase the majority party's voting strength in marginal wards by the adoption of an extended programme of designated sales in those wards. In my view, he took into account the electoral advantage of the Conservative Party and sought to promote it in his voting and otherwise."

(The auditor in his provisional findings expressed conclusions adverse to Dr Dutt, who disputed those findings and took his own life. The auditor, in his decision, made no finding of personal liability against Dr Dutt). If those two tainted votes are discounted, the majority party had no majority of votes on the committee. The auditor found that Councillor Warner tried to exercise an independent judgment but was influenced by the joint report laid before the committee (which contained no hint of the true purpose of the policy) and by the views of Mr Hartley (p 323, para 879). The same finding was made in relation to Councillors Bianco and Hooper, save that they were unable to and did not exercise any independent judgment in relation to adoption of the list of properties for designation circulated at the meeting, which had been devised by officers working with the chairman to achieve target numbers of sales in certain marginal wards in order to secure an electorate advantage for the majority party in those wards (pp 323-324, para 880). In the case of Councillors Evans and Buxton the auditor found that they neither sought to exercise nor exercised any independent judgment in relation to voting for the adoption for option 3: they simply relied on the joint report and the views of Mr Hartley. The inescapable truth is that while the chairman and vice-chairman of the committee knew of the purpose which underlay option 3, the back bench members were in no position to exercise an informed independent judgment because they were never given a clear picture of why the policy had been adopted and what it was intended to achieve. The committee was used by the party leadership to secure approval of a policy of which the purpose was never fully explained. In my opinion there was no informed exercise of independent judgment by members of the committee such as could break the chain of causation between the conduct of Dame Shirley Porter and Mr Weeks and the consequences which followed.

The liability of Dame Shirley Porter and Mr Weeks

48. The Divisional Court's findings adverse to Dame Shirley Porter and Mr Weeks, reached on a mass of evidence, were fully justified, if not inevitable. The Court of Appeal majority erred in departing from them. The passage of time and the familiarity of the accusations made against Dame Shirley Porter and Mr Weeks cannot and should not obscure the unpalatable truth that this was a deliberate, blatant and dishonest misuse of public power. It was a misuse of power by both of them not for the purpose of financial gain but for that of electoral advantage. In that sense it was corrupt. The auditor may have been strictly wrong to describe their conduct as gerrymandering, but it was certainly unlawful and he was right to stigmatise it as disgraceful.

Preparation of Papers

49. The auditor held Dame Shirley Porter and Mr Weeks responsible for a sum amounting (with interest) to £10,126 attributable to the cost of preparing papers relating to the promotion of the electoral advantage of the majority party. The basis of his finding was that this was an unlawful misuse of the time of council officers. There is no dispute concerning the quantum of this sum. The Court of Appeal held by a majority that since Dame Shirley Porter and Mr Weeks did not transgress, the cost of preparing these papers could not be laid at their door (p 1447). For reasons already given, I would hold that they did transgress and would hold them liable to make good this sum.

Quantum

50. The power of local authorities to dispose of land held by them under section 32(1) of the Housing Act 1985 was subject to the consent of the secretary of state. By section 34(2) of that Act the secretary of state's consent could be given generally, and was so given by a ministerial letter issued in 1981 and continuing to have effect under the 1985 Act by virtue of section 2(2) of the Housing (Consequential Provisions) Act 1985. By paragraph B(2) of this letter it was stated:

> "A local authority may dispose of any house, if that house is vacant, to any individual who intends to use it as his only or principal home, provided that the disposal is effected for a price, consideration or rent which is equal to the current market value of the house with vacant possession."

It was also open to a local authority to dispose of properties at a discount of between 30% and 70%, which is what the council in fact did.

51. As explained by the Divisional Court at p 204 of its judgment, the auditor certified in accordance with section 20(1) of the Local Government Finance Act 1982 that some £31.67m was due jointly and severally from Dame Shirley Porter and Mr Weeks (in addition, at that stage, to Mr Hartley, Mr England, Mr Phillips and another officer). This was a net sum, arrived at by calculating the gross loss or deficiency and then deducting from that figure the financial benefits enjoyed by the council as a result of the sale of designated dwellings, such as the reduced cost of management and maintenance of the council - owned housing stock. The net sum also allowed for interest on the net losses. Most of the items in the auditor's computation are not (subject to liability) in dispute. But there is one major issue: the treatment of the discounts allowed by the council on selling designated properties pursuant to what must, for present purposes, be treated as an unlawful policy. The auditor based his calculation on the open market value, with vacant possession, of the properties sold. He did not reduce his calculated figure of loss to reflect the discounted prices at which the council sold, and at which the council would have sold even if the policy had been a lawful one, if pursuant to a lawful policy the council would have sold at all. On this basis he reached a loss figure under this head of £15.476m.

52. Robert Walker LJ (with, as already noted, the assent of Kennedy LJ on this point) took a different view. He said (at p 1502):

> "In this case the relevant element of loss is the loss of part of the council's stock of social housing. It was not a loss in a commercial venture of selling dwellings with vacant possession. In my judgment the Divisional Court erred in its approach. It should have accepted the submission that there was no loss if the discounted prices actually received by the council exceeded the value of the dwellings as tenanted social housing. There was ample evidence that the discounted prices did exceed that value, and it is not necessary to go into the subsidiary issue as to Ellis & Co's valuations. Any other approach would, it seems to me, be

> inconsistent with the auditor's separate investigation and conclusion as to the additional costs of housing homeless persons which the council had to incur as a result of its own stock of social housing having been depleted by the designated sales policy."

On this basis he would have disallowed the full sum for which the auditor held Dame Shirley Porter and Mr Weeks liable under this head.

53. Although the sum involved is very considerable, the point which divides the parties is (as it seems to me) a very narrow one. Should the prices at which the council actually sold be compared with the prices at which it would have sold if selling in lawful pursuance of its powers under section 32? If so, it has suffered no loss under this head. Or should the prices at which the council actually sold be compared with the open market value of the properties with vacant possession at the time of sale? If so, it has suffered the loss certified by the auditor.

54. Section 20(1) of the 1982 Act provides for the certification by the auditor of the amount of a loss or deficiency incurred or caused by the wilful misconduct of any person. It is that amount which is due and recoverable for the benefit of the body which has suffered the loss or deficiency. The underlying principle is one of compensation, to put the body which has suffered the loss or deficiency in the same position as it would have been in had the wilful misconduct which caused the loss or deficiency never occurred.

55. In this case the council was the freehold owner of a number of properties. The wilful misconduct of Dame Shirley Porter and Mr Weeks caused the sale of some of those properties pursuant to an unlawful policy of designated sales. Thus the council parted with those properties. The council did not lose the full market value of the properties because it received discounted prices for them. But it lost the difference between the full market value of the properties and the discounted prices received. Had the council wished to replace the properties sold under the unlawful policy it would have had to pay the full market value of comparable properties. I do not think it is open to those responsible for an unlawful sales policy to contend that if the properties had been sold under a lawful policy they would have been sold at equally discounted prices since, if the policy of the council had been lawful the council might never have sold the properties at all, and it is in any event a matter for the owner of an asset to decide whether he will exploit its value to the maximum extent or not. A wrongdoer is not entitled to reap the benefit of a benign policy which might, but only might, have been pursued by the owner had it not been unlawfully deprived of the asset.

56. I do not for my part detect any element of double counting in the auditor's calculation, which is in my opinion correct.

Impartiality, fairness and delay

57. Before the Divisional Court and in the Court of Appeal Dame Shirley Porter and Mr Weeks challenged the impartiality of the auditor, the fairness of his investigation and the time taken to carry out the audit. This challenge was very fully considered by the Divisional Court, but failed both in that court and in the Court of Appeal. The challenge has been further pursued before the House. It must in my opinion be rejected for the detailed reasons given by my noble and learned friend Lord Hope of Craighead.

58. For all these reasons I would allow the auditor's appeal and restore his certificate in the sum upheld by the Divisional Court. The parties (and Westminster City Council, if so advised) are invited to make written submissions on costs. I would in conclusion pay tribute to the clear and comprehensive judgment of the Divisional Court.

LORD STEYN

My Lords,

59. I am in complete agreement with the opinion of Lord Bingham of Cornhill. I am also in complete agreement with the reasons given by my noble and learned friend Lord Hope of Craighead in regard to the issues of impartiality, fairness and delay. I would therefore also allow the auditor's appeal and restore the certificate in the sum upheld by the Divisional Court.

LORD HOPE OF CRAIGHEAD

My Lords,

60. I have had the advantage of reading in draft the speech of my noble and learned friend Lord Bingham of Cornhill. I agree with all that he has said on the issue of liability and, subject to some observations of my own, with what he has said on the issue of quantum. I wish to concentrate in this speech with the remaining issues in the case, which are those of impartiality, fairness and delay.

Introduction

61. In the Court of Appeal four matters were identified under the broad heading of unfairness: [2000] 2 WLR 1420, per Schiemann LJ, at p 1453H. These were (a) apparent bias on the part of the auditor, (b) unreasonable delay on the part both of the auditor and on the part of the Divisional Court in confirming the decision by the auditor, (c) failure on the part of the Divisional Court to hold a fair balance between the auditor and Dame Shirley Porter and (d) breach by the Divisional Court of the presumption of innocence. The Court of Appeal was not persuaded that there had been any unfairness which would justify allowing the appeal.

62. Before your Lordships the respondents have contended that the Court of Appeal should have upheld their appeals on the ground that the proceedings were unfair, applying common law principles as understood before the coming into force of the relevant provisions of the Human Rights Act 1998. They also contend that the auditor violated their Convention rights and that, as victims, they are entitled to rely directly on those rights under the 1998 Act. In addition they contend that the Divisional Court violated their Convention rights, that these are legal proceedings brought by the auditor and they are entitled to rely on that violation in these proceedings under the Act. The main thrust of their contentions on the issue of unfairness was directed to their arguments that the auditor lacked the Convention requirements of independence and impartiality, that he gave the appearance of bias contrary to the requirements of the common law and that there was unreasonable delay.

63. Before dealing with the substance of the points raised by these arguments I must first outline the statutory background and set out the facts. I shall then deal with a preliminary question which must be addressed. This is whether it is open to the respondents to rely directly on the provisions of the Human Rights Act 1998 in this appeal. I shall explain why, notwithstanding the decision of this House in *R v Kansal (No 2)* [2001] UKHL 62, I consider it appropriate to deal with the merits of the points which have been raised on the assumption that they can do so. As to the merits, I shall deal first with the questions relating to independence and impartiality and to the appearance of bias on the part of the auditor. I shall then deal with the issue of delay. Finally I shall deal with the points which have been raised about the conduct of the hearing by the Divisional Court.

The statutory background

64. Provision has been made for many years in local government legislation to protect ratepayers against losses caused by unlawful expenditure or wilful misconduct on the part of members or senior officers of local authorities. Procedures were laid down for the audit of local authority accounts and, in the event of unlawful expenditure or wilful misconduct by of a member or senior officer, for the surcharge of that member or officer on a certificate given by the auditor. The provisions which were in force during the period to which this case relates were those in Part III of the Local Government Finance Act 1982. These provisions were repealed by and re-enacted in the Audit Commission Act 1998, but I shall concentrate on those which are to be found in the 1982 Act.

65. Prior to the coming into force of the 1982 Act local authorities and other bodies subject to audit were able to choose whether their accounts should be audited by a district auditor appointed by the Secretary of State or by a private auditor. The Layfield Committee of Inquiry into Local Government Finance considered that it was wrong in principle that any public body should be able to choose its own auditor. It recommended that the audit service should be made completely independent of both central government and local authorities, with a head of local audit reporting to a specially constituted higher institution (Cmnd 6453, 1976, Ch 6, paras 18, 30-31). Section 11 of the 1982 Act provided for the establishment of a body to be known as the Audit Commission for Local Authorities in England and Wales. Section 12 provided that local authority accounts were in future to be subject to audit by an auditor or auditors appointed by the Commission. Section 13 provided that an auditor appointed by the Commission to audit the accounts might be an officer of the Commission, an individual with prescribed qualifications who was not such an officer or a firm of such individuals. Section 14 provided that the Commission was to prepare and keep under review a code of audit practice prescribing the way in which auditors

were to carry out their functions under the Act. It was to be laid before Parliament and approved by a resolution of each House. Section 15 sets out the general duties of auditors when auditing accounts in accordance with Part III of the Act. Among these, in terms of subsection (3), is the auditor's duty to consider whether in the public interest he should make a report on any matter coming to his notice in the course of the audit.

66. That, in brief, was the system under which Mr John Magill was appointed by the Commission under sections 12 and 13 of the 1982 Act. His task was to audit the Council's accounts for the years 1987-88 to 1994-95. The Code of Audit Practice for Local Authorities and the National Health Service in England and Wales 1990 stated in paragraph 10 that, in order that his opinions, conclusions, judgments and recommendations would be and would be seen to be impartial, he was to maintain an independent and objective attitude of mind and ensure that his independence was not impaired in any way. Paragraph 15 of the Code stated that the audit was to be carried out in a professional and timely fashion. His duties and powers in respect of hearing objections by local government electors and in regard to loss due to wilful misconduct were those set out in sections 17, 19 and 20 of the Act.

67. Section 17(1) of the 1982 Act deals with the right of members of the public to inspect the accounts to be audited and all books and other documents relating to them, and subsection (2) of the section provides that at the request of any local government elector the auditor shall give the elector, or any representative of his, an opportunity to question him about the accounts. Sections 17(3) and 17(4) provide:

> "(3) Subject to subsection (4) below, any local government elector . . ., or any representative of his, may attend before the auditor and make objections -
>
> (a) as to any matter in respect of which the auditor could take action under section 19 or 20 below; or
>
> (b) as to any other matter in respect of which the auditor could make a report under section 15(3) above.
>
> (4) No objection may be made under subsection (3) above by or on behalf of a local government elector unless the auditor has previously received written notice of the proposed objection and of the grounds on which it is to be made."

68. Section 19(1) of the Act provides that, where it appears to the auditor that any item of account is contrary to law, he may apply to the court for a declaration that the item of account was unlawful except where it is sanctioned by the Secretary of State. Where the court is persuaded that it should make the declaration, it has power under section 19(2) to order any person responsible for incurring or authorising the unlawful expenditure to repay it in whole or in part to the body in question, if the expenditure exceeded £2,000 to order the person responsible who was a member of a local authority to be disqualified from being a member of a local authority and to order rectification of the accounts.

69. Section 20(1) of the 1982 Act provides:

> "Where it appears to the auditor carrying out the audit of any accounts under this Part of this Act -
>
> (a) that any person has failed to bring into account any sum which should have been so included and that the failure has not been sanctioned by the Secretary of State; or
>
> (b) that a loss has been incurred or deficiency caused by the wilful misconduct of any person,
>
> he shall certify that the sum or, as the case may be, the amount of the loss or the deficiency is due from that person and, subject to subsections (3) and (5) below, both he and the body in question (or, in the case of a parish meeting, the chairman of the meeting) may recover that sum or amount for the benefit of that body; and if the auditor certifies under this section that any sum or amount is due from two or more persons, they shall be jointly and severally liable for that sum or amount."

70. Section 20(2)(b) of the 1982 Act provides that a person who is aggrieved by a decision of an auditor to certify under that section that a sum or amount is due from him may require the auditor to state in writing the reasons for his decision. Section 20(3) provides:

> "Any such person who is aggrieved by such a decision may appeal against the decision to the court and -

(a) in the case of a decision to certify that any sum or amount is due from any person, the court may confirm, vary or quash the decision and give any certificate which the auditor could have given;

(b) in the case of a decision not to certify that any sum or amount is due from any person, the court may confirm the decision or quash it and give any certificate which the auditor could have given;

and any certificate given under this subsection shall be treated for the purposes of subsection (1) above and the following provisions of this section as if it had been given by the auditor under subsection (1) above."

Section 20 (4) provides for the disqualification of a member of a local authority if a certificate relates to a loss or deficiency caused by his wilful misconduct and the amount due from him exceeds £2,000.

The facts in outline

71. This narrative begins where that set out in paragraphs 4 to 18 of Lord Bingham's speech breaks off. Like him, I have taken much of it from the agreed statement of facts.

72. By letters dated 18 and 20 July 1989 Councillor Neale Coleman, an opposition member of the housing committee, and a number of other local government electors made objections to the auditor under section 17(3) of the 1982 Act and invited him to take action under sections 19 and 20 of the Act and to make a report in the public interest under section 15(3). 28 individuals were named or referred to in the objections as persons against whom the objectors invited the auditor to take action. They included the respondents Dame Shirley Porter and Mr Weeks. By letter dated 8 November 1989 Councillor Coleman made further submissions in support of the original objection and added a further objection. Following receipt of the objections the auditor embarked on an investigation, the main stages of which were as follows.

73. In October 1989 the auditor requested a formal response from the Council to the initial objections. The Council provided its formal response on 27 November 1989. On 5 December 1989 he asked the Council if it wished to supplement that formal response to deal with the matters raised in the letter of 8 November. On 1 May 1990 the Council provided its supplementary response to the auditor. During the period from June to December 1990 he carried out a review of the documentation at City Hall and obtained preliminary legal advice on matters arising from the objection. The documentation was extensive but it was incomplete, and he asked the Council to provide further documents. In December 1990 he commenced his programme of interviews. From January to April 1991 he visited council offices to inspect further documents made available by the Council, requested further documents and continued his programme of interviews. He completed his initial round of interviews in November 1992. He reviewed the evidence which he had received by that date, obtained further legal advice and in January 1993 began a second round of interviews which lasted from January to July 1993. He found it necessary to conduct further interviews in September and October 1993.

74. On 29 September 1993, at the request of counsel and solicitors acting for Dame Shirley Porter the auditor issued a preliminary provisional indication of net expenditure and loss. He invited representations by 15 October 1993. Written submissions on this preliminary indication were made on 15 October 1993 on behalf of Dame Shirley Porter and on 27 October 1993 by Mr Weeks. On 13 January 1994 the auditor gave notice of his provisional findings to ten individuals and provided copies of them to the objectors and to the Council. He invited those concerned to indicate whether they wished him to hold an oral hearing. He made a public statement on the same date which representatives of the media were invited to attend. This statement attracted widespread publicity. Recordings of the auditor reading parts of the statement appeared on television news, and the statement was referred to and discussed in Parliament and the media. Three parties and the Council, but not Dame Shirley Porter or Mr Weeks, then requested the auditor to hold an oral hearing and the auditor agreed to do so. All parties were informed on 25 March 1994 that there would be an oral hearing starting on 17 October 1994.

75. The public statement by the auditor raised questions about his impartiality. Solicitors for Mr Phillips and Dame Shirley Porter applied to the Audit Commission on 29 March and 19 April 1994 to replace Mr Magill with a new auditor. The Audit Commission refused to do so. At a preliminary meeting on June 1994 applications were made on behalf of Dame Shirley Porter and Mr Phillips that the auditor should disqualify himself from further consideration of the objections. On 7 October 1994 the auditor held a meeting to consider oral submissions on this matter. Written representations in support of the application were made on behalf of, among others, Mr Weeks. Further oral submissions were made on behalf of Dame Shirley Porter on 17 October 1994.

The auditor decided that he should not disqualify himself. He gave his reasons in writing on 18 October 1994.

76. The auditor held an audit hearing which sat for a total of 32 days between 19 October 1994 and 7 February 1995. He received further representations and evidence after the hearing. On 17 August 1995 he circulated a revised provisional calculation of net expenditure and loss. He invited representations on this calculation by 5 October 1995. He received representations on it from the objectors. The parties were informed by him that notification of the arrangements for the issuing of his decision would be given on 21 March 1996. On 19 March 1996 the solicitors for Dame Shirley Porter wrote to the Audit Commission to request an investigation into the auditor's conduct. On 16 April 1996 the Audit Commission rejected her complaint. On 9 May 1996 the auditor issued his decision on the objections, in which he issued certificates in the sum of £31.677m against Dame Shirley Porter and Mr Weeks and four others. They appealed to the Divisional Court. The appeal by one of the other four was stayed on the ground of ill health. The appeals by Dame Shirley Porter and Mr Weeks and the other three were heard between 1 October and 4 November 1997. On 19 December 1997 the Divisional Court dismissed their appeals but allowed the appeals by the three others. Their appeals to the Court of Appeal were heard between 22 and 26 March 1999. On 30 April 1999 the Court of Appeal allowed the appeals by Dame Shirley Porter and Mr Weeks.

77. There are two key points in this history in regard to the respondent's argument about the fairness of the conduct of the proceedings by the auditor and the conduct of the Divisional Court when it dismissed their appeal. The first relates to the auditor's public statement on 13 January 1994. It is said that his conduct on this occasion gave rise to the appearance of bias on his part which could only be cured in the Divisional Court by quashing his certificate. The second relates to delay. The auditor issued his report and the certificate of surcharge on 9 May 1996. The respondents say that this was 15 months after the conclusion of the audit hearing on 7 February 1995, almost seven years after the objection was made on 18 July 1989, nearly nine years after the decision of the housing committee of 8 July 1987 against which the objection was taken and exactly ten years after start of the events following the local government elections on 8 May 1986. They contend that there had been such excessive delay that for the Divisional Court to quash the decision was the only appropriate remedy.

The Human Rights Act 1998

78. The respondents' argument on unfairness was presented on the assumption that they were entitled under section 22(4) of the Human Rights Act 1998 to rely in these proceedings on an alleged infringement of their Convention rights by acts of the auditor and of the Divisional Court, all of which took place before the relevant sections of that Act were brought into force on 2 October 2000. It assumed that these are proceedings by or at the instance of Mr Magill as auditor, and that an auditor appointed by the Audit Commission under section 12 and 13 of the Local Government Finance Act 1982 was a public authority within the meaning of section 6(1) of the 1998 Act. It also assumed that section 22(4), which states that section 7(1)(b) applies to proceedings by or at the instigation of a public authority whenever the act in question took place, applies to an appeal in these proceedings.

79. Mr Howell did not challenge the proposition, which I would accept, that an auditor appointed by the Audit Commission to audit the accounts of a local authority is a public authority. But he submitted that the proceedings which were conducted by the auditor and by the Divisional Court in the appeal to that court under section 20(3) of the 1982 Act were proceedings by or at the instigation of the objectors and not the auditor. He also submitted, following observations which I made in *R v Lambert* [2001] 3 WLR 206, that the acts of the Divisional Court which were complained of were outside the scope of section 7(1)(b) of the 1998 Act as they were acts of a court. I would reject both of these arguments.

80. As to the first point, the function of the auditor under Part III of the 1982 Act is to audit the accounts which require to be audited. It is his duty to satisfy himself by examination of the accounts and otherwise that the requirements of the statute have been complied with, that proper practices have been observed and proper arrangements have been made to obtain value for money in the use of resources: section 15(1). He must also consider whether, in the public interest, he should make a report on any matter coming to his notice in the course of the audit in order that it may be considered by the body concerned or brought to the attention of the public: section 15(3). He has power under sections 19 and 20 to declare an item of account unlawful and to recover a loss incurred or deficiency caused by wilful misconduct irrespective of whether there has been any objection to the accounts. It is in that context that the right of any local government elector under section 17(3) to attend before the auditor and make objections as to any matter in respect of which he could take action under section 19

or 20, or as to any matter in respect of which he could make a report under section 15(3), must be seen. The essence of these proceedings, from start to finish, is that they are proceedings by the auditor.

81. As to the second point, it has now been held in *R v Kansal (No 2)* [2001] UKHL 62 that section 7(1)(b) of the 1998 Act applies to acts of courts and tribunals in the same way as it applies to acts of other public authorities. There has been no suggestion that the acts of the Divisional Court which are complained of are acts to which section 6(2) of that Act applies. It has not been argued that, as the result of primary legislation, the court could not have acted differently or it was acting so as to give effect to primary legislation which could not be read or given effect in a way which was compatible with the respondents' Convention rights. It follows that the acts of the Divisional Court which are under challenge are in the same position in this respect as the acts of the auditor.

82. There remains however the question whether the benefit of retrospectivity under section 22(4) of the 1998 Act is available at the stage of an appeal. The hearing of this appeal took place before judgment was delivered in *R v Kansal (No 2)*. In that case it was held that section 22(4) does not apply to an appeal against a conviction which took place before 2 October 2000. One of the points which I made in my dissenting judgment was that I did not see how it would be possible to confine the decision in that case to criminal cases only: see para 48 of my judgment. But this point has yet to be decided in a civil appeal, and it is perhaps still open to argument. As your Lordships did not hear any argument on it, I would prefer to approach the respondents' submissions as to fairness on the assumption that they are entitled to rely on their Convention rights in this appeal irrespective of the fact that all the acts in question took place before 2 October 2000.

Whether the proceedings are civil or criminal

83. On the assumption that they were entitled in this appeal to rely on their Convention rights, the respondents submitted that in substance the proceedings under section 20 of the 1982 Act were in the nature of a criminal charge. This argument was considered and rejected by the auditor. It was also rejected by the Divisional Court, which held that English law treats the matter as one of civil not criminal liability: (1997) 96 LGR 157, 171D. Schiemann LJ did not mention the question of classification when he was dealing in the Court of Appeal with the issues of fairness [2000] 2 WLR 1420, 1453-1463. But this question was addressed by Mr McMullen in the course of his argument in this House, and it is the subject of detailed submissions in his written case. The Strasbourg cases were reviewed by Lord Bingham of Cornhill in *McIntosh v Lord Advocate* [2001] 3 WLR 107, 114-119, where the issue was whether a person against whom an application had been made for a confiscation order was, by virtue of that application, charged with a criminal offence: see also *Phillips v United Kingdom*, (2001) 11 BHRC 280.

84. For the purposes of the Convention the category into which the proceedings are placed by domestic law, while relevant, is not the only consideration. The court is required to look at the substance of the matter rather than its form, to look behind the appearances and to investigate the realities of the procedure: *Deweer v Belgium* (1980) 2 EHRR 439, 458, para 44. The nature of the offence and the nature and degree of severity of the sanction must be taken into account also. As to the sanction, the question is whether, by reason of its nature and degree of severity, it amounts to a penalty in the sense of punishment: *Engel v Netherlands (No 1)* (1976) 1 EHRR 647, 678-679, paras 82, 83; *Lutz v Germany* (1987) 10 EHRR 182, 197, para 54; *Demicoli v Malta* (1991) 14 EHRR 47, 62-63, para 34. For example, *Engel v Netherlands* concerned proceedings in a military court for disciplinary offences for which one of the sanctions liable to be imposed as punishment was deprivation of liberty. In *Demicoli v Malta* too the applicant was at risk of imprisonment if the fine was not paid. In *AP, MP and TP v Switzerland* (1997) 26 EHRR 541, 559 para 42, the court said that it attached great weight to the domestic court's finding that the fine in question was penal in character and depended on the "guilt" of the offending taxpayer. In *DC, HS and AD v United Kingdom* [2000] BCC 710 the European Court held that proceedings for the disqualification of directors on the ground of unfitness under section 6 of the Company Directors Disqualification Act 1986 were inherently regulatory in character, and that for this reason they could not be said to involve the determination of a criminal charge within the meaning of article 6(1) of the Convention.

85. I consider that the nature of the proceedings under section 20 of the 1982 Act is compensatory and regulatory, not punitive. Section 20(1) provides that the amount certifiable by the auditor, where it appears to him that a loss has been incurred or deficiency caused by wilful misconduct, is the amount of the loss or deficiency and that both he and the body in question may recover that amount for the benefit of that body. The object of the procedure is to compensate the body concerned, and the measure of the compensation is the amount

of the loss suffered. In the present case the amount certified was very large, but the nature of the proceedings does not alter depending on the amount certified. No fine is involved, nor does the section provide for a penalty by way of imprisonment. Section 20(4) provides for the respondents' disqualification from being members of a local authority. But this outcome is similar to that where a trustee is removed after being found to have been in serious breach of trust, or a person is disqualified from acting as a director of a company. In my opinion measures of the kind provided for by section 20, which apply to persons having a special status or responsibility and are compensatory and regulatory rather than penal in character, lie outside the criminal sphere for the purposes of article 6 of the Convention.

86. For these reasons I would hold that section 20 of the 1982 Act does not involve the making of a criminal charge within the meaning of article 6. But that does not mean that the respondents lack protection. They are entitled to all the protections afforded to them by article 6(1), the first sentence of which provides that in the determination of his civil rights and obligations everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

The independence and impartiality of the auditor

87. The protections which article 6(1) lays down are that, in the determination of his civil rights and obligations, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. As I shall explain later when dealing with delay, I consider that this sentence creates a number of rights which, although closely related, can and should be considered separately. The rights to a fair hearing, to a public hearing and to a hearing within a reasonable time are separate and distinct rights from the right to a hearing before an independent and impartial tribunal established by law. This means that a complaint that one of these rights was breached cannot be answered by showing that the other rights were not breached. Although the overriding question is whether there was a fair trial, it is no answer to a complaint that the tribunal was not independent or was not impartial to show that it conducted a fair hearing within a reasonable time and that the hearing took place in public: see *Millar v Dickson*, 2001 SLT 988, 994D-E per Lord Bingham of Cornhill and my own observations in that case, at p 1003C-F. Under this heading the question is whether the auditor lacked the independence and impartiality which is required by article 6(1).

88. There is a close relationship between the concept of independence and that of impartiality. In *Findlay v United Kingdom* (1997) 24 EHRR 221, 244, para 73 the European Court said:

> "The Court recalls that in order to establish whether a tribunal can be considered as 'independent', regard must be had inter alia to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence.
>
> As to the question of 'impartiality', there are two aspects to this requirement. First, the tribunal must be subjectively free from personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect.
>
> The concepts of independence and objective impartiality are closely linked..."

In both cases the concept requires not only that the tribunal must be truly independent and free from actual bias, proof of which is likely to be very difficult, but also that it must not appear in the objective sense to lack these essential qualities.

89. I shall leave over to the next heading the question whether the auditor's public statement on 13 January 1994 showed that he lacked the appearance of impartiality for the purposes of the article 6(1) Convention right. At this stage the matter for consideration is the respondents' complaint that the circumstances and nature of his appointment and the investigation which he then conducted were such that the requirements of independence and impartiality in his case were not satisfied. At the heart of the argument is the multiplicity of roles which were being performed by the auditor. The respondents say that the procedure which he adopted on receipt of the objections violated their Convention right because he acted as investigator, prosecutor and judge in the investigation which he carried out. He conducted the investigation, took the decision whether there was a case to answer, tried the case, assessed the loss and then appeared in the Divisional Court to defend his decision and his conduct.

90. The Divisional Court said (1997) 96 LGR 157, 168 E-F that the 1982 Act imposes on the auditor the roles of investigator, prosecutor and judge which might be thought an almost impossible burden, and it referred to the recommendation in paragraph 223 of the Third Report of the Nolan Committee on Standards in Public Life: Standards of Conduct in Local Government in England, Scotland and Wales (1997) (Cm 3702-1), which has now been implemented for England and Wales by Part III of the Local Government Act 2000, that surcharging by an auditor be abolished and replaced by other remedies. At p 169G the court said, after reviewing his conduct of the hearing, that it was not persuaded that the auditor's final conclusions could be impeached on the grounds of unfairness. But, at p172E-F, it said that it appeared to it that the roles which the auditor played would not meet the requirements of independence and apparent impartiality demanded by the Convention.

91. In my opinion the conduct of the auditor requires to be looked at as a whole and in the context of the procedure which is laid down in the statute. Part III of the 1982 Act starts, as one would expect, by placing the responsibility for auditing the accounts on the auditor. It seeks to ensure his independence from the body whose accounts he is auditing by requiring in sections 12 and 13 that his appointment is to be by the Audit Commission and not by the body itself. His responsibilities include making reports under section 15 on any matter coming to his notice in the course of the audit and dealing with objections made by any local government elector under section 17. Where objections are made, it is his duty to consider under section 17(3) whether they relate to any matter in respect of which he could take action under section 19 (items contrary to law) or section 20 (wilful misconduct) or to any matter in respect of which he could make a report under section 15. The Act does not enable him to pass this responsibility to someone else. It is his duty, as the person in charge of the audit within the context of which the objections are made, to deal with them himself and, if they are well founded, to take such action as he is required to take on them by the statute. The auditing process, which is in his hands, is not complete until this has been done.

92. That being the structure of the procedure laid down by the statute, there is inevitably some force in the criticism that, where accusations of wilful misconduct are involved, the auditor is being required to act not only as an investigator but also as prosecutor and as judge. But this problem has been recognised and dealt with in section 20(3). It provides not only that any person aggrieved by his decision may appeal against the decision to the court but also that the court "may confirm, vary or quash the decision and give any certificate which the auditor could have given." The solution to the problem which section 20(3) provides is that of a complete rehearing by the Divisional Court. The court can exercise afresh all the powers of decision which were given to the auditor. In *Lloyd v McMahon* [1987] AC 625, 697F-G Lord Keith of Kinkel said that, while there might be extreme cases where it would be appropriate to quash the auditor's decision, the court has a discretion, where it considers that justice can properly be done by its own investigation of the merits, to follow that course.

93. In *Kingsley v United Kingdom* (Application no 35605/97), 7 November 2000, the European Court said in paragraph 51 that, even if an adjudicatory body determining disputes over "civil rights and obligations" does not comply with article 6(1), there is no breach of the article if the proceedings before that body are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of article 6(1); see also *Bryan v United Kingdom* (1995) 21 EHRR 342, 360-361, paras 44 and 46. The court went on to say this in *Kingsley v United Kingdom*, at para 58:

> "The court considers that it is generally inherent in the notion of judicial review that, if a ground of challenge is upheld, the reviewing court has power to quash the impugned decision, and that either the decision will be taken by the review court, or the case will be remitted for a fresh decision by the same or a different body. Thus where, as here, complaint is made of a lack of impartiality on the part of the decision-making body, the concept of 'full jurisdiction' involves that the reviewing court not only considers the complaint but has the ability to quash the impugned decision and to remit the case for a new decision by an impartial body."

The powers which the Divisional Court has been given by section 20(3) fully satisfy these requirements. Not only does it have power to quash the decision taken by the auditor. It has power to rehear the case, and to take a fresh decision itself in the exercise of the powers given to the auditor. In *R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] 2 WLR 1389, 1407C-D Lord Slynn of Hadley observed that the principle of judicial control did not go so far as to provide for a complete rehearing on the merits of the decision. In the case of the procedure governed by section 20(3) however a rehearing on the merits can be conducted, and that is what was done in this case.

94. In these circumstances it is not necessary to examine the various grounds on which the procedure adopted by the auditor was criticised. The issue at this stage is whether the Divisional Court satisfied the requirements of article 6(1) in regard to the scope of the jurisdiction which it was entitled to exercise. I would answer this question in the affirmative. There has been no suggestion that the proceedings in that court, which were conducted with conspicuous care and attention to detail, lacked the appearance of independence and impartiality. In my opinion those elements of the respondents' article 6(1) Convention rights were fully protected by the proceedings in the Divisional Court, having regard to the powers which that court was entitled to exercise.

Apparent bias

95. I turn now to the question whether the auditor's certificate should have been quashed on the ground of apparent bias. The respondents submit that the way in which the auditor conducted himself when he made his statement on 13 January 1994 indicated an appearance of bias on his part which affected all stages of his investigation both before and after that date. Both the article 6(1) Convention right to an independent and impartial tribunal and the respondents' rights to an unbiased judge at common law as it was understood before the coming into effect of the relevant provisions of the Human Rights Act 1998 are invoked under this heading.

96. As I have said, the statement which the auditor made on 13 January 1994 received considerable publicity on television and in the newspapers. The Divisional Court saw video recordings of the relevant item on the 1 pm and 9 pm BBC TV news. The following description of the event is given in its judgment (1997) 96 LGR 157, 173G-H:

> "A televised announcement was arranged at which the auditor himself appeared and, although he said that his views were provisional, he expressed them in florid language and supported them by reference to the thoroughness of the investigation which he claimed to have carried out. There was a further feature of the event which should have had no place in the middle of a quasi-judicial inquiry. A stack of ring binders on the desk at which the auditor sat bearing the name of his firm for the benefit of the cameras was, ostensibly, under the protection of a security guard: unless it was being implied that the persons under investigation might wish to steal the documents, it is not clear what was the purpose of this posturing."

97. In the reasons which he gave on 18 October 1994 for deciding not to disqualify himself the auditor said that he was mindful of the serious nature of the allegations made against the respondents, that he had been careful to give them a full opportunity to respond to these allegations and his provisional findings, that he retained an open mind and that he was not biased against any individual or the council. He went on to say:

> "114. I am not biased. I have acted fairly and will continue to do so. I will exercise impartial, independent and objective judgment. I will reach a decision on the evidence and submissions before me. I will not reach any decision adverse to the council and/or to any respondent unless I am satisfied on the basis of the evidence that I am under a duty to do so. All parties will get a fair hearing from me.
>
> 115. In my consideration of the disqualification application, I have sought to apply the test formulated in *R v Gough* [1993] AC 646, namely *'whether, in all the circumstances of the case, there appeared to be a real danger of bias...'*. In my view, a person having ascertained the relevant circumstances would not consider that I will regard unfairly any person's case with disfavour. It has been suggested that I will find it difficult to depart from my provisional findings and views because of the publicity given to these. I feel no such inhibition. Nor, in my view, is there any ground on which I should reasonably be thought to be so inhibited. I have always made it plain that before reaching any conclusion I will consider any representations made to me. In my view, that is a process which necessarily conveys to any reasonable person the point that my conclusions may not coincide with my provisional findings and views. My view is that no real danger of bias exists and nor is there any other basis on which I should disqualify myself."

98. The Divisional Court set out its conclusions on this issue in this way (1997) 96 LGR 157, 174A-C:

> "In the light of the material before us, including, in particular, the auditor's reasons for declining to recuse himself, we accept that, despite such inferences to the contrary as might have been drawn from the press conference, the auditor did have an open mind and was justified in continuing with the subsequent hearings. We note that he did not confirm his preliminary findings in respect of those who gave evidence at those hearings. The error of judgment which we find he made, in holding the press conference as he did,

> did not, in our view, demonstrate bias on his part. He was at pains to stress the provisional nature of his findings and it is pertinent that in his final decision he made no finding of wilful misconduct against three people in relation to whom he had, provisionally, been minded so to find. In any event, as with the investigation, any possible unfairness to the appellants has been cured by the hearing before us."

99. The test for apparent bias which the auditor sought to apply to himself, and was applied in its turn by the Divisional Court, was that which was described in *R v Gough* [1993] AC 646 by Lord Goff of Chieveley where he said at p 670:

> "I think it unnecessary, in formulating the appropriate test, to require that the court should look at the matter through the eyes of a reasonable man, because the court in cases such as these personifies the reasonable man; and in any event the court has first to ascertain the relevant circumstances from the available evidence, knowledge of which would not necessarily have been available to an observer in court at the relevant time. Finally, for the avoidance of doubt, I prefer to state the test in terms of real danger rather than real likelihood, to ensure that the court is thinking of possibility rather than probability of bias. Accordingly, having ascertained the relevant circumstances, the court should ask itself whether, having regard to those circumstances, there was a real danger of bias on the part of the relevant member of the tribunal in question, in the sense that he might unfairly regard (or have unfairly regarded) with favour, or disfavour, the case of a party to the issue under consideration by him…"

100. The "reasonable likelihood" and "real danger" tests which Lord Goff described in *R v Gough* have been criticised by the High Court of Australia on the ground that they tend to emphasise the court's view of the facts and to place inadequate emphasis on the public perception of the irregular incident: *Webb v The Queen* (1994) 181 CLR 41, 50 per Mason CJ and McHugh J. There is an uneasy tension between these tests and that which was adopted in Scotland by the High Court of Justiciary in *Bradford v McLeod*, 1986 SLT 244. Following Eve J's reference in *Law v Chartered Institute of Patent Agents* [1919] 2 Ch 276 (which was not referred to in *R v Gough*), the High Court of Justiciary adopted a test which looked at the question whether there was suspicion of bias through the eyes of the reasonable man who was aware of the circumstances: see also *Millar v Dickson* 2001 SLT 988, 1002L-1003B. This approach, which has been described as "the reasonable apprehension of bias" test, is in line with that adopted in most common law jurisdictions. It is also in line with that which the Strasbourg court has adopted, which looks at the question whether there was a risk of bias objectively in the light of the circumstances which the court has identified: *Piersack v Belgium* (1982) 5 EHRR 169, 179-180, paras 30-31; *De Cubber v Belgium* (1984) 7 EHRR 236, 246, para 30; *Pullar v United Kingdom* (1996) 22 EHRR 391, 402-403, para 30. In *Hauschildt v Denmark* (1989) 12 EHRR 266, 279, para 48 the court also observed that, in considering whether there was a legitimate reason to fear that a judge lacks impartiality, the standpoint of the accused is important but not decisive:

> "What is decisive is whether this fear can be held objectively justified."

101. The English courts have been reluctant, for obvious reasons, to depart from the test which Lord Goff of Chieveley so carefully formulated in *R v Gough*. In *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex p Pinochet Ugarte (No 2)* [2000] 1 AC 119, 136A-C Lord Browne-Wilkinson said that it was unnecessary in that case to determine whether it needed to be reviewed in the light of subsequent decisions in Canada, New Zealand and Australia. I said, at p 142F-G, that, although the tests in Scotland and England were described differently, their application was likely in practice to lead to results that were so similar as to be indistinguishable. The Court of Appeal, having examined the question whether the "real danger" test might lead to a different result from that which the informed observer would reach on the same facts, concluded in *Locabail (UK) Ltd v Bayfield Properties Ltd* [2000] QB 451, 477 that in the overwhelming majority of cases the application of the two tests would lead to the same outcome.

102. In my opinion however it is now possible to set this debate to rest. The Court of Appeal took the opportunity in *In re Medicaments and Related Classes of Goods (No 2)* [2001] 1 WLR 700 to reconsider the whole question. Lord Phillips of Worth Matravers MR, giving the judgment of the court, observed, at p 711 A-B, that the precise test to be applied when determining whether a decision should be set aside on account of bias had given rise to difficulty, reflected in judicial decisions that had appeared in conflict, and that the attempt to resolve that conflict in *R v Gough* had not commanded universal approval. At p 711B-C he said that, as the alternative test had been thought to be more closely in line with Strasbourg jurisprudence which since 2 October 2000 the English courts were required to take into account, the occasion should now be taken to review *R v Gough* to see

whether the test it lays down is, indeed, in conflict with Strasbourg jurisprudence. Having conducted that review he summarised the court's conclusions, at pp726H-727C:

> "85 When the Strasbourg jurisprudence is taken into account, we believe that a modest adjustment of the test in *R v Gough* is called for, which makes it plain that it is, in effect, no different from the test applied in most of the Commonwealth and in Scotland. The court must first ascertain all the circumstances which have a bearing on the suggestion that the judge was biased. It must then ask whether those circumstances would lead a fair-minded and informed observer to conclude that there was a real possibility, or a real danger, the two being the same, that the tribunal was biased."

103. I respectfully suggest that your Lordships should now approve the modest adjustment of the test in *R v Gough* set out in that paragraph. It expresses in clear and simple language a test which is in harmony with the objective test which the Strasbourg court applies when it is considering whether the circumstances give rise to a reasonable apprehension of bias. It removes any possible conflict with the test which is now applied in most Commonwealth countries and in Scotland. I would however delete from it the reference to "a real danger". Those words no longer serve a useful purpose here, and they are not used in the jurisprudence of the Strasbourg court. The question is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased.

104. Turning to the facts, there are two points that need to be made at the outset. The first relates to the auditor's own assertion that he was not biased. The Divisional Court said, at p 174A-B, that it had had particular regard to his reasons for declining to recuse himself in reaching its conclusion that he had an open mind and was justified in continuing with the subsequent hearings. I would agree that the reasons that he gave were relevant, but an examination of them shows that they consisted largely of assertions that he was unbiased. Looking at the matter from the standpoint of the fair-minded and informed observer, protestations of that kind are unlikely to be helpful. I think that Schiemann LJ adopted the right approach in the Court of Appeal when he said that he would give no weight to the auditor's reasons: [2000] 2 WLR 1420, 1457H. The second point relates to the emphasis which the respondents place on how the auditor's conduct appeared from the standpoint of the complainer. There is, as I have said, some support in the jurisprudence of the Strasbourg court for the proposition that the standpoint of the complainer is important. But in *Hauschildt v Denmark* (1989) 12 EHRR 266, 279, para 48 the court emphasised that what is decisive is whether any fears expressed by the complainer are objectively justified. The complainer's fears are clearly relevant at the initial stage when the court has to decide whether the complaint is one that should be investigated. But they lose their importance once the stage is reached of looking at the matter objectively.

105. I think that it is plain, as the Divisional Court observed, at p 174B, that the auditor made an error of judgment when he decided to make his statement in public at a press conference. The main impression which this would have conveyed to the fair-minded observer was that the purpose of this exercise was to attract publicity to himself, and perhaps also to his firm. It was an exercise in self-promotion in which he should not have indulged. But it is quite another matter to conclude from this that there was a real possibility that he was biased. Schiemann LJ said, at p 1457D-E, that there was room for a casual observer to form the view after the press conference that the auditor might be biased. Nevertheless he concluded, at p 1457H, having examined the facts more closely, that there was no real danger that this was so. I would take the same view. The question is what the fair-minded and informed observer would have thought, and whether his conclusion would have been that there was real possibility of bias. The auditor's conduct must be seen in the context of the investigation which he was carrying out, which had generated a great deal of public interest. A statement as to his progress would not have been inappropriate. His error was to make it at a press conference. This created the risk of unfair reporting, but there was nothing in the words he used to indicate that there was a real possibility that he was biased. He was at pains to point out to the press that his findings were provisional. There is no reason to doubt his word on this point, as his subsequent conduct demonstrates. I would hold, looking at the matter objectively, that a real possibility that he was biased has not been demonstrated.

Unreasonable Delay

106. The respondents' argument under this heading is directed to their article 6(1) Convention right to the determination of their civil rights and obligations within a reasonable time. They contend that the auditor was guilty of inordinate delay in breach of the article 6(1) requirement and that they were at an unfair disadvantage due to delay when they were giving evidence before the Divisional Court. They also submit, under reference to

constitutional provisions considered by the Privy Council, that they had a right to a determination within a reasonable time at common law which did not require them to demonstrate actual prejudice: *Bell v Director of Public Prosecutions* [1985] 1 AC 937; *Director of Public Prosecutions v Tokai* [1996] AC 856 The Divisional Court held, at p 169D-E, that the test at common law was whether delay had given rise to such prejudice that no fair trial could be held: *Tan v Cameron* [1992] 2 AC 205, 222-224, per Lord Mustill. In its judgment no such prejudice was shown, and in the Court of Appeal Schiemann LJ was of the same opinion: [2000] 2 WLR 1420, 1459A-B. The respondents say that the approach taken by these courts was wrong in law, as there was no requirement to show actual prejudice. The nature of the common law right which they asserted in your Lordships' House appeared to me to be virtually indistinguishable in this respect from the right under article 6(1), so I do not need to dwell on this part of their argument. I shall deal with the issue of delay on the assumption that the test which they must satisfy is that which requires to be satisfied to demonstrate that there was a breach of the Convention right and that prejudice, while relevant if it exists, does not require to be demonstrated.

107. In their overall complaint about delay they have included the time which elapsed from the local government elections on 8 May 1986 and the decision of the housing committee on 8 July 1987. The period that has elapsed since the event in question may be a relevant factor when considering the question whether the delay was unreasonable. But they accept that the obligation under the Convention relates only to the conduct of the proceedings. Time usually begins to run in civil cases for the purposes of article 6(1) from the date when the proceedings in question are initiated: *Ausiello v Italy* (1996) 24 EHRR 568, 571, para 18. I would hold that time began to run in this case from the date when the objections which gave rise to the investigation were received by the auditor, and that it includes the stage of the appeal to the Divisional Court. The period under review can therefore be divided into four distinct periods: (a) that from the receipt of the original objection on 18 July 1989 to the issuing by the auditor of his provisional views on 13 January 1994; (b) that from 13 January 1994 to the end of the audit hearing on 7 February 1995; (c) that from 7 February 1995 to the issuing by the auditor of his decision and the certificates of surcharge on 9 May 1996; and (d) that from 9 May 1996 to the decision of the Divisional Court, which was given on 19 December 1997. No complaint is made about any delay after that date.

108. I would also hold that the right in article 6(1) to a determination within a reasonable time is an independent right, and that it is to be distinguished from the article 6(1) right to a fair trial. As I have already indicated, that seems to me to follow from the wording of the first sentence of the article which creates a number of rights which, although closely related, can and should be considered separately. This means that it is no answer to a complaint that one of these rights was breached that the other rights were not. To take a simple example, the fact that the hearing took place in public does not deprive the applicant of his right to a hearing before an independent and impartial tribunal established by law.

109. I would respectfully follow Lord Steyn's observation in *Darmalingum v The State* [2000] 1 WLR 2303 about the effect of section 10(1) of the Constitution of Mauritius when he said that the reasonable time requirement is a separate guarantee. It is not to be seen simply as part of the overriding right to a fair trial, nor does it require the person concerned to show that he has been prejudiced by the delay. In *Flowers v The Queen* [2000] 1 WLR 2396 a differently constituted Board, following *Bell v Director of Public Prosecutions* [1985] AC 937, held that prejudice was one of four factors to be taken into account in considering the right to a fair hearing within a reasonable time in section 20(1) of the Constitution of Jamaica. In the context of article 6(1) of the Convention however the way this right was construed in *Darmalingum v The State* seems to me to be preferable. In *Crummock (Scotland) Ltd v H M Advocate*, 2000 SLT 677, 679A-B, Lord Weir, delivering the opinion of the High Court of Justiciary, said that under article 6(1) it was not necessary for an accused to show that prejudice has been, or is likely to be, caused, as a result of delay. The article 6(1) guarantee of a hearing within a reasonable time is not subject to any words of limitation, nor is this a case where other rights than those expressly stated are being read into the article as implied rights which are capable of modification on grounds of proportionality: see *Brown v Stott* [2001] 2 WLR 817, 851B-E; *R (Pretty) v Director of Public Prosecutions* [2001] UKHL 61, para 90. The only question is whether, having regard to all the circumstances of the case, the time taken to determine the person's rights and obligations was unreasonable.

110. In *König v Federal Republic of Germany* (1978) 2 EHHR 170, 197, para 99 the European Court gave the following guidance as to the test to be applied in civil proceedings on the question of delay:

> "The reasonableness of the duration of proceedings covered by article 6(1) of the Convention must be assessed in each case according to its circumstances. When inquiring into the reasonableness of the duration of criminal proceedings, the court has had regard, inter alia, to the complexity of the case, to the

applicant's conduct and to the manner in which the matter was dealt with by the administrative and judicial authorities. The court, like those appearing before it, considers that the same criteria must serve in the present case as the basis for its examination of the question whether the duration of the proceedings before the administrative courts exceeded the reasonable time stipulated by article 6(1)."

111. Applying this test to the facts, it will be convenient to examine separately the conduct of the auditor and that of the Divisional Court. I start with the Divisional Court. It seems to me that there is no basis whatever for the suggestion that there was an unreasonable delay at this stage. The auditor issued his certificate in May 1996. It was not until December 1996 that the respondents filed their evidence on the main issues. The accounting evidence was not filed until April 1997. A procedural hearing was heard shortly afterwards in May 1997. The case proceeded to a hearing in the Divisional Court in October 1997, which lasted for 23 days. Judgment was given on 19 December 1997. I would conclude without any difficulty, having regard to the complexity of the issues and the volume of evidence that had to be prepared and presented, that the proceedings in that court were concluded within a reasonable time.

112. As for the conduct of the investigation by the auditor, there is a much more extended timetable. A period of about three and a half years elapsed between the receipt of the first objection in July 1989 and the issuing of the provisional findings in January 1994. A further period of about two years and five months then elapsed before he issued his decision and the certificates of surcharge. But this brief narrative has to be seen in the light of the nature of the exercise on which he was engaged. The Divisional Court, at p 161C-D, described his investigation as vast. It referred, at p 169D to its mammoth nature, bearing in mind that the objections related to 28 individuals. I do not need to go over the details which are set out in the agreed statement of facts. I have already provided my own summary in an earlier part of this judgment, and some further details are given by the Divisional Court at pp 161-162 and at p 168.

113. In my opinion the most striking feature which emerges from all the facts relating to the conduct of the investigation by the auditor is that, far from causing delay by inaction, he was constantly in action. He was seeking out information wherever it could be found, often with considerable difficulty. He was interviewing and re-interviewing many witnesses, recovering and perusing thousands of documents, calculating amounts of loss and expenditure and then gathering all this information together into a decision which eventually extended to almost 2000 pages including the appendices. It has been suggested that his investigation was over-elaborate. There are comments to that effect in the Divisional Court's judgment at p 161D. But the auditor had to form his own judgment on this matter. He had to take account of the importance of the exercise to all parties, including those who were at risk of being surcharged, and he was entitled to have regard to its obvious political sensitivity. I would attach particular significance to these factors and to the fact that it has not been suggested that the auditor caused delay at any stage by inactivity.

114. Applying the test described in *König v Federal Republic of Germany* (1978) 2 EHRR 170, 197, para 99 which directs attention to the complexity of the case, the applicant's conduct and the manner in which the matter was dealt with by the authorities, and leaving aside the question whether the respondents have shown that they were prejudiced, I would hold that the proceedings did not exceed the reasonable time requirement which article 6(1) lays down.

115. In view of the conclusion which I have reached I do not need to deal with the respondents' submissions about the remedy to which they were entitled if there had been undue delay. Schiemann LJ, said at p 1460F, that it would not have been appropriate in that event to quash the auditor's certificate. He had in mind the remedy which was available in the Divisional Court to ensure that, despite the delay, there was a fair trial and the possibility instead of a remedy in damages. The appellant supported this approach. But these are difficult issues, and I would prefer to reserve my opinion on them.

The Divisional Court

116. The respondents submit that the Divisional Court made errors of law by applying the wrong tests to their arguments on apparent bias and delay. Their argument is that it dealt with the case as if their complaint was one of actual bias and with their complaint of delay on the basis that it was necessary to establish prejudice. It is true that the Divisional Court took particular account of the auditor's assertions that he was not biased and that, basing itself on the common law authorities, it had regard to the question whether the delay resulted in prejudice. But I do not think that, read as a whole, the judgment is vulnerable to such serious criticism that their decision to

uphold the certificates against Dame Shirley Porter and Mr Weeks should, as the respondents assert, have been set aside by the Court of Appeal on that ground alone. Mistakes of law of this kind, if they are made, do not in themselves amount to breaches of the article 6 Convention rights of the kind which must inevitably attract that remedy. They can be corrected on appeal. I have taken full account of the respondents' arguments in my review of their case on unfairness and of their criticisms of this part of the Divisional Court's reasoning.

117. They also submit that the Divisional Court ought to have quashed the certificates on the ground that the injury done to her public reputation by reason of the auditor's conduct in making his statement at a press conference was so severe that to quash the certificate was the only possible remedy. I would reject this argument also. The question which the Divisional Court had to address was whether the defects in the investigation conducted by the auditor were so prejudicial to the respondents that it should in its discretion quash the certificates or whether it should proceed to a re-hearing on the merits and decide the issue on the evidence presented to the court: see *Lloyd v McMahon* [1987] AC 625, 716F-G per Lord Templeman. Various factors had to be taken into account in this case, including the inevitable consequence of the passage of time on the recollection of witnesses to which the Divisional Court refers at p 162D-E. But the fact that the press conference gave rise to adverse publicity, albeit that this was severe, would not of itself have justified quashing the certificates. There were other interests to be taken into account, namely those of the objectors and of the council and its electors. The respondents were given the opportunity, to which they were entitled, to raise the issue in the context of their arguments on unfairness. In my opinion their rights were sufficiently protected by the way in which this issue was examined in that court and by the remedies that were available to them by way of appeal.

Conclusion on Unfairness

118. For these reasons I would hold that the proceedings as a whole did not infringe the respondents' Convention rights and that there was no unfairness at common law on the ground either of apparent bias or of delay.

Quantum

119. The auditor included in the amount which he certified under section 20(1)(b) of the Local Government Finance Act 1982 as one of the items of loss in consequence of the respondents' wilful misconduct a sum amounting to £15.476m for discounts on the sale of dwellings sold at a discount. He took as the measure of this loss the difference between the open market value of the dwellings with vacant possession, as estimated at the time of the sales by the council's valuers Ellis & Co for the purpose of arriving at a discounted price, and the discounted prices at which they were actually disposed of. Most of the dwellings included in this item were not sold outright but were let on long leases granted in consideration of substantial premiums. For convenience however all the transactions were referred to as sales. The discount was 30 per cent to purchasers who were not already tenants of the council. For existing tenants with the right to buy it was a variable amount, but it was always more than 30 per cent.

120. As the Divisional Court said (1997) 96 LGR 157, 205B, the question whether this amount was properly certified was by far the most significant issue in terms of quantum. Two main challenges to the auditor's approach to it were advanced in that court. The first, which raised an issue of principle, was whether the auditor was right to use the open market value of the unoccupied dwellings as his starting point. The second was directed to the figures which he used for assessing their market value which, it was said, were unreliable. The Divisional Court upheld the auditors' approach on both points. It concluded, at p 207E, that the loss arising from the sales at a discount was correctly calculated at £15.476m.

121. The issue whether this amount was correctly calculated was raised again in the Court of Appeal. Robert Walker LJ said [2000] 2 WLR 1420, 1502C that in his judgment the Divisional Court erred in its approach, as it should have accepted the submission that there was no loss if the discounted prices actually received by the council exceeded the value of the dwellings as tenanted social housing. His conclusion on this issue was rendered academic by the decision of the majority to allow the appeals and discharge the certificates. Kennedy LJ said, at p 1429A, that he agreed with that part of the judgment of Robert Walker LJ which dealt with quantum, but Schiemann LJ said, at p 1447D, that he preferred to express no opinion on the point. As your Lordships have decided to allow the appeal, the issue as to quantum is once again a live issue. The auditor submits that the amount which was found to have been correctly calculated by the Divisional Court should be included in the certificates.

122. It may be convenient for me to set out again the provisions of section 20(1) of the 1982 Act:

> "Where it appears to the auditor carrying out the audit of any accounts under this Part of this Act -
>
> (a) that any person has failed to bring into account any sum which should have been so included and that the failure has not been sanctioned by the Secretary of State; or
>
> (b) that a loss has been incurred or deficiency caused by the wilful misconduct of any person,
>
> he shall certify that the sum or, as the case may be, the amount of the loss or the deficiency is due from that person and, subject to subsections (3) and (5) below, both he and the body in question (or in the case of a parish meeting, the chairman of that meeting) may recover that sum or amount for the benefit of that body..."

123. The task of the auditor in this case was to certify the amount of the loss or deficiency caused by the wilful misconduct. The loss or deficiency which he identified as due to wilful misconduct fell into two distinct parts. The first part consisted of expenditure incurred in the preparation of papers for the purpose of discussing the promotion of the electoral advantage of the majority party. This part raised no issue of principle. It was simply a matter of arriving at an appropriate figure to restore to the council's account the amount of the expenditure. The auditor made a broad estimate under this heading of £5,000 which, when interest was added, amounted to £10,126. No appeal was taken against the calculation of this amount. By far the greater part of the loss which he identified fell into the second part. This was the result of the resolution of the Housing Committee on 8 July 1987 to extend the programme of designated sales of dwellings from the council's social housing stock. After agreed corrections in the Divisional Court, the total amount of this loss was £26.462m. The figure of £15.476m for losses resulting from sales of dwellings at a discount is included in this figure.

124. The auditor's approach, as explained by him in paragraph 43 of his report, was a simple one. He said that the sale of property such as housing accommodation at less than its market value involves a loss or deficiency to the authority which is equal to the difference between the market value of the asset and the proceeds of sale. In his view, the amount of this difference was the amount that should be certified as due from any person by whose wilful misconduct that loss or deficiency has been incurred. It is this approach that the respondents have challenged as being wrong in principle.

125. I agree that the sale of a dwelling which is unoccupied at less than its open market value with vacant possession can be regarded as producing a loss or deficiency for the purposes of section 20(1)(b) of the 1982 Act. This assumes that those who were responsible for the sale were under a duty to obtain a full price for it, measured by its value with vacant possession in the open market. But I do not think that this can be regarded as a universal rule. The proper starting point is to identify the act of wilful misconduct. The next step is to determine what items of loss, if any, were caused by it. In the case of the designated dwellings, the act of wilful misconduct for which the respondents must be held accountable was the promotion of the policy which the Housing Committee adopted on 8 July 1987. The effect of its resolution was to remove the designated dwellings from the council's social housing stock as they became vacant. What the council lost as a result of the adoption of the policy were 618 dwellings from its social housing stock. Its capacity to perform its obligation to house the homeless under Part III of the Housing Act 1985 was correspondingly reduced.

126. Nevertheless, when these dwellings became vacant they could have been sold with vacant possession on the open market. Robert Walker LJ said at p 1502C that there was no loss to the council so long as the discounted prices actually received by it exceeded the value of the dwellings as tenanted social housing. They exceeded this value in all cases, so he was of the view that the auditor ought to have found that their sale did not result in any loss or deficiency. But I agree with Lord Bingham that the principle which underlies the statutory procedure is one of compensation. What the auditor is directed by section 20(1) to certify is the amount of the loss or deficiency, and it is for the benefit of the body that the amount certified is recoverable. The aim of the procedure is to put the body in the same position that it would have been in but for the wilful misconduct. Applying this approach, the loss to the council due to the sales for which it ought to be compensated was the difference between the full market price of the dwellings and the discounted prices which were received for them.

127. That however does not conclude the argument. This is because the auditor included in his calculation of

this amount a sum amounting to £4.237m for extra homelessness costs. These costs were directly attributable to the removal of the designated dwellings from the social housing stock. Robert Walker LJ said, at p 1502D, that to include this figure in the amount of the loss or deficiency as well as a figure for loss on the sale of the dwellings at a discount would result in double counting. In his view it would be inconsistent with the auditor's decision to include an amount for homelessness costs due to the depletion of the council's social housing stock to assume that those dwellings would have been sold with vacant possession at their full value on the open market.

128. I think that there is considerable force in the point which Robert Walker LJ made on this issue in his careful judgment. It seems to me that these two items were arrived at by the auditor on two different and arguably inconsistent assumptions. On the one hand the figure of £15.476m representing the loss arising from sales at a discount assumes that the council would, but for the unlawful policy, have obtained full value for dwellings as they no longer required to be treated as part of the social housing stock when they were sold. On the other hand the figure of £4.237m for extra homelessness costs is based upon costs for which it is assumed the council should be compensated on the ground that the dwellings ought to have been retained for social housing purposes. The principle of compensation requires that the council should be fully compensated, but it does not permit the council to be overcompensated. An auditor who seeks to apply this principle must guard against the risk of double counting. The effect of doing so would be to penalise the person from whom the amount was due, which is not the object of the procedure. It would also enable the body to recover more than was needed to make good the loss or deficiency.

129. In my opinion however the point about double counting is not free from difficulty. The principles are clear enough, but they depend for their application on the facts. It seems to me that the point ought to have been raised when the facts about the extra costs of homelessness were being inquired into by the auditor or by the Divisional Court. That was not done, with the result that your Lordships do not have the findings of fact which would be needed to disturb the calculations made by the auditor on this issue. With some hesitation therefore I have come to the conclusion, in agreement with your Lordships, that it would not be right to hold that the auditor fell into the obvious trap of double counting and that the sum upheld by the Divisional Court should not be departed from.

Conclusion

130. I too would allow the auditor's appeal and restore his certificate in the sum upheld by the Divisional Court.

LORD HOBHOUSE OF WOODBOROUGH

My Lords,

131. I agree that the appeal should be allowed and the judgment of the Divisional Court restored as proposed by my noble and learned friends Lord Bingham of Cornhill and Lord Hope of Craighead and for the reasons which they have given. The question of quantum referred to in the penultimate section of Lord Bingham's speech gave me some anxiety but was effectively concluded by the limited way in which the arguments of the respondents were put. The respondents (no doubt for some good reason) did not deploy or support by evidence the arguments which might have displaced the valid primary measure of the Council's capital account loss. I agree that what Robert Walker LJ said in his judgment at p 1502 did not, on examination, suffice to displace the primary measure nor did it show that there had been any double counting.

LORD SCOTT OF FOSCOTE

My Lords,

132. This is a case about political corruption. The corruption was not money corruption. No one took a bribe. No one sought or received money for political favours. But there are other forms of corruption, often less easily detectable and therefore more insidious. Gerrymandering, the manipulation of constituency boundaries for party political advantage, is a clear form of political corruption. So, too, would be any misuse of municipal powers, intended for use in the general public interest but used instead for party political advantage. Who can doubt that the selective use of municipal powers in order to obtain party political advantage represents political corruption? Political corruption, if unchecked, engenders cynicism about elections, about politicians and their motives and

damages the reputation of democratic government. Like Viola's "worm i' the bud" it feeds upon democratic institutions from within (Twelfth Night).

133. When detected and exposed it must be expected, or at least it must be hoped, that political corruption will receive its just deserts at the polls. Detection and exposure is, however, often difficult and, where it happens, is usually attributable to determined efforts by political opponents or by investigative journalists or by both in tandem. But, where local government is concerned, there is an additional very important bulwark guarding against misconduct. The Local Government Finance Act 1982 (now repealed but in force until 11 September 1998) required the annual accounts of a local authority to be audited by an independent auditor appointed by the Audit Commission (sections 12 and 13). The auditor had to satisfy himself that the local authority's accounts were in order (section 15(1) and (2)) and, also, had to "consider whether, in the public interest, he should make a report on any matter coming to his notice in the course of the audit in order that it may be considered by the [local authority] concerned or brought to the attention of the public … " (section 15(3)).

134. If, in the course of the audit, it came to the attention of the auditor that municipal powers had been used not in the general public interest but, selectively, for party political advantage, it was plainly right that the political corruption in question should be exposed in a report under section 15(3).

135. Section 16 of the Act gave the auditor extensive powers to obtain documents and information for the purposes of the statutory functions. These included the power to require any officer or member of the local authority "to give him such information or explanation as he thinks necessary . . . " (section 16(2)). Any report made by the auditor under section 15(3) became a public document open to inspection by any member of the public (section 18A).

136. The statutory provisions to which I have referred provided an institutional means whereby political corruption consisting of the use of municipal powers for party political advantage might be detected and cauterized by public exposure. These provisions were repealed by the Audit Commission Act 1998 but replaced by provisions in Part II of that Act which are to much the same effect (see, in particular, section 8 of the 1998 Act).

137. In addition, however, where the misconduct in question had caused loss to the local authority, section 20 of the 1982 Act enabled the auditor to require those responsible to make good the loss. Section 20(1) provided:

> "(1) Where it appears to the auditor carrying out the audit of any accounts under this Part of this Act …
>
> (a) … , or
>
> (b) that a loss has been incurred or deficiency caused by the wilful misconduct of any person,
>
> he shall certify that … the amount of the loss or the deficiency is due from that person and, subject to subsections (3) and (5) below, both he and the [local authority] in question … may recover that … amount for the benefit of that [local authority] …"

138. Subsection (3) permitted an appeal against the auditor's certificate to be made to the court. Subsection (4) applied where a certificate requiring payment of more than £2000 had been made, or upheld, and disqualified the individual concerned from being a member of any local authority for a period of five years. And subsection (5) required payment of the certified sum to be made within fourteen days of the certificate becoming final.

139. The purpose of a section 20 certificate was compensatory, not penal. Its purpose was not to punish the wrongdoer but to require the quantified loss caused to the local authority by the "wilful misconduct" to be made good. There was no element of discretion. If the officer or member had been guilty of "wilful misconduct" as a result of which loss had been incurred it was the duty of the auditor to issue a section 20 certificate specifying the amount of the loss. Of course, it will not be every case of political corruption, or other misconduct, in local government that will lead to financial loss to the local authority concerned. But many will do so and, in those cases, the powers and duties of auditors under section 20 of the 1982 Act (and under section 19 as well, although nothing turns on that section in this case) constituted, in my opinion, powerful and valuable protection to the public.

140. Section 20 of the 1982 Act was replaced by section 18 of the 1998 Act which was to the same effect. But

section 18 of the 1998 Act has been repealed by the Local Government Act 2000 and not replaced. The 2000 Act also substantially re-cast the investigation and report provisions that had been contained first in the 1982 Act and then in the 1998 Act. The institutional protection provided by statute against political corruption and other misconduct by members of local authorities is now confined to the investigation, report and publicity for which the 2000 Act and an amended version of section 17 of the 1998 Act (formerly section 19 of the 1982 Act) make provision. There is now no statutory provision directed to restitution or compensation for loss caused by any wrongdoing that the investigation and report may have exposed. Certificates such as those issued against and challenged by Dame Shirley Porter and Mr David Weeks in the present case cannot now be issued. Local authorities that want to recover from delinquent councillors the loss caused by the delinquency must now do so by means of legal remedies available under the general law. However, section 20 of the 1982 Act was in force at the time the events material to this case took place and the propriety of the auditor's certificates against Dame Shirley and Mr Weeks must be tested on that footing.

141. My Lords, I have had the advantage of reading in draft the opinion on this appeal of my noble and learned friend, Lord Bingham of Cornhill. As Lord Bingham has observed, the facts that have given rise to the appeal are set out at some length in the judgments of the Divisional Court and the Court of Appeal. Lord Bingham has highlighted some of the key events. I gratefully adopt and need not repeat those highlights.

142. The factual findings made by the auditor, Mr John Magill, and by the Divisional Court against Dame Shirley Porter and Mr David Weeks were findings that justify being described as findings of political corruption. Dame Shirley and Mr Weeks, having appealed unsuccessfully to the Divisional Court, appealed successfully to the Court of Appeal. Mr Magill has appealed to this House. For the purposes of this appeal the parties have prepared a statement of agreed facts and issues. The contents of the statement were agreed by Mr Howell QC on behalf of Mr Magill, by Mr McMullen QC on behalf of Dame Shirley and by Mr Cakebread of counsel on behalf of Mr Weeks. The contents of the statement, in my opinion, endorse the essential findings of the auditor and of the Divisional Court regarding the conduct of Dame Shirley and Mr Weeks and justify the description of that conduct as political corruption. Thus:

(1) As a consequence of local government elections in May 1986 reducing the Conservative majority from 26 to 4, Dame Shirley, the leader of the Conservatives on the Westminster Council, was determined that a greater majority should be achieved at the 1990 elections (paragraphs 9 and 10 of the statement).

(2) Eight marginal wards, the "key wards", were identified. The intention of Dame Shirley and Mr Weeks was to reduce the number of Labour voters and increase the number of Conservative voters in these key wards. The target was an overall increase of 2,200 Conservative supporters in these wards (paragraphs 13 to 15).

(3) This increase was to be brought about by selling council-owned residential properties in the eight key wards when they became vacant. It was believed that owner-occupiers were more likely to vote Conservative than were council tenants (paragraphs 16 and 28).

(4) The Director of Housing advised in May 1986 and again in March 1987 that if all council properties in the eight key wards were designated for selling, the council would not be able to meet its statutory housing obligations (paragraphs 18 and 29).

(5) Nonetheless, at a meeting on 24 March 1987, attended by Dame Shirley and Mr Weeks, it was decided to sell annually 250 properties in the eight key wards (paragraph 35).

(6) On 5 May 1987 Mr Sullivan QC met council officials in consultation. He was informed that the majority (Conservative) group wished to target sales in marginal wards for electoral advantage. He advised that this would not be lawful, that the designation of properties for sale had to be done for proper reasons and that, in identifying the properties to be sold, the same criteria had to be applied across the whole city (paragraph 40).

(7) The critical paragraph in the agreed statement of facts is paragraph 42. It reads:

> "On the evening of 5 May 1987, the chairmen's group agreed to target designated sales city-wide in order to produce the agreed number of designated sales in marginal wards. The group decided to adopt the course … of increasing the number of designated sales so as to be able to achieve the policy objective of 250 sales per annum in the marginal wards."

143. That was the policy eventually carried into effect via the housing committee decision on 8 July 1987 (paragraph 58 of the statement). It led to the sale of 618 council properties (some were let on long leases for substantial premiums). It is clear that the policy was adopted by the chairmen's group, led by Dame Shirley and Mr Weeks, and was thereafter promoted by Dame Shirley and Mr Weeks, as well as by others, not in order to achieve sales city-wide but in order to achieve 250 sales per annum in the eight key wards. And those sales were for the purpose of replacing probable Labour voters by probable Conservative voters. The city-wide policy was no more than a cloak to give apparent legality to the sales in the eight key wards which leading counsel had rightly warned would be unlawful unless part of a city-wide policy adopted for a proper reason. The sales of the 618 properties involved the exercise of local government powers to sell council properties (see section 32, Housing Act 1985) not for the purpose for which those powers were granted but in order to increase the number of Conservative voters in marginal wards. It has not been in dispute before your Lordships that this purpose for selling is an unlawful purpose.

144. In the Court of Appeal Kennedy LJ commented on the political reality that many government decisions, whether at local government level or in central government, are taken with an eye to the electoral effect they may have. He said:

> "Some of the submissions advanced on behalf of the auditor have been framed in such a way as to suggest that any councillor who allows the possibility of electoral advantage even to cross his mind before he decides upon a course of action is guilty of misconduct. In local, as in national, politics many if not most decisions carry an electoral tag, and all politicians are aware of it." ([2000] 2 WLR 1420, 1444)."

The Lord Justice was, of course, correct. But there is all the difference in the world between a policy adopted for naked political advantage but spuriously justified by reference to a purpose which, had it been the true purpose, would have been legitimate, and a policy adopted for a legitimate purpose and seen to carry with it significant political advantage. The agreed statement of facts places the policy adopted by the chairmen's group on 5 May 1987 fairly and squarely in the former category.

145. My Lords, there are three issues which arise on this appeal on which I wish to comment. The first is whether Dame Shirley and Mr Weeks were, for section 20 purposes, guilty of wilful misconduct. The second is whether, if they were, that misconduct was causative of loss to the council. The third is how such loss should be quantified. But, my Lords, the backcloth to each of these issues is that Dame Shirley and Mr Weeks stand convicted of political corruption. They stand so convicted on the basis of facts which are not now in dispute.

Wilful misconduct

146. It has been submitted on behalf of Dame Shirley and Mr Weeks that whether or not their conduct in promoting the policy of designated sales in the eight key wards was misconduct, it lacked the quality of being "wilful". This, it is said, is because, relying on advice which they believed had been given by Mr Sullivan QC, they did not realise that the policy was unlawful. In *Lloyd v McMahon* [1987] AC 625 Woolf LJ said that misconduct "would only be wilful if the councillors were doing something which they knew to be wrong or about which they were recklessly indifferent as to whether it was wrong or not" (p 674). It has been common ground before your Lordships that this is the correct test.

147. It is said that, in reliance on Mr England's note of what Mr Sullivan QC had said in consultation on 5 May 1987, Dame Shirley and Mr Weeks thought that it would be lawful for them to achieve their purpose of designating properties for sale in the eight key wards in order to achieve annual sales of 250 properties in those wards provided that there were similar designations of properties for sale city-wide. Mr England's note reads, so far as material, as follows:

> "Counsel advises that designated estates should be identified in marginal and non-marginal wards in order to protect the council. The group will, therefore, need to decide whether the 250 target applies across the city or whether in fact 250 sales in marginal wards are required in which case following counsel's advice, somewhere in the region of 300-350 properties will need to be sold across the city."

148. But Dame Shirley and Mr Weeks knew that a policy adopted for the purpose of electoral advantage in the key wards would be unlawful. And nothing in Mr England's note of what Mr Sullivan QC had said, or indeed in what Mr Sullivan had actually said, indicated that the adoption of the city-wide policy in order to achieve the

unlawful electoral purpose in the eight key wards would be any less unlawful than the adoption for that purpose of a policy in respect of the eight key wards alone. As Lord Bingham has noted in paragraph 39 of his opinion, Mr Sullivan was never asked the critical question, namely, whether the designated sales policy would become lawful if, with the same objective, the designated sales policy were extended city-wide. I agree with Lord Bingham that no reason for doubting the clear findings, adverse to Dame Shirley and Mr Weeks, of the auditor and the Divisional Court has been shown.

Causation

149. Dame Shirley and Mr Weeks rely on the housing committee's decision of 8 July 1987 as breaking the chain of causation. The designated sales policy was implemented because the housing committee had resolved to adopt it. If the housing committee had not so resolved, the policy would not have been implemented. Neither Dame Shirley nor Mr Weeks was a member of the housing committee. Neither of them was present at the 8 July meeting. Mr McMullen submitted that a city-wide designated sales policy was a policy capable of being a lawful one. So it was. He submitted that the housing committee resolution that adopted the policy was capable of being a lawful resolution. I agree. He submitted that if a majority of members of the committee voted in favour of the resolution for reasons that were lawful, then the resolution would have been lawful, notwithstanding that misconduct on the part of the leader of the council and her deputy had attended the formulation and promotion of the policy adopted by the resolution. Again, I agree.

150. It was argued on behalf of Mr Magill that even if the resolution were a lawful one, nonetheless the misconduct of Dame Shirley and Mr Weeks was not spent and could still be regarded, for section 20 purposes, as having "caused the loss". But for their misconduct, the designated sales policy would not have been formulated and placed before the housing committee for approval. I agree that, applying a "but for" test, it could be said that their misconduct had caused the loss. But I do not think that that is enough. If the housing committee resolution was a lawful one, then it was lawful for it to be implemented by the council. Its implementation was within the statutory powers of the council. This is not a case in which the council lacked power to carry out the property sales contemplated by the policy.

151. So, if the improper electoral advantage in the eight key wards, the purpose of the designated sales policy, had been made plain at the housing committee meeting and had been repudiated by a majority of those present who had then voted in favour of the policy for unimpeachable reasons, it would have been plain that the misconduct had become spent even if, without the misconduct, the policy would never have found its way to the committee. I find it difficult to follow why the case would be different if, without an explicit disclosure and repudiation of the policy, a lawful resolution adopting the policy were passed. I accept that a corrupt principal can attain his unlawful object via the medium of an innocent agent (see *Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378 at 385), but I do not think a local authority committee can be treated as merely an agent for the leader of the council, no matter how influential he or she may be. I am, therefore, disposed to agree with Mr McMullen, and to disagree with the Divisional Court (see 96 LGR, 157, 181), that if the Housing Committee resolution could be shown to have been a lawful resolution, the causative effect of Dame Shirley's and Mr Weeks' misconduct would, for section 20 purposes, be spent.

152. There were twelve members of the housing committee. Seven of them voted in favour of the designated sales policy. Five voted against. Of the seven, two of them, Mr Hartley and Dr Dutt, were found guilty of misconduct by the auditor. Each, in the auditor's opinion, "took into account the electoral advantage of the Conservative party and sought to promote it in his voting … ". The auditor issued a section 20 certificate against Mr Hartley but Mr Hartley succeeded on appeal to the Divisional Court. In the view of the Divisional Court he was guilty of misconduct but not of wilful misconduct (see p 199). It follows, however, from the finding of misconduct that Mr Hartley's vote at the housing committee meeting was invalid.

153. As to Dr Dutt, he took his own life before the auditor made his final findings. The auditor, in his report, said:

> "My provisional findings and views were adverse to Dr Dutt . . . In letters to me Dr Dutt disputed my provisional findings and views. Shortly thereafter, he took his own life. I make no findings of personal liability of Dr Dutt." (para 1903)

154. Mr McMullen has submitted that Dr Dutt must be treated as exonerated from misconduct. I do not agree.

Dr Dutt was exonerated from wilful misconduct, but the provisional findings of misconduct were unchanged. In my opinion Dr Dutt's vote falls into the same state as that of Mr Hartley. It was invalid. As for the other five members of the committee who voted in favour of the resolution, they so voted because the resolution was Conservative party policy. They did not know that the purpose of the resolution was to obtain electoral advantage in the eight key wards. They did not know that that was the reason why the policy had been adopted. They may very well have supposed that the resolution reflected their party's general dislike of social housing and bias in favour of owner occupation. I do not think, in these circumstances, that their votes can be disregarded on the ground that they were invalid. But their votes were insufficient in number to carry the resolution. Five valid votes in favour of the resolution and five against would have produced a tie which, in theory, could have been resolved by the chairman's casting vote. But the chairman was Mr Hartley and any casting vote of his would, for the reasons already discussed, have been an invalid vote.

155. In my opinion, therefore, the resolution purportedly passed at the housing committee meeting was not a valid resolution, the wilful misconduct of Dame Shirley and Mr Weeks in promoting the policy purportedly adopted by the resolution was not spent and the chain of causation was not broken. In my opinion, their misconduct caused, for section 20 purposes, the 618 sales by the council that produced the loss.

Quantification of the loss

156. The issue is whether Walker LJ's disagreement with the basis on which the Divisional Court had quantified the loss was correct.

157. The 618 designated properties were sold with vacant possession. They were sold by the council at a discount against their vacant possession market value. The council had power to sell at a discount. If the sales had been lawful, no complaint about the discount could have been made. The question is whether, the sales being unlawful, the amount of the discount represents an item of loss caused by the wilful misconduct. The rival arguments, as I understand them, are these:

(1) The properties were, before being designated for sale and becoming vacant, occupied by council tenants. Their value so tenanted was a good deal less than their value with vacant possession. If, on becoming vacant, they had been re-let to those on the council's waiting list for social housing, their value so re-let would, similarly, have been a good deal less than their value with vacant possession. The amount of the discount at which the properties were sold may be taken, on a rough and ready footing, as representing the difference in value between the properties let as social housing and the properties with vacant possession. So, if the council recover the amount of the discount the council will be in a better financial position than it would have been if the unlawful designated sales policy had never been adopted. This argument, expressed by Robert Walker LJ more lucidly than I have done, was concurred in by Kennedy LJ. It has been espoused by Mr McMullen and Mr Cakebread.

(2) The alternative argument proceeds like this. The council has a statutory housing obligation and a long list of people who need to be housed. The unlawful sales reduced the council's stock of social housing. In order to replenish its stock and restore the position to what it was before the sales took place, the council would have to purchase properties in the open market. It would have to pay vacant possession prices. Accordingly, the loss it suffered by reason of the misconduct included the discounts at which the properties were sold. This was the approach of the Divisional Count. It was supported by Mr Howell.

158. The answer to the question as to which approach is the right one does not, in my opinion, depend at all upon the manner in which the properties appeared in the council's accounts. The quantification of loss for section 20 purposes should, in my view, apply the same principles as are applicable to quantification of damages in tort. As a result of the wrongful acts of Dame Shirley and Mr Weeks the council suffered loss. What was that loss? It lost the properties that were sold, but it received the purchase price that was paid for them. Immediately before sale, the properties were vacant. They were sold with vacant possession but the council did not receive a vacant possession price. In my opinion, the discount represented a true loss suffered by the council. Interest on the discounted purchase price since its receipt and interest on the amount of the discount from the date of the sale ought, on the assumption that interest rates more or less reflect rates of inflation in property values, to enable the council to replace the sold housing stock. Thus, to treat the discounts as items of loss seems to me to produce a just result, in line with the intentions underlying section 20.

159. The problem, as it seems to me, with Robert Walker LJ's approach, is that it attributes no value to the

benefit to the council of owning properties which are available to be used for social housing. The sale of the properties deprived the council of that benefit. The council can restore that benefit only by purchasing similar properties in the open market. The value of that benefit can be taken, again on a rough and ready basis, as being equivalent to the discounts.

160. To allow the council to recover the discounts as items of loss does not, in my opinion, involve any element of double counting. A separate item of loss allowed by the Divisional Court was £4.237m, representing extra costs of housing homeless people which the council had to incur as a result of its own stock of social housing having been depleted by the sales of the 618 properties. Robert Walker LJ thought that to allow the discounts to be recovered as well as the £4.237m would be inconsistent and involve double counting. I do not think so. The £4.237m covered the extra costs of homelessness over the period starting from the date on which the properties, on becoming vacant, were available for re-letting and ending on the date of the auditor's certificate. Thereafter the loss of the 618 properties from the housing stock is covered by the capital sum received (or receivable) by the council (ie the discounted proceeds of sale plus the amount of the discounts) that enables it to replace the sold properties. There is no double counting.

Bias and Unfairness

161. There was a fourth issue raised by Dame Shirley and Mr Weeks. They submitted that the manner in which the auditor had gone about his task of fact finding was attended by at least the appearance of bias against them and that that feature of the case, coupled with the time it has taken for the case to come to finality, represented such a degree of unfairness as to infringe their right to a fair trial (see article 6, ECHR). These submissions fail, in my opinion, for the reasons given by my noble and learned friend Lord Hope of Craighead. I want to add just one comment on the issue of unfairness

162. One of the most striking features of the case is the enormous amount that under the auditor's certificates Dame Shirley and Mr Weeks were adjudged liable to pay. The amount, £31m odd, seems enormous not because it does not accurately reflect the loss caused to the council by Dame Shirley's and Mr Weeks' misconduct but because it is so out of line with what most people would regard as a proportionate punishment for their misconduct. There is, I think, an almost instinctive feeling that the requirement that they pay the certified amount is unfair.

163. This instinctive feeling, however, overlooks the very important fact that the purpose of a section 20 certificate is to compensate the local authority for loss. The purpose is not one of punishment. Nor does the amount to be certified lie in the discretion of the certifying auditor. If wilful misconduct has been proved it is his duty to certify the full amount of the loss thereby caused. The size of the amount so certified can no more represent an article 6 unfairness than can the size of an award of damages for tort or breach of contract. Since, for the reasons given by Lord Hope, there was no procedural unfairness in the proceedings which have culminated in the appeal to this House, there is no further ECHR point that can be taken.

Conclusion

164. For the reasons given in this opinion in addition to those given by Lord Bingham, with which I am in full agreement, I would allow the appeal and restore the order of the Divisional Court.

BAILII: Copyright Policy | Disclaimers | Privacy Policy | Feedback | Donate to BAILII
URL: *http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/67.html*

Doc. num. 57

Accessibility | Email alerts | RSS feeds | Contact us

www.parliament.uk

Search

Home | Parliamentary business | MPs, Lords & offices | About Parliament | Get involved | Visiting | Education

House of Commons | House of Lords | What's on | Bills & legislation | Committees | Publications & records | Parliament TV | News | Topics

You are here: Parliament home page > Parliamentary business > Publications and Records > Lords Publications > Judgment Index > Judgment

HOUSE OF LORDS

House of Lords

Session 2007 - 08
Publications on the Internet
Judgments
PDF Print Version

Judgments - Helow (Ap) V Secretary of State For The Home Department and Another (Scotland) Appellate

HOUSE OF LORDS

SESSION 2007-08

[2008] UKHL 62

on appeal from:[2007] CSIH 5

OPINIONS

OF THE LORDS OF APPEAL

FOR JUDGMENT IN THE CAUSE

Helow (AP) (Appellant) *v* Secretary of State for the Home Department and another (Respondents) (Scotland)

Appellate Committee

Lord Hope of Craighead

Lord Rodger of Earlsferry

Lord Walker of Gestingthorpe

Lord Cullen of Whitekirk

Lord Mance

Counsel

***Appellant*:**

Mungo Bovey QC

Scott Blair

(Instructed by Drummond Miller LLP)

***First Respondent*:**

Lord Davidson of Glen Clova QC

Colin Tyre QC

Ailsa Carmichael

(Instructed by Office of the Solicitor to the Advocate General for Scotland)

Second Respondent:

Gerry Moynihan QC

(Instructed by Office of the Solicitor to the Scottish Executive)

Hearing dates:

16 and 17 JUNE 2008

ON

WEDNESDAY 22 OCTOBER 2008

HOUSE OF LORDS

OPINIONS OF THE LORDS OF APPEAL FOR JUDGMENT

IN THE CAUSE

Helow (AP) (Appellant) *v* Secretary of State for the Home Department and another (Respondents) (Scotland)

[2008] UKHL 62

LORD HOPE OF CRAIGHEAD

My Lords,

1. The fair-minded and informed observer is a relative newcomer among the select group of personalities who inhabit our legal village and are available to be called upon when a problem arises that needs to be solved objectively. Like the reasonable man whose attributes have been explored so often in the context of the law of negligence, the fair-minded observer is a creature of fiction. Gender-neutral (as this is a case where the complainer and the person complained about are both women, I shall avoid using the word "he"), she has attributes which many of us might struggle to attain to.

2. The observer who is fair-minded is the sort of person who always reserves judgment on every point until she has seen and fully understood both sides of the argument. She is not unduly sensitive or suspicious, as Kirby J observed in *Johnson v Johnson* (2000) 201 CLR 488, 509, para 53. Her approach must not be confused with that of the person who has brought the complaint. The "real possibility" test ensures that there is this measure of detachment. The assumptions that the complainer makes are not to be attributed to the observer unless they can be justified objectively. But she is not complacent either. She knows that fairness requires that a judge must be, and must be seen to be, unbiased. She knows that judges, like anybody else, have their weaknesses. She will not shrink from the conclusion, if it can be justified objectively, that things that they have said or done or associations that they have formed may make it difficult for them to judge the case before them impartially.

3. Then there is the attribute that the observer is "informed". It makes the point that, before she takes a balanced approach to any information she is given, she will take the trouble to inform herself on all matters that are relevant. She is the sort of person who takes the trouble to read the text of an article as well as the headlines. She is able to put whatever she has read or seen into its overall social, political or geographical context. She is fair-minded, so she will appreciate that the context forms an important part of the material which she must consider before passing judgment.

4. The context is crucially important in a case such as this. As my noble and learned friend Lord Mance whose speech I have had the advantage of reading in draft has explained, the appellant's argument depends entirely on the judgment that the observer would make of the fact that Lady Cosgrove was, at all relevant times, a member of the International Association of Jewish Lawyers and Jurists. As a member of the Association, she must be assumed to have received its quarterly publication, "Justice", all of whose editions are readily accessible on the Association's website. She was present at a meeting held in Edinburgh on 30 November 1997 when, in the presence of a number of other distinguished Jewish members of the legal profession, a Scottish Branch of the Association was inaugurated. There is no suggestion that she either did or said anything after that date which associated her either one way or the other with views that were being expressed on behalf of the Association. It was on the some of the contents of some of the more recent issues of "Justice", and those contents only, that Mr Bovey QC for the appellant concentrated in presenting his argument. The question is to what extent, if at all, the picture presented by this material would indicate to the observer, taking everything else into account, that there was a real possibility that Lady Cosgrove was biased.

5. There is no doubt that some of the articles that have been published in Justice, including messages by the Association's President, Judge Hadassa Ben-Itto, are fervently pro-Israeli. Inevitably, given the conflicts that have been taking place in the region, such a partisan stance carries with it sentiments that are hostile to those that people in Israel feel are ranged against them. It is not difficult to find publicity being given in "Justice" to views that are markedly antipathetic to the Palestinian Liberation Organisation with whom the appellant, who is an ethnic Palestinian, has connections. Had there been anything to indicate that Lady Cosgrove had by word or deed associated herself with these views so as to indicate that they were her views too, I would have had no difficulty in concluding that the test of apparent bias set out in *Porter v Magill* [2001] UKHL 67; [2002] 2 AC 357, para 103 was satisfied.

6. But the fair-minded and informed observer would, as I have said, put the material published in "Justice" on which Mr Bovey relied into its context. The first point is that the material on which he relied was a one-sided selection of what has been published. It is incomplete. If one is looking for a balanced

and fair-minded presentation of what is available to the reader one would need to see the other side. It is clear from the contents listed at the front of each edition that some of the material that was published was of genuine interest to a lawyer. From to time, for example, articles were published about judgments issued by the courts in Israel including its Supreme Court. Other aspects of Jewish and Israeli law were also sometimes dealt with. This is important, as it provides an explanation of why, leaving aside all the highly charged political material, the publication might be thought to of interest to a Jewish lawyer living outside Israel. It is not only Jewish lawyers in this country who value information about judgments issued by the Supreme Court. But Jewish lawyers in particular might be thought to have a particular interest in keeping themselves informed about its activities.

7. The second point relates to the nature of the Jewish diaspora. There is an affinity between Jewish people everywhere that expresses itself in participation in bodies such as the Association's UK and Scottish Branches out of sympathy with Jews who live in Israel. But, as Judge Ben-Itto herself recognised in one of her policy statements, it is well known that not all Jews agree with the views as to how Israel's problems should be solved that have been expressed by the Israel government. The editorial board of "Justice" is located in Israel and the journal itself in published in Tel Aviv. Its members live every day in the cauldron of public opinion which has been generated by the circumstances to which people on all sides are exposed in that country. A Jewish reader living abroad would be expected to recognise the partisan nature of some of the material that appeared in it. Statements by Ariel Sharon, for example, contain exactly the kind of sentiments about the problems that Israel faces that he would have been expected to express in his capacity as Prime Minister. The greater the geographic separation, the more likely it is that the educated reader will feel detached from the pressures that give rise to them. No fair-minded person would think that a judge who regularly takes one of the leading national newspapers circulating in this country was, simply by doing so, associating himself or herself with everything that was printed in it. In principle, this case is no different.

8. The Extra Division referred in its discussion section of its opinion to the fact that the judge had taken the judicial oath: [2007] CSIH 5; 2007 SC 303, para 44. This is, of course, a factor to be taken into account along with all the other facts. In this case, however, where the issue is whether a judge having access to this material is to be associated with its contents, I would attach more weight to the other factor that the Division mentioned. The judge can be assumed, by virtue of the office for which she has been selected, to be intelligent and well able to form her own views about anything that she reads. She can be assumed to be capable of detaching her own mind from things that they contain which she does not agree with. This is why the complete absence of anything said or done by her to associate herself with the published material that the appellant complains of is so crucial to what the observer would make of this case. In the absence of anything of that kind there is no basis on which the observer would conclude that there was a reasonable possibility that the judge was biased.

9. For these reasons, and for those given by my noble and learned friends Lord Rodger of Earlsferry and Lord Mance with which I agree, I would dismiss the appeal and affirm the Extra Division's interlocutors.

LORD RODGER OF EARLSFERRY

My Lords,

10. I have had the advantage of considering the speeches of my noble and learned friends, Lord Hope of Craighead and Lord Mance, in draft. I agree with them. I add some remarks of my own, only because the challenge in the case is to the integrity of the justice system in Scotland. This is a matter of general concern, as was indeed indicated by the presence at the hearing of Mr Moynihan QC representing the Lord Advocate, not only as a Scottish minister with responsibility for the courts but also acting in the public interest.

11. The appellant is a Palestinian by birth. She avers that her family were supporters of the Palestinian Liberation Organisation. More particularly, she was actively involved in the preparation of a lawsuit brought in Belgium, alleging that the then Prime Minister of Israel, Mr Sharon, was personally responsible for the massacre in the Sabra and Shatila camps in Lebanon in September 1982. She avers that, in consequence, she is at risk of harm not only from Israeli agents, but also from Lebanese agents and, because of her links with the Palestinian Liberation Organisation, from Syrian agents. On that basis she claimed asylum in this country, but her application was refused by the Home Secretary and, on appeal, by an adjudicator. The appellant was refused leave to appeal by the Immigration Appeal Tribunal. She then lodged a petition in the Court of Session seeking a review of that refusal under section 101 of the Nationality, Immigration and Asylum Act 2002. The petition was considered by Lady Cosgrove who dismissed it.

12. The appellant makes no criticism of Lady Cosgrove's reasons for dismissing her petition. Instead, in a petition to the nobile officium, she craved the court to set aside Lady Cosgrove's interlocutor on the ground that it was vitiated for "apparent bias and want of objective impartiality".

13. The appellant does not suggest that the judge could not be impartial merely because she is Jewish. Rather, the contention is that, by virtue of her membership of the International Association of Jewish Lawyers and Jurists, Lady Cosgrove gave the appearance of being the kind of supporter of Israel who could not be expected to take an impartial view of a petition for review concerning a claim for

asylum based on the petitioner's support for the Palestinian Liberation Organisation and involvement in the legal proceedings against Mr Sharon.

14. The legal test to be applied in cases of apparent bias is to be found in the speech of my noble and learned friend, Lord Hope of Craighead, in *Porter v Magill* [2002] 2 AC 357, 494H:

> "The question is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased."

It is equally well established that the fair-minded observer is not unduly sensitive or suspicious: *Johnson v Johnson* (2000) 201 CLR 488, 509, para 53, per Kirby J.

15. If all that the appellant could have pointed to was the aims of the Association, her petition could not possibly have got off the ground, since they are unexceptionable. The Association's website at the relevant period explained that:

> "The Association strives to promote Human Rights goals such as the prevention of war crimes, the punishment of war criminals, the prohibition of weapons of mass destruction, and international co-operation based on the rule of law and the fair implementation of international covenants and conventions.
>
> The Association particularly addresses issues that are on the agenda of the Jewish people everywhere, and is particularly committed to combat racism, xenophobia, anti-semitism and denial of the Holocaust."

The same web page records that among the founders of the Association were a justice of the Supreme Court of Israel and Justice Goldberg of the United States Supreme Court. Lord Woolf is an Honorary Deputy President of the Association.

16. Counsel for the appellant submitted that it was necessary to look below the surface, however. He pointed to various articles in the Association's journal, "Justice", referred to by Lord Mance. These included criticisms of the Belgian case against Mr Sharon. Understandably, counsel drew particular attention to the messages and addresses of the President of the Association, Judge Hadassa Ben-Itto. As a member of the Association, Lady Cosgrove would have received its journal and, counsel argued, there was nothing to show that she had ever dissociated herself from the views expressed by the President. So noscitur a sociis: the observer would identify Lady Cosgrove's views from the company that she kept in an association whose President expressed extreme pro-Israeli sentiments.

17. In particular, at a conference held by the Association in December 2001, about three months after 9/11, the President said:

> "As a matter of personal choice I define myself as a Jew, a Zionist, an Israeli and a member of the legal community, in that order."

This appeared in the Winter 2001 issue of "Justice". In my view, a judge who defined herself in that way would indeed be unable to deal with the appellant's petition: a fair-minded and informed observer would readily conclude that there was more than a real possibility that such a judge was biased. The Advocate General accepted that.

18. But it is not suggested that Lady Cosgrove has ever said anything remotely comparable. Nor is it suggested that she has ever expressed support for the more extreme views expressed by the President of the Association or in any of the articles in "Justice". In that situation there is, as a matter of general principle, no basis for fixing her with the views of the President or other contributors. She is, quite simply, an intelligent and educated individual whose reaction to the articles - supposing that she had read them - is quite unknown.

19. Moreover, those who were conducting the affairs of the Association during the relevant period were well aware that, in actual fact, members of the Association held widely differing views. The journal specifically says that the views of individuals and organisations published in it are their own and that inclusion in it does not necessarily imply endorsement by the Association. Even when referring to the issues confronting Israel, in her address to the international conference in December 2001, the President acknowledged that "We know for a fact that the members of this Association are as divided on these issues as are Israelis and Jews everywhere."

20. I am accordingly satisfied that the fair-minded and informed observer would not impute to Lady Cosgrove the published views of other members, by reason only of her membership of the Association.

21. Mr Bovey QC had a second line of attack. He suggested that the observer would think that, by reading "Justice", Lady Cosgrove might well have absorbed the more extreme views expressed in its pages by a process of osmosis. So there would be a real possibility that, as a result, she would be biased in dealing with the appellant's petition.

22. I accept that much of the material from the journal, which the House was shown, could be described as highly partisan. But the selection was, naturally, skewed in the direction of contributions of that character. Reading this selection all at once is an artificial exercise. The lists of contents of the issues show that, as would be expected in a journal of an organisation with the aims set out above,

many articles are of quite a different character. Even the issue for Winter 2001, containing the text of the polemical address by the President in December 2001 and other partisan material, included a scholarly article on "Integrity as a Value" in Jewish Law and a factual account of a judgment of the Supreme Court of Israel about the broadcasting of a particular programme on the Sabbath. So, for purposes of considering their impact, the selected articles have to be seen as simply part of the contents of the relevant issues. Moreover, the journal appears quarterly: anyone reading an article would be unlikely to retain any clear recollection of a similar article in an earlier issue. This would greatly reduce the chances of the articles having a cumulative effect on the reader.

23. So the hypothetical observer would have to consider whether there was a real risk that these articles, read at perhaps quarterly intervals, over a period of years would have so affected Lady Cosgrove as to make it impossible for her to judge the petition impartially. In assessing the position, the observer would take into account the fact that Lady Cosgrove was a professional judge. Even lay people acting as jurors are expected to be able to put aside any prejudices they may have. Judges have the advantage of years of relevant training and experience. Like jurors, they swear an oath to decide impartially. While these factors do not, of course, guarantee impartiality, they are undoubtedly relevant when considering whether there is a real possibility that the decision of a professional judge was biased. Taking all these matters into account, I am satisfied that the fair-minded observer would not consider that there had been any real possibility of bias in Lady Cosgrove's case.

24. In my view the decision of the Extra Division was correct and the appeal should be dismissed.

LORD WALKER OF GESTINGTHORPE

My Lords,

25. I agree that this appeal should be dismissed, for reasons set out in the opinions of all your Lordships. But I have reached that conclusion rather less readily, I think, than some of your Lordships.

26. Those who take on the responsibility of judicial office have to exercise a measure of restraint in associating themselves publicly with controversial causes. I agree with my noble and learned friend Lord Mance that a judge who expressed or endorsed the views put forward in December 2001 by an Israeli judge, speaking publicly and formally as President of the International Association of Jewish Lawyers and Jurists ("IAJLJ"), would not be a fit person to adjudicate on a case to which Ms Helow was a party, and to which the Sabra and Shatila massacres were relevant.

27. It is said that there is insufficient evidence that Lady Cosgrove did endorse those views. I accept that, and for that reason I would dismiss this appeal. But I do not accept that membership of an association such as the IAJLJ can be equated with subscribing to a daily or weekly newspaper, or that there is any room for conjecture that Lady Cosgrove may simply have omitted to cancel her annual subscription to the IAJLJ. She had been a high-profile member of the Scottish Branch at its inaugural meeting. Moreover the fair-minded and informed observer would be tending towards complacency if he treated the fact of having taken the judicial oath as a panacea.

LORD CULLEN OF WHITEKIRK

My Lords,

28. The primary argument for the appellant was that the informed and fair-minded observer, having considered the relevant facts, would conclude that, by reason of her being a member of The International Association of Jewish Lawyers and Jurists, there was a real possibility of bias on the part of Lady Cosgrove. It was asserted the Association had, or had acquired, a "strong commitment to causes and beliefs at odds with the causes and beliefs espoused by the appellant". That assertion gained no support from the stated aims and objects of the Association, as published on its website. However, the appellant's counsel relied on the views expressed in articles and pronouncements by the Association's representatives and officials which appeared in its quarterly journals. I am indebted to the noble and learned Lord Mance for his survey of them. While these views were without doubt strongly partisan in tone, they were drawn from a small selection of the total material appearing in the journal over a period of years. An informed and fair-mined observer who took account of what appeared in the issues of the journal would no doubt take an overall view and not simply concentrate on parts. Examinations of the lists of contents shows that the journals also included articles on matters of legal interest, the type of articles which one would expect to find in a periodical for lawyers and judges.

29. Critical to the appellant's argument was the assumption that by reason of her membership Lady Cosgrove shared the views expressed in these articles and pronouncements. However, beyond the bare facts that she was a member throughout the relevant period and had helped to found the Scottish branch of the Association in 1997, there is nothing to indicate what part, if any, she had taken in the activities of Association. The informed and fair-minded observer would proceed on an assumption only if on an objective basis. While he or she would no doubt assume that as a member of the Association Lady Cosgrove regularly received copies of the journal, there is nothing to suggest that she endorsed or was interested in, let alone read, the articles and pronouncements founded on by the appellant's counsel, as opposed to articles on matters of legal interest. Furthermore, as the President of the Association recognised, it could not be assumed that the members of the Association, who lived in a wide range of countries, were all of one mind in regard to the controversies in which Israel was embroiled. Thus there was not, in my opinion, an objective basis for the assumption on which the

appellant's argument depended.

30. The alternative argument for the appellant was that there was a real possibility of bias by reason of Lady Cosgrove having been influenced by the views expressed in the articles and pronouncements founded on by the appellant's counsel. This argument runs into the same difficulty in the lack of an objective basis for the assumption that Lady Cosgrove would have read and been receptive to these views. That assumption also involves the inherent unlikelihood that Lady Cosgrove, despite her training and experience as a judge, would not have been able to put aside what she had read.

31. For these reasons and those given by my noble and learned friends, Lord Hope of Craighead, Lord Rodger of Earlsferry and Lord Mance, with which I agree, I would dismiss the appeal and affirm the Extra Division's interlocutors.

LORD MANCE

My Lords,

32. The appellant, Miss Fatima Helow, appeals against an Interlocutor of 16 January 2007 whereby the Extra Division of the Inner House of the Court of Session refused the prayer in her petition seeking to hold vitiated for apparent bias and want of objective impartiality an interlocutor of the Lord Ordinary, Lady Cosgrove, of 24 November 2004 which had refused her petition under section 101(2) of the Nationality, Immigration and Asylum Act 2002.

Continue

Doc. num. 58

to determine whether or not there was an infringment of any privilege found to exist. In fact, neither the letter from the Clerk of the Commons nor the Attorney-General have identified or specified the nature of any privilege extending beyond that protected by the Bill of Rights. In the absence of a claim to a defined privilege as to the validity of which your Lordships could make a determination, it would not in my view be right to withhold from the taxpayers a decision to which, in law, they are entitled. I would therefore allow the appeal.

I trust when the House of Commons comes to consider the decision in this case, it will be appreciated that there is no desire to impeach its privileges in any way. Your Lordships are motivated by a desire to carry out the intentions of Parliament in enacting legislation and have no intention or desire to question the processes by which such legislation was enacted or of criticising anything said by anyone in Parliament in the course of enacting it. The purpose is to give effect to, not thwart, the intentions of Parliament.

Appeal allowed with costs.

Solicitors: Kenwright & Cox for Jagger Son & Tilley, Birmingham; Solicitor of Inland Revenue.

J. A. G.

[HOUSE OF LORDS]

REGINA . . . . . RESPONDENT

AND

GOUGH . . . . . APPELLANT

1992 May 14, 15; 22 — Farquharson L.J., Alliott and Cazalet JJ.

1993 Jan. 27, 28; May 20 — Lord Goff of Chieveley, Lord Ackner, Lord Mustill, Lord Slynn of Hadley and Lord Woolf

Crime—Jury—Bias—Juror next door neighbour of defendant's brother—Juror unaware of connection until after trial—Whether real danger of bias—Whether irregularity affecting trial

The appellant was indicted on a single count of conspiring with his brother to commit robbery. At the trial the brother, who had been discharged on the application of the prosecution at the committal hearing, was referred to by name and a photograph of him and the appellant was shown to the jury and

A a statement containing the brother's address was read to the jury. After the appellant had been convicted and sentenced the brother, who was in the court, started shouting. One of the jurors then recognised him as her next door neighbour. He then informed the defence that a member of the jury was his next door neighbour. Those facts were placed before the trial judge but he held that he was functus officio. The juror was later interviewed by the police and swore an affidavit in which B she stated that she was unaware of the connection until after the jury had delivered its verdict. On appeal by the appellant on the ground that the presence of the brother's next door neighbour on the jury was a serious irregularity, the Court of Appeal (Criminal Division) held that the correct test was whether there was a real danger that the appellant might not have had a fair trial and dismissed the appeal.

C On appeal by the appellant:—

Held, dismissing the appeal, that the test to be applied in all cases of apparent bias was the same, whether concerning justices, members of inferior tribunals, arbitrators or jurors, and, in cases involving jurors, whether being applied by the judge during the trial or by the Court of Appeal when considering the matter on appeal, namely, whether, in all the circumstances of the case, there appeared to be a real danger of bias, concerning the D member of the tribunal in question so that justice required that the decision should not stand; that, accordingly, the Court of Appeal, in dismissing the appeal, applied the correct test (post, pp. 660D–E, 670C–F, H–671B, 673G).

Reg. v. Spencer [1987] A.C. 128, H.L.(E.) applied.

Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy [1924] 1 K.B. 256, D.C.; *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association* [1960] 2 Q.B. 167, C.A. E and *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577, C.A. considered.

Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal (1852) 3 H.L.Cas. 759, H.L.(E.) and *Reg. v. Box* [1964] 1 Q.B. 430, C.C.A. distinguished.

Per curiam. (i) That in the case of alleged bias on the part of a justices' clerk, the court, having considered whether there was F a real danger of bias, should go on to consider whether the clerk had been invited to give the justices advice and, if so, whether it should infer that there was a real danger of the clerk's bias having infected the views of the justices adversely to the applicant (post, pp. 670F–G, H–671B).

(ii) There is only one established special category where the law assumes bias and that exists where the tribunal has a pecuniary or proprietary interest in the subject matter of the G proceedings. The courts should hesitate long before creating any other special category (post, pp. 664E–F, 670H–671B, 673F).

Decision of the Court of Appeal (Criminal Division), post, pp. 649 et seq.; [1992] 4 All E.R. 481 affirmed.

The following cases are referred to in their Lordships' opinions in the House H of Lords:

Ardahalian v. Unifert International S.A. (The Elissar) [1984] 2 Lloyd's Rep. 84, C.A.

Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. Ets. Soules et Cie. [1985] 1 Lloyd's Rep. 160; [1985] 2 Lloyd's Rep. 199, C.A.

Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal (1852) 3 H.L.Cas. 759, H.L.(E.)
Frome United Breweries Co. Ltd. v. Bath Justices [1926] A.C. 586, H.L.(E.); sub nom. *Rex v. Bath Compensation Authority* [1925] 1 K.B. 685, C.A.
Hannam v. Bradford Corporation [1970] 1 W.L.R. 937; [1970] 2 All E.R. 690, C.A.
Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon [1969] 1 Q.B. 577; [1968] 3 W.L.R. 694; [1968] 3 All E.R. 304, C.A.
Reg. v. Altrincham Justices, Ex parte N. Pennington [1975] Q.B. 549; [1975] 2 W.L.R. 450; [1975] 2 All E.R. 78, D.C.
Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association [1959] 2 Q.B. 276; [1959] 3 W.L.R. 96; [1959] 2 All E.R. 635, D.C.; [1960] 2 Q.B. 167; [1960] 3 W.L.R. 305; [1960] 2 All E.R. 703, C.A.
Reg. v. Box [1964] 1 Q.B. 430; [1963] 3 W.L.R. 696; [1963] 3 All E.R. 240, C.C.A.
Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce [1955] 1 Q.B. 41; [1954] 3 W.L.R. 415; [1954] 2 All E.R. 850, D.C.
Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping [1983] 1 W.L.R. 119; [1983] 1 All E.R. 490, D.C.
Reg. v. McLean, Ex parte Aikens (1974) 139 J.P. 261, D.C.
Reg. v. Morris (orse. Williams) (1990) 93 Cr.App.R. 102, C.A.
Reg. v. Pennington (1985) 81 Cr.App.R. 217, C.A.
Reg. v. Putnam (1991) 93 Cr.App.R. 281, C.A.
Reg. v. Rand (1866) L.R. 1 Q.B. 230
Reg. v. Sawyer (1980) 71 Cr.App.R. 283, C.A.
Reg. v. Spencer [1987] A.C. 128; [1986] 3 W.L.R. 348; [1986] 3 All E.R. 928, H.L.(E.)
Reg. v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge, The Times, 21 June 1972, D.C.
Rex v. Sunderland Justices [1901] 2 K.B. 357, C.A.
Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy [1924] 1 K.B. 256, D.C.

The following additional cases were cited in argument in the House of Lords:

Reg. v. Chapman (William) (1976) 63 Cr.App.R. 75, C.A.
Reg. v. Weaver [1968] 1 Q.B. 353; [1967] 2 W.L.R. 1244; [1967] 1 All E.R. 277, C.A.
Rex v. Twiss (1918) 13 Cr.App.R. 177, C.C.A.

The following cases are referred to in the judgment of the Court of Appeal (Criminal Division):

Reg. v. Altrincham Justices, Ex parte N. Pennington [1975] Q.B. 549; [1975] 2 W.L.R. 450; [1975] 2 All E.R. 78, D.C.
Reg. v. Bliss (1986) 84 Cr.App.R. 1, C.A.
Reg. v. Box [1964] 1 Q.B. 430; [1963] 3 W.L.R. 696; [1963] 3 All E.R. 240, C.C.A.
Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping [1983] 1 W.L.R. 119; [1983] 1 All E.R. 490, D.C.
Reg. v. Longman (1980) 72 Cr.App.R. 121, C.A.
Reg. v. Morris (orse. Williams) (1990) 93 Cr.App.R. 102, C.A.
Reg. v. Mulvihill [1990] 1 W.L.R. 438; [1990] 1 All E.R. 436, C.A.
Reg. v. Sawyer (1980) 71 Cr.App.R. 283, C.A.
Reg. v. Spencer [1987] A.C. 128; [1986] 3 W.L.R. 348; [1986] 3 All E.R. 928, H.L.(E.)

No additional cases were cited in argument in the Court of Appeal.

APPEAL against conviction.

The appellant, Robert Brian Gough, was convicted in the Crown Court at Liverpool, before Judge Lynch and a jury, of conspiracy to rob. He was sentenced to 15 years' imprisonment. He appealed against conviction on the ground, inter alia, that there was a material irregularity in the conduct of the trial in that one of the jurors was the next-door neighbour of his brother, David Gough.

The facts are stated in the judgment.

Benet Hytner Q.C. and *David Boulton* (assigned by the Registrar of Criminal Appeals) for the appellant.

Andrew Moran and *Andrew Downie* for the Crown.

Cur. adv. vult.

22 May. FARQUHARSON L.J. read the following judgment of the court. On 25 April 1991 at Liverpool Crown Court the appellant was convicted on an indictment containing a single count of conspiracy to rob and was sentenced to a term of 15 years' imprisonment. The indictment was based on the commission of eight robberies which had taken place in Liverpool between 13 April 1989 and 6 March 1990. The first seven robberies bore features of striking similarity such that the prosecution contended they had all been committed by the same two men.

On each occasion the two men were masked, generally with a full face balaclava or a stocking. The premises which were being attacked were betting shops. The robberies were committed at a time, at the beginning or end of the day, when a large amount of money would be in the till. Besides being masked the two robbers were also armed, one with a sawn-off shotgun and the other with a large knife. The technique was usually for the former to vault over the counter and security screen, threaten the staff and demand money while the latter stood by the door keeping guard against anyone coming in or a customer going out. Sometimes the guard carried the shotgun.

The first, second and sixth robberies were committed at the same premises, the robbers using the same escape route along a railway embankment on each occasion. One member of the staff of the betting shop, a Mr. Mooney, was sure that it was the same two men on each occasion by reason of their movements, build and general behaviour. Similarly another witness, Mr. Forman, who worked at a betting shop which was the subject of the fourth and fifth robberies concluded that the same men were responsible on both occasions. A Mrs. Hunter was confident that the same two men were responsible for the fourth and seventh robberies of another betting shop. There was also evidence linking the offenders who committed robberies three and four by the garments one of them was wearing. In short the prosecution were able to present a strong case that each of the first seven robberies were committed by the same two men. It was the case for the Crown that the two responsible were the appellant and his brother, David Stephen Gough.

After the sixth robbery the two robbers were seen to conceal something in the undergrowth of the railway embankment. The witness who observed this reported what he had seen to the police. There were found a sawn-off double barrelled shotgun, with a cartridge in both barrels, a bag containing gloves and masks and two pairs of blue jeans. The shotgun, which was of a somewhat antique design, was identified by witnesses as having been used in the third, fourth and sixth robberies, while others described a similar weapon being used on some of the other robberies. A significant piece of evidence was a set of four keys which were discovered in the pocket of one of the pairs of jeans. It was found that these keys fitted the main door of the block of flats where the appellant's father lived, as well as the flat itself. Another key fitted the front door lock of the house of the appellant's sister.

The eighth robbery followed a different pattern from the first seven; although two masked men were involved, they were not armed, and the premises concerned was an off-licence rather than a betting shop. There was no evidence from the scene of the robbery which implicated the appellant. However, some 10 minutes after the robbery took place, a Mrs. Maher was walking along a road about a quarter of a mile from the off-licence when she saw an old Ford Capri motor car with a beige vinyl roof pull up in the middle of the road. As she watched she saw a man running from the direction of the road where the off-licence was situated and get into the front passenger seat of the vehicle. The car was driven away. After the appellant's arrest Mrs. Maher picked him out on an identification parade as the man she had seen running to the car. Furthermore she was taken by the police to a car park where there were a large number of vehicles and identified a Capri as being the vehicle she had seen. It transpired that the Capri belonged to David Gough's wife, Elaine, and up to the preceding January had been owned by the appellant.

Both the appellant and David Gough were arrested on 22 March 1990. They had been kept under observation by the police and were seen to arrive at the block of flats, where their father lived, in the same Ford Capri with David Gough driving. The appellant went into the flats and was later joined by his brother. When they emerged the appellant was carrying two jackets, one a light grey tweed and the other dark grey. They were arrested when they got back into the car. The appellant had in his pocket a set of keys, two of which again operated the main door to the block of flats and his father's flat respectively. Witnesses who were present at the robberies later identified the tweed jacket as being worn by one of the robbers in the third and fourth robberies, and the dark grey jacket in the fifth.

The father's flat was searched by the police, who found a suitcase containing some of the appellant's clothing and correspondence, together with his cheque-book and cheque card. Hidden at the back of a cupboard in the kitchen the police discovered four shotgun cartridges. Microscopic examination subsequently revealed that one of these cartridges had at some time been loaded into the shotgun found on the railway embankment after the sixth robbery.

Both the appellant and David Gough were charged with the robberies. At the committal proceedings the prosecution applied for David Gough

A to be discharged on the grounds that there was insufficient evidence against him. We have not been concerned with the merits of this decision.

At the trial the appellant was indicted on a single count that between the relevant dates he conspired with David Gough to commit robberies. By his notice of appeal the appellant claims that the judge of his own motion should have required the prosecution to proceed on an indictment containing eight substantive counts of robbery and not on the conspiracy B count. Mr. Hytner, for the appellant, has argued that on principle a defendant should not be tried on a conspiracy count when substantive counts are available. Apart from the artificiality of a situation like the present where the alleged co-conspirator has been discharged, it is unfair for a defendant to have to meet a global charge of this nature instead of counts which he can meet or attempt to meet individually.

C Furthermore if a jury convicts on a conspiracy count based on eight overt acts, that is the individual robberies, it is not possible to say which overt acts have been proved to the jury's satisfaction. In this case the evidence was very weak on some counts.

The prosecution have contended that the facts of the present case are an exception to the general principle in that the criminality of the enterprise is not sufficiently contained in an allegation of eight individual D robberies. The range and number of these crimes are such that a conspiracy count is more appropriate.

At the trial counsel for the appellant indicated at the outset to the judge that he would be challenging the conspiracy count in the indictment. However, for whatever reason, he did not in the result do so. We are clearly of the opinion that in such a situation it is not for the judge to E order an amendment of the indictment. It is for counsel to say whether it is in his client's best interest to seek such an amendment. Mr. Hytner recognises that he cannot really sustain this ground of appeal before this court in the absence of an application to amend in the court below.

Although David Gough was not tried with the appellant, he was referred to by name with some frequency during the proceedings. The court does not know how often David Gough attended his brother's trial F but on an occasion when he was present he recognised one of the jurors as his next door neighbour. He did not draw this to the attention of those representing the appellant during the trial. After the appellant had been sentenced David Gough started shouting and it was at this point that the juror, Mrs. Smith, recognised him. The facts were placed before the judge who decided, correctly in our view, that he had no jurisdiction G to take any action, the appellant having been convicted.

However, a statement was taken from Mrs. Smith which was verified by affidavit. In this statement Mrs. Smith said (1) when she began her service on the jury she did not recognise the name "Gough" as she knew her neighbour as "Steve." Similarly she knew David's wife as Elaine during the two years that they had been her next door neighbours. (2) The name David Gough was mentioned on a number of occasions H during the course of the trial. (3) She had no recollection of ever seeing the appellant before the trial; and had no idea he was the brother of her next door neighbour. (4) On 24 April 1991 during the trial, prosecution counsel read out a statement which contained the address, 3, Buckley

Way—Mrs. Smith lives at no. 2—and concerned the Capri motor car. She wondered whether Steve was David Gough but thought it could not be him as he was called Steve. She was confused. (5) The photographs of the appellant and David Gough respectively were shown to the jury during the trial of the appellant. They were police photographs colloquially known as "mug shots." Mrs. Smith did not recognise David. (6) The fact that David Gough was her neighbour did not influence her thinking as a juror and she did not mention the matter to her fellow members of the jury.

Another matter raised by Mrs. Smith in her statement was that her son-in-law's brother was married to the sister of the Goughs. Although she knew the sister by her Christian name, Valerie, she was unaware of the connection.

Before us Mr. Hytner argues that the presence of Mrs. Smith on the jury constituted a serious irregularity in the conduct of the trial and for that reason the conviction of the appellant should be quashed. He has demonstrated that there are two conflicting lines of authority on the question of bias, or the appearance of bias, in criminal proceedings.

The test, according to the first line of authorities, when considering whether a conviction should be quashed on the grounds of bias is posed in the following question: was there a real danger that the accused may not have had a fair trial? If this be the correct question Mr. Hytner concedes that he cannot disturb this verdict, because the circumstances of the case are such that there was not such a danger. He contends however that the proper test is: would a reasonable and fair-minded person sitting in the court and knowing all the relevant facts have a reasonable suspicion that a fair trial of the defendant was not possible?

Mr. Hytner submits, applying that test, that the fair-minded observer would suspect in the present case that a fair trial was not possible. In this case Mrs. Smith in her affidavit evidence has stated that she was unaware of the relevant facts connecting her to the appellant until after the jury had delivered its verdict. This evidence was unchallenged. Accordingly this can be distinguished from the various authorities which have been cited to us in that in these latter cases the relevant "connecting" facts giving rise to the alleged bias have already been known to the particular member of the tribunal, against whom bias has been raised, throughout the trial in question. This did not apply in the present case. If the fact that Mrs. Smith was not aware of the relevant facts connecting her to the appellant had been known to the fair-minded observer, then surely the observer would, in those circumstances, have regarded the trial as having been a fair one. Should we impute knowledge of Mrs. Smith's particular state of mind to the fair-minded observer? Mr. Hytner submits that such an observer would be bound to conclude that Mrs. Smith must have realised who the case concerned when she heard the address referred to in the statement and also when she saw David Gough's photograph. Her claim of ignorance would be unacceptable to a fair-minded observer. We think there is force in this contention. Accordingly we do not seek to distinguish the instant case by imputing to the fair-minded observer *actual* knowledge of Mrs. Smith's unawareness of the relevant facts until after the verdict had been delivered.

Mr. Moran contends that the first of the two tests referred to above is the correct one to apply, at all events when one is dealing with a juror. If that be right the appeal fails ex concessis, but Mr. Moran claims that even if one applies the second test the question must be decided against the appellant. There was no prejudice real or apparent to the appellant by the presence of Mrs. Smith on the jury and no risk of an unfair trial. Furthermore, if there was any bias on the part of Mrs. Smith it was likely to have been exercised in favour of the appellant rather than against him, since, according to her statement, her relations with David Gough were friendly.

We have been referred to a considerable number of authorities by counsel on both sides. In *Reg. v. Box* [1964] 1 Q.B. 430 a five-judge division of the Court of Criminal Appeal declined to disturb a conviction where the foreman of the jury knew that the appellants were villains, that they were ex-burglars and were associates of prostitutes. Counsel had argued that even if a fair trial had been possible justice had not manifestly been seen to be done, but the court took the view that there was no proof that the foreman was unable to do what he had sworn to do by his oath. Plainly the Court of Criminal Appeal were applying the "real danger test" rather than that of the independent observer, as on those facts it could hardly be said that the latter would not have had a suspicion that a fair trial was not possible.

The same approach was taken by this court in *Reg. v. Sawyer* (1980) 71 Cr.App.R. 283. During the trial the chief prosecution witness and another witness spoke to three jurors in the court canteen. The judge investigated the matter and found that the witnesses had done little more than pass the time of day. In rejecting the appeal Lord Lane C.J., giving the judgment of the court, said, at p. 285:

> "Upon those facts the judge had to decide whether or not there was a real danger that the appellant's position had been compromised by what had happened. Was there a real danger that she was or might have been prejudiced by what had gone on? The discretion which he undoubtedly had to stop the trial had of course to be exercised judicially and had to be exercised upon the facts as he knew them. It seems to us that what he principally had to decide was whether there was any danger from anything done or said that the jury might have been prejudiced against the appellant. In our judgment there was no such danger."

In *Reg. v. Bliss* (1986) 84 Cr.App.R. 1 this court followed *Reg. v. Box* as well as *Reg. v. Sawyer*, 71 Cr.App.R. 283, Garland J. saying, at p. 6:

> "It appears to us that the principle which emerges from these cases is that this court will not interfere with the verdict of a jury unless there is either evidence pointing directly to the fact or evidence from which a proper inference may be drawn that the defendant may have been prejudiced or may not . . . have received a fair trial."

Reg. v. Sawyer was approved by the House of Lords in *Reg. v. Spencer* [1987] A.C. 128. The facts need not be repeated here but in his speech Lord Ackner said, at p. 144:

> "The correct test is the one stated in *Reg. v. Sawyer* (1980) 71 Cr.App.R. 283, 285 namely, whether there was a 'real danger' that the appellants' position had been prejudiced in the circumstances . . ."

From the other line of cases we turn first to *Reg. v. Altrincham Justices, Ex parte N. Pennington* [1975] Q.B. 549. In a case where a greengrocer was being prosecuted under the weights and measures legislation for giving short weight, the purchaser of the vegetables being a county council school, it was revealed that the chairman of the bench was on the education committee. Lord Widgery C.J. said, at p. 552:

> "There is no better known rule of natural justice than the one that a man shall not be a judge in his own cause. In its simplest form this means that a man shall not judge an issue in which he has a direct pecuniary interest, but the rule has been extended far beyond such crude examples and now covers cases in which the judge has such an interest in the parties or the matters in dispute as to make it difficult for him to approach the trial with the impartiality and detachment which the judicial function requires. Accordingly, application may be made to set aside a judgment on the so-called ground of bias without showing any direct pecuniary or proprietary interest in the judicial officer concerned. When an application is made to set aside a decision on the ground of bias, it is of course not necessary to prove that the judicial officer in question was biased. It is enough to show that there is a real likelihood of bias, or at all events that a reasonable person advised of the circumstances might reasonably suspect that the judicial officer was incapable of producing the impartiality and detachment to which I have referred."

In *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119 the applicant was charged with criminal damage. The justices who were to try the case had been given sheets from the court register produced through a computer. These revealed that there were seven further charges pending against the applicant. Despite protests from the defending solicitors the bench decided to hear the charge. On an application for judicial review the Divisional Court held, at p. 123:

> "the test to be applied can conveniently be expressed by slightly adapting the words of Lord Widgery C.J. in a test which he laid down in *Reg. v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge*, The Times, 20 June 1972 . . . Would 'a reasonable and fair-minded person sitting in court and' knowing all the relevant facts have a 'reasonable suspicion that a fair trial for' the applicant 'was not possible'?"

The application was granted on those facts.

That test was applied in *Reg. v. Mulvihill* [1990] 1 W.L.R. 438 when a judge tried a robbery case where the loser was a bank in which he held shares, the court distinguishing between the role of the judge and the jury. The *Topping* test, if one can use that abbreviation, was also applied in *Reg. v. Morris (orse. Williams)* (1990) 93 Cr.App.R. 102 by this court. During a trial on indictment for theft from Marks and Spencer Plc. it emerged that one of the jurors was an employee of that organisation though working at a different branch. In quashing the conviction the court held that the judge when asked to discharge the juror had not gone into the question of "the appearance of bias."

It is difficult to discover any basis on which these two lines of authority can live together. Mr. Moran has submitted that a distinction

A can be drawn between the test to be applied in jury cases and that which is appropriate for magistrates' courts or other inferior tribunals entrusted with fact finding responsibilities. We feel we must accept this distinction because there is no other way of reconciling most of the authorities, though it is difficult to understand why the test of bias should be any different in considering the position of a magistrate compared with that of a juror. The only case which cannot be fitted into this dichotomy is B the one last cited, namely *Reg. v. Morris (orse. Williams)*, in which giving the judgment of the court I applied the *Topping* test [1983] 1 W.L.R. 119 to the position of a juror. The decision in *Reg. v. Morris (orse. Williams)*, 93 Cr.App.R. 102 cannot stand with that of the five-judge court in *Reg. v. Box* [1964] 1 Q.B. 430; and, having regard to the decision of the House of Lords in *Reg. v. Spencer* [1987] A.C. 128, *Reg.* C *v. Morris (orse. Williams)* should not be followed to the extent that it applies the *Topping* test to trials on indictment.

Accordingly, the appeal fails on this point because of the application of the "real danger" test to jury trials in cases of bias. It is therefore not necessary to decide whether (a) the application of the *Topping* test would have caused a different result, or (b) whether there was in fact any bias.

A further ground of appeal alleging inconsistency of verdicts based D on *Reg. v. Longman* (1981) 72 Cr.App.R. 121 was not pursued and could not in our view have assisted the appellant.

The appeal against conviction is dismissed.

Appeal dismissed.

Certificate under section 33(2) of the E *Criminal Appeal Act 1968 that a point of law of general public importance was involved in the decision, namely, "Where a complaint is made after the conclusion of a trial that a juror may have been biased against the defendant* F *what is the proper test for the Court of Appeal to apply in deciding whether or not to order a retrial?"*

Leave to appeal refused.

Solicitors: Crown Prosecution Service, Merseyside.

G

[Reported by MRS. CLARE BARSBY, Barrister]

The defendant appealed by leave of the Appeal Committee of the House of Lords (Lord Keith of Kinkel, Lord Browne-Wilkinson and Lord Mustill) granted on 20 July 1992.

H *Benet Hytner Q.C.* and *David Boulton* for the appellant. Two tests have been applied when considering whether a conviction should be quashed on the ground of bias: (a) was there a real danger that the defendant may not have had a fair trial ("the real danger test") and

(b) would a reasonable and fair minded person sitting in the court and knowing all the relevant facts have had a reasonable suspicion that a fair trial of the defendant was not possible ("the reasonable observer test")?

The real danger test has its genesis in *Reg. v. Box* [1964] 1 Q.B. 430 and is supported by *Rex v. Twiss* (1918) 13 Cr.App.R. 177. The other authorities on that test include *Reg. v. Sawyer* (1980) 71 Cr.App.R. 283; *Reg. v. Spencer* [1987] A.C. 128; *Reg. v. Pennington* (1985) 81 Cr.App.R. 217 and *Reg. v. Putnam* (1991) 93 Cr.App.R. 281.

The reasonable observer test is based on the old and well established principle that justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done: *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, 259. [Reference was also made to *Reg. v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge*, The Times, 21 June 1972; *Reg. v. McLean, Ex parte Aikens* (1974) 139 J.P. 261; *Reg. v. Altrincham Justices, Ex parte N. Pennington* [1975] Q.B. 549; *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119 and *Reg. v. Morris (orse. Williams)* (1990) 93 Cr.App.R. 102.] The reasonable observer test has its genesis in a line of authorities stating two apparently conflicting tests: was there a real likelihood of danger of bias (see *Reg. v. Rand* (1986) L.R. 1 Q.B. 230; *Frome United Breweries Co. Ltd. v. Bath Justices* [1926] A.C. 586 and *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41) and was there a reasonable suspicion of bias? The apparent conflict was reconciled in *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577, 599. [Reference was also made to *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association* [1960] 2 Q.B. 167.]

The real danger test was developed in isolation from the reasonable observer test. In none of the real danger cases was any of the reasonable observer cases ever cited in argument. The reasonable observer test is to be preferred because it is more soundly based in jurisprudence. There is no justification for applying a different test to magistrates, members of inferior tribunals or arbitrators: see *Ardahalian v. Unifert International S.A. (The Elissar)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 84 and *Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. Ets. Soules et Cie.* [1985] 1 Lloyd's Rep. 160; [1985] 2 Lloyd's Rep. 199.

Brian Leveson Q.C. and *Andrew Moran* for the Crown. The concept of bias covers a wide range of activity, so the first task of the court is to establish the facts. If there is no underlying substance to the allegation, that is the end of the matter: *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, 258.

The test in relation to bias, other than in respect of pecuniary or proprietary interest, has been propounded in two different ways: (a) is there a real likelihood of bias (see *Reg. v. Rand*, L.R. 1 Q.B. 230; *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41; *Ardahalian v. Unifert International S.A. (The Elissar)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 84 and *Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. Ets. Soules et Cie.* [1985] 1 Lloyd's Rep. 160; [1985] 2 Lloyd's Rep. 199) and (b) is there a reasonable suspicion of bias? Recently the distinction has become less evident: see *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577 and *Hannam v. Bradford Corporation* [1970] 1 W.L.R. 937, but the

A correct interpretation of the predominant principle is that the test should be whether the court should conclude objectively from all the facts that there was a real likelihood that the relevant tribunal was in fact prejudiced in some operative way. The test is objective: *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119; *Reg. v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge*, The Times, 21 June 1972 and *Reg. v. McLean, Ex parte Aikens*, 139 J.P. 261.

B In relation to the knowledge and conduct of a juror in a criminal trial the test of "real danger of prejudice" has been consistently applied. That is the equivalent of the objective real likelihood test (see *Rex v. Twiss*, 13 Cr.App.R. 177; *Reg. v. Box* [1964] 1 Q.B. 430; *Reg v. Spencer* [1987] A.C. 128 and *Reg. v. Putnam*, 93 Cr.App.R. 281) and is in keeping with the exercise of parallel jurisdiction in other areas of criminal procedure.

C [Reference was made to *Reg. v. Weaver* [1986] 1 Q.B. 353 and *Reg. v. Chapman (William)* (1976) 63 Cr.App.R. 75.]

Hytner Q.C. replied.

Their Lordships took time for consideration.

D 20 May. LORD GOFF OF CHIEVELEY. On 25 April 1991, at Liverpool Crown Court, the appellant Robert Brian Gough was convicted on an indictment containing a single count of conspiracy to rob, and was sentenced to a term of 15 years' imprisonment.

The indictment was based upon the commission of eight robberies in Liverpool between 13 April 1989 and 6 March 1990. The first seven robberies bore features of striking similarity. In all seven cases the

E premises concerned were a betting shop; the robbery was committed by two masked men, either at the beginning or at the end of the day; the men were armed, one with a shotgun and the other with a knife; and the modus operandi was similar. The prosecution contended that the first seven robberies had been committed by the same two men, the appellant and his brother David Stephen Gough. There was however

F insufficient evidence to link this brother with the eighth robbery, and the evidence against him on the other seven was weak. In the result, at the committal proceedings the prosecution applied for David Stephen Gough to be discharged on the ground that there was insufficient evidence against him; and at the trial the appellant was indicted on a single count that between the relevant dates he conspired with David Stephen Gough to commit the robberies.

G On appeal, the appellant claimed that the judge should on his own motion have required the prosecution to proceed on an indictment containing eight substantive counts of robbery and not on the conspiracy count. That submission was rejected by the Court of Appeal. There was however another ground of appeal, which is the subject of the present appeal to your Lordships' House. This was that, by reason of

H the presence on the jury of a lady who was David Stephen Gough's next door neighbour, there was a serious irregularity in the conduct of the trial and for that reason the conviction of the appellant should be quashed. That submission was also dismissed by the Court of Appeal, and the appellant now appeals to your Lordships' House from that part

of the decision of the Court of Appeal, with the leave of your Lordships' House.

It was not until after the trial that it emerged that a member of the jury was David Stephen Gough's next door neighbour. In opening and in the indictment, he was referred to as David Gough; but in closing speeches he was referred to as David Stephen Gough. The defence case was based on the premise that David Stephen Gough was one of the robbers. He had a record of previous convictions, as had the appellant. During the trial, photographs of both brothers had been produced to the jury, and retained by them. Furthermore the vehicle alleged to have been used in the eighth robbery was owned by Elaine Gough, the wife of David Stephen Gough, and her statement including her address was read to the jury. The car must have been parked outside the juror's house for a number of months, and at the time at least of the eighth robbery.

After sentence was passed, David Stephen Gough, who was then present in court for the first time, started shouting; and it was at this point that the juror, Mrs. Smith, recognised him. He in his turn informed the defence that one member of the jury was his next door neighbour. This was drawn to the attention of the judge, but he rightly decided that he was by then functus officio. However the juror was later interviewed by the police, and subsequently swore an affidavit. The effect of the affidavit was summarised by the Court of Appeal, ante, pp. 651–652:

> "(1) when she began her service on the jury she did not recognise the name 'Gough' as she knew her neighbour as 'Steve.' Similarly she knew David's wife as Elaine during the two years that they had been her next door neighbours. (2) The name David Gough was mentioned on a number of occasions during the course of the trial. (3) She had no recollection of ever seeing the appellant before the trial; and she had no idea that he was the brother of her next door neighbour. (4) On 24 April 1991 during the trial, prosecution counsel read out a statement which contained the address, 3, Buckley Way—Mrs. Smith lives at no. 2—and concerned the Capri motor car. She wondered whether Steve was David Gough but thought it could not be him as he was called Steve. She was confused. (5) The photographs of the appellant and David Gough respectively were shown to the jury during the trial of the appellant. They were police photographs colloquially known as 'mug shots.' Mrs. Smith did not recognise David. (6) The fact that David Gough was her neighbour did not influence her thinking as a juror and she did not mention the matter to her fellow members of the jury."

The affidavit was and remains unchallenged.

It was on these facts that the question arose whether the courts should conclude that, by reason of the presence of Mrs. Smith on the jury, there was such a possibility of bias on her part against the appellant that his conviction should be quashed. As I have already recorded, that question was answered by the Court of Appeal in the negative. The Court of Appeal however identified in the cases two strands of authority, revealing

A that differing criteria have been applied in the past when considering the question of bias. The two tests have, as will appear, themselves been variously described. The Court of Appeal identified them as being (1) whether there was a real danger of bias on the part of the person concerned, or (2) whether a reasonable person might reasonably suspect bias on his part. In the end, the court concluded that the former test was to be applied in cases concerned with jurors, and the latter in those B concerned with magistrates or other inferior tribunals. The court therefore applied the real danger test in the present case and, on that basis, held that the appeal must fail, as indeed had been accepted by counsel for the appellant.

In considering the subject of the present appeal, your Lordships have been faced with a series of authorities which are not only large in C number, but bewildering in their effect. It is only too clear how great a difficulty courts of first instance, and indeed Divisional Courts and the Court of Appeal, must face in cases which come before them; and there is a compelling need for your Lordships' House to subject the authorities to examination and analysis in the hope of being able to extract from them some readily understandable and easily applicable principles, thus D obviating the necessity of conducting on each occasion a trawl through authorities which are by no means easy to reconcile. It is on that exercise that I now propose to embark.

A layman might well wonder why the function of a court in cases such as these should not simply be to conduct an inquiry into the question whether the tribunal was in fact biased. After all it is alleged that, for example, a justice or a juryman was biased, i.e. that he was motivated E by a desire unfairly to favour one side or to disfavour the other. Why does the court not simply decide whether that was in fact the case? The answer, as always, is that it is more complicated than that. First of all, there are difficulties about exploring the actual state of mind of a justice or juryman. In the case of both, such an inquiry has been thought to be undesirable; and in the case of the juryman in particular, there has long F been an inhibition against, so to speak, entering the jury room and finding out what any particular juryman actually thought at the time of decision. But there is also the simple fact that bias is such an insidious thing that, even though a person may in good faith believe that he was acting impartially, his mind may unconsciously be affected by bias—a point stressed by Devlin L.J. in *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex* G *parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association* [1960] 2 Q.B. 167, 187. In any event, there is an overriding public interest that there should be confidence in the integrity of the administration of justice, which is always associated with the statement of Lord Hewart C.J. in *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, 259, that it is "of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done." I shall return H to that case in a moment, for one of my tasks is to place the actual decision in that case in its proper context. At all events, the approach of the law has been (save on the very rare occasion where actual bias is proved) to look at the relevant circumstances and to consider whether

there is such a degree of possibility of bias that the decision in question should not be allowed to stand. A

My initial reaction to the conclusion of the Court of Appeal in the present case was one of surprise that it should be necessary to draw a distinction between cases concerned with justices and those concerned with jurymen, and to conclude that different criteria fell to be applied in investigating allegations of bias in the two categories of case. Evidently, the Court of Appeal was itself unhappy in having to reach this conclusion, B which it felt bound to reach on the authorities. Of course, there are some distinctions between the two groups of cases. For example, in the case of jurymen there is the inhibition, to which I have already referred, against investigating the state of mind of a juryman when reaching his decision in the privacy of the jury room. There is also the fact that the possibility of bias may come to light in the course of a jury trial—for C example, a juryman may have unwisely indulged in conversation with a witness, or previous convictions of the accused may have accidentally been revealed to the jury. Situations such as these have to be dealt with by the judge when they arise; and he may be able to deal with the situation on the spot, for example by issuing a warning to the jury, or by discharging the particular juryman involved. And, if a verdict is challenged before the Court of Appeal on the ground of bias, the D ultimate principles to be applied are to be found in section 2 of the Criminal Appeal Act 1968. But, even taking these matters into account, I am left with the feeling that there should be no reason, in principle, why the test of bias should be different in the two groups of cases—those concerned with justices and those concerned with juries. I shall however, as a matter of convenience, submit the authorities concerning these two E categories of case to separate consideration, before reaching any final conclusion on this point.

The argument before the Appellate Committee was presented on the basis that there were two rival, alternative tests for bias to be found in the authorities, and that the result in the present case depended on the choice made by your Lordships' House between them. The first test, favoured by Mr. Hytner for the appellant, was whether a reasonable and F fair minded person sitting in the court and knowing all the relevant facts would have had a reasonable suspicion that a fair trial by the defendant was not possible. The second test, favoured by Mr. Leveson for the Crown, was whether there was a real likelihood of bias. I shall for convenience refer to these two tests respectively as the reasonable suspicion test, and the real likelihood test. It was recognised by Mr. G Hytner before the Appellate Committee, as before the Court of Appeal, that if the real likelihood test is to be preferred, the appeal must fail.

In fact, examination of the authorities reveals that selection of the appropriate test does not simply involve a choice between the two tests formulated by counsel in the present case. Thus, when the appropriate test in cases concerned with juries fell to be considered by your Lordships' House in *Reg. v. Spencer* [1987] A.C. 128, a variant of the H real likelihood test, viz. whether there was a real danger of bias, was adopted, as it was by the Court of Appeal in the present case. There are also to be found in the authorities variants of the reasonable suspicion

test; and sometimes the two tests seem to have been combined. At the heart of the present inquiry lies the need to identify the precise nature of these tests, and to consider what, if any, are the differences between them. For that purpose, I propose to consider first the cases concerned with justices and other inferior tribunals, where the principal problems appear to have arisen; and then to turn to the cases concerned with juries, of which *Reg. v. Spencer* is of great importance.

Before I do so, however, I wish to draw attention to the fact that there are certain cases in which it has been considered that the circumstances are such that they must inevitably shake public confidence in the integrity of the administration of justice if the decision is to be allowed to stand. Such cases attract the full force of Lord Hewart C.J.'s requirement that justice must not only be done but must manifestly be seen to be done. These cases arise where a person sitting in a judicial capacity has a pecuniary interest in the outcome of the proceedings. In such a case, as Blackburn J. said in *Reg. v. Rand* (1866) L.R. 1 Q.B. 230, 232: "any direct pecuniary interest, however small, in the subject of inquiry, does disqualify a person from acting as a judge in the matter." The principle is expressed in the maxim that nobody may be judge in his own cause (nemo judex in sua causa). Perhaps the most famous case in which the principle was applied is *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal* (1852) 3 H.L.Cas. 759, in which decrees affirmed by Lord Cottenham L.C. in favour of a canal company in which he was a substantial shareholder were set aside by this House, which then proceeded to consider the matter on its merits, and in fact itself affirmed the decrees. Lord Campbell said, at p. 793:

> "No one can suppose that Lord Cottenham could be, in the remotest degree, influenced by the interest that he had in this concern; but, my Lords, it is of the last importance that the maxim that no man is to be a judge in his own cause should be held sacred."

In such a case, therefore, not only is it irrelevant that there was in fact no bias on the part of the tribunal, but there is no question of investigating, from an objective point of view, whether there was any real likelihood of bias, or any reasonable suspicion of bias, on the facts of the particular case. The nature of the interest is such that public confidence in the administration of justice requires that the decision should not stand.

I turn next to the broader question of bias on the part of a member of the relevant tribunal. Here it is necessary first to put on one side the very rare case where actual bias is shown to exist. Of course, if actual bias is proved, that is an end of the case; the person concerned must be disqualified. But it is not necessary that actual bias should be proved; and in practice the inquiry is directed to the question whether there was such a degree of possibility of bias on the part of the tribunal that the court will not allow the decision to stand. Such a question may arise in a wide variety of circumstances. These include, but are by no means limited to, cases in which a member of the tribunal has an interest in the outcome of the proceedings, which falls short of a direct pecuniary interest. Such interests may vary widely in their nature, in their effect,

and in their relevance to the subject matter of the proceedings; and there is no rule, as there is in the case of a pecuniary interest, that the possession of such an interest automatically disqualifies the member of the tribunal from sitting. Each case falls to be considered on its own facts.

I turn first to the authorities concerned with justices, with whom I bracket members of other inferior tribunals. Of the authorities cited to the Appellate Committee in the course of argument, the first in point of time was *Reg. v. Rand*, L.R. 1 Q.B. 230, to which I have already referred, in which Blackburn J. stated the law in terms of the real likelihood test. He referred, at p. 233, to cases in which there was "a real likelihood that the judge would, from kindred or any other cause, have a bias in favour of one of the parties" in which event "it would be very wrong in him to act." That test was later approved by three members of the Appellate Committee of this House in *Frome United Breweries Co. Ltd. v. Bath Justices* [1926] A.C. 586 (a case concerned with licensing justices): see p. 591, *per* Viscount Cave L.C., p. 607, *per* Lord Atkinson (citing *Rex v. Sunderland Justices* [1901] 2 K.B. 357), and p. 610, *per* Lord Sumner (quoting from the dissenting judgment of Atkin L.J., sub nom. *Rex v. Bath Compensation Authority* [1925] 1 K.B. 685, 712). Furthermore Lord Shaw of Dunfermline agreed with Viscount Cave L.C.; and, although the other member of the Appellate Committee, Lord Carson, spoke simply of "a likelihood of bias" (see p. 617), there is no reason to suppose that he intended any different test.

At this stage, however, I must turn to the well known case of *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256. There the applicant came before justices charged with the offence of dangerous driving, which had involved a collision between his vehicle and another vehicle. The solicitor acting as magistrates' clerk on this occasion was also acting as solicitor for the other driver in civil proceedings against the applicant arising out of the collision. At the conclusion of the evidence before the magistrates, the acting clerk retired with them in case his help should be needed on a point of law; but in fact the magistrates did not consult him, and he himself abstained from referring to the case. The magistrates convicted the applicant, but his conviction was quashed by a Divisional Court. This is of course the case in which Lord Hewart C.J. let fall his much-quoted dictum, to which I have already referred. I think it helpful, however, to quote from his judgment in extenso, see pp. 258–259:

> "It is said, and, no doubt, truly, that when that gentleman retired in the usual way with the justices, taking with him the notes of the evidence in case the justices might desire to consult him, the justices came to a conclusion without consulting him, and that he scrupulously abstained from referring to the case in any way. But while that is so, a long line of cases shows that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done. The question therefore is not whether in this case the deputy clerk made any observation or offered any criticism which he might not properly have made or offered; the question is whether he was

A so related to the case in its civil aspect as to be unfit to act as clerk to the justices in the criminal matter. The answer to that question depends not upon what actually was done but upon what might appear to be done. Nothing is to be done which creates even a suspicion that there has been an improper interference with the course of justice. Speaking for myself, I accept the statements contained in the justices' affidavit, but they show very clearly that B the deputy clerk was connected with the case in a capacity which made it right that he should scrupulously abstain from referring to the matter in any way, although he retired with the justices; in other words, his one position was such that he could not, if he had been required to do so, discharge the duties which his other position involved. His twofold position was a manifest contradiction. In C those circumstances I am satisfied that this conviction must be quashed . . . "

The case was therefore concerned with the possibility that the acting magistrates' clerk, who plainly had such an interest in the outcome of the civil proceedings that he might well be biased against the applicant in the proceedings before the magistrates, might influence the decision of D the magistrates adversely to the applicant. Lord Hewart C.J. clearly thought that the acting magistrates' clerk's involvement in the civil proceedings was such that he should never have participated in the hearing before the magistrates, and went so far as to indicate that "even a suspicion that there had been an improper interference with the course of justice" is enough to vitiate the proceedings, an observation which has been invoked as the origin of the reasonable suspicion test. Indeed, E following the *Sussex Justices* case, there developed a tendency for courts to invoke a test requiring no more than a suspicion of bias.

However in a later case, also concerned with alleged bias on the part of a magistrates' clerk, *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41, a Divisional Court, having received the assistance of the Solicitor-General as amicus curiae, approached the question on the basis F that a real likelihood of bias must be established. In that case, the applicant was convicted of an offence under the Food and Drugs Act 1938. The information alleging the offence had been laid by a sampling officer, for the Cornwall County Council. The justices' clerk, who in the course of the hearing was invited into the justices' private room in order to advise them, was a member of the county council (though not of the relevant committee of the council, the Public Health and Housing G Committee). For this reason, the applicant alleged that a reasonable suspicion of bias might arise, and that his conviction should be quashed. The court dismissed the application, holding that in the circumstances there was no real likelihood of bias on the part of the justices' clerk. Moreover the court was at pains to reject any suggestion that mere suspicion of bias was sufficient; and, while endorsing and fully maintaining the integrity of the principle reasserted by Lord Hewart C.J. H in the *Sussex Justices* case, nevertheless deplored the principle

> "being urged as a warrant for quashing convictions or invalidating orders upon quite unsubstantial grounds and, indeed, in some cases upon the flimsiest pretexts of bias:" see pp. 51–52, *per curiam.*

In the *Sussex Justices* case [1924] 1 K.B. 256 it must have been plain that there was a real likelihood of bias on the part of the acting magistrates' clerk; and the court went on to hold that, despite the fact that there had been no discussion about the case between the magistrates and the clerk, nevertheless the decision of the magistrates must be quashed, because nothing may be done which creates even a suspicion that there has been a wrongful interference with the course of justice. It appears that this decision was later used to suggest that a mere suspicion of bias on the part of a person involved in the process of adjudication is enough to require that the decision should be quashed. That approach was rejected in the *Camborne Justices* case [1955] 1 Q.B. 41, in which it was held that, since there was no real likelihood of bias on the part of the justices' clerk, there was no ground for quashing the justices' decision. The cases can therefore be distinguished on the facts. But the question remains whether, in a case involving a justices' clerk, it is enough to show that there was a real likelihood of bias on the part of the clerk, or whether it must also be shown that, by reason of his participating in the decision-making process, there was a real likelihood that he "would impose his influence on the justices or give them wrong legal advice:" see p. 46, *per* Sir Reginald Manningham-Buller Q.C., S.-G., arguendo as amicus curiae. In my opinion, the latter view is to be preferred. Of course, nowadays a justices' clerk will not withdraw with the justices, but will only join them if invited to advise them on a question of law. If the clerk is not so invited, any bias on his part will ordinarily have no influence on the outcome of the proceedings; though if he has any interest in the outcome, it is obviously undesirable that he should be acting at all in the capacity of clerk in relation to those proceedings, in case his advice is called for. If however he is invited to give the justices advice, it is open to the court to infer that, having regard to the insidious nature of bias, there is a real likelihood of the clerk's bias infecting the views of the justices adversely to the applicant.

I have had the opportunity of reading in draft the speech of my noble and learned friend, Lord Woolf, and it follows from what I have said that I am in agreement with his conclusions both about the effect of the *Sussex Justices* and *Camborne Justices* cases, and that the only special category of case, in which it is unnecesary to inquire whether there was any real likelihood of bias, relates to circumstances where a person acting in a judicial capacity has a direct pecuniary interest in the outcome of the proceedings.

In *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association* [1960] 2 Q.B. 167, 187, Devlin L.J. also preferred the real likelihood test, considering that the term "real likelihood of bias" is not used to import the principle in *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, which had been invoked by Salmon J. at first instance [1959] 2 Q.B. 276, 286. It is, I think, desirable that I should quote the relevant passage from the judgment of Devlin L.J. in full, at pp. 186–187:

> "Here is an application by the co-operative society and there is sitting to decide it a bench which is wholly composed of members of the society and one woman whose husband was a member of the

society, presided over by a chairman who had interested himself actively in the conduct of the affairs of the society or was desirous of doing so. Is there, in those circumstances, a real likelihood of bias? I am not quite sure what test Salmon J. applied. If he applied the test based on the principle that justice must not only be done but manifestly be seen to be done, I think he came to the right conclusion on that test. I cannot imagine anything more unsatisfactory from the public point of view than applications of this sort being dealt with by a bench which was so composed, and, indeed, it is conceded that steps will have to be taken to rectify the position. But, in my judgment, it is not the test. We have not to inquire what impression might be left on the minds of the present applicants or on the minds of the public generally. We have to satisfy ourselves that there was a real likelihood of bias—not merely satisfy ourselves that that was the sort of impression that might reasonably get abroad. The term 'real likelihood of bias' is not used, in my opinion, to import the principle in *Rex v. Sussex Justices* to which Salmon J. referred. It is used to show that it is not necessary that actual bias should be proved. It is unnecessary, and, indeed, might be most undesirable, to investigate the state of mind of each individual justice. 'Real likelihood' depends on the impression which the court gets from the circumstances in which the justices were sitting. Do they give rise to a real likelihood that the justices might be biased? The court might come to the conclusion that there was such a likelihood, without impugning the affidavit of a justice that he was not in fact biased. Bias is or may be an unconscious thing and a man may honestly say that he was not actually biased and did not allow his interest to affect his mind, although, nevertheless, he may have allowed it unconsciously to do so. The matter must be determined upon the probabilities to be inferred from the circumstances in which the justices sit."

It is plain from this passage that Devlin L.J. was concerned to get away from any test founded simply upon suspicion—"the sort of impression that might reasonably get abroad"—and to focus upon the actual circumstances of the case in order to decide whether there was in those circumstances a real likelihood of bias. His question—do the circumstances give rise to a real, likelihood that the justices might be biased?—suggests that he was thinking of likelihood as meaning not probability, but possibility; the noun probability is not aptly qualified by the adjective "real," and the verb "might" connotes possibility rather than probability. Such a reading makes the real likelihood test very similar to a test requiring a real danger of bias. It is true that, at the conclusion of the passage which I have quoted, Devlin L.J. stated that the matter must be determined "upon the probabilities." I do not however think that he meant "on the balance of probabilities," but rather that he was emphasising that the question was to be answered by reference to the relevant circumstances.

However nine years later, in *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577, the law took a different turn. The

case was concerned with a decision by a rent assessment committee, when determining fair rents for a block of flats in London. The rent so determined was substantially below the rent suggested even by the expert called by the tenants. The landlord sought to quash the decision on the ground that the chairman of the committee was a solicitor who had been concerned with advising tenants of flats in another comparable block of flats. The Court of Appeal, allowing the appeal from a Divisional Court, held that the facts were such as to give rise to an appearance of bias on the part of the chairman, and on that ground they quashed the decision of the committee, even though there was no actual bias on his part. In so holding, the court rejected the argument of counsel for the committee, who invited the court to proceed on the basis of the real likelihood test. Lord Denning M.R. and Edmund Davies L.J. both invoked the much quoted dictum of Lord Hewart C.J. in *Rex v. Sussex Justices*, and declined to follow Devlin L.J.'s approach in *Reg. v. Barnsley Licensing Justices*. Lord Denning M.R. stated the law as follows, at p. 599:

> "In *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association*, Devlin L.J. appears to have limited that principle considerably, but I would stand by it. It brings home this point: in considering whether there was a real likelihood of bias, the court does not look at the mind of the justice himself or at the mind of the chairman of the tribunal, or whoever it may be, who sits in a judicial capacity. It does not look to see if there was a real likelihood that he would, or did, in fact favour one side at the expense of the other. The court looks at the impression which would be given to other people. Even if he was as impartial as could be, nevertheless if right-minded persons would think that, in the circumstances, there was a real likelihood of bias on his part, then he should not sit. And if he does sit, his decision cannot stand: see *Reg. v. Huggins* [1895] 1 Q.B. 563 and *Rex v. Sunderland Justices, per* Vaughan Williams L.J. [1901] 2 K.B. 357, 373. Nevertheless there must appear to be a real likelihood of bias. Surmise or conjecture is not enough: see *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41, 48–51 and *Reg. v. Nailsworth Licensing Justices, Ex parte Bird* [1953] 1 W.L.R. 1046. There must be circumstances from which a reasonable man would think it likely or probable that the justice, or chairman, as the case may be, would, or did, favour one side unfairly at the expense of the other. The court will not inquire whether he did, in fact, favour one side unfairly. Suffice it that reasonable people might think he did. The reason is plain enough. Justice must be rooted in confidence: and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking: 'The judge was biased.'"

Edmund Davies L.J. said, at p. 606, that it was enough if "there is *reasonable* suspicion of bias on the part of one or more members of the adjudicating body;" and the third member of the court, Danckwerts L.J., appears to have, proceeded, despite some doubt, upon a similar basis, at pp. 601–602.

I shall return to this case in a moment, but I have to say that it left a legacy of some confusion behind it. In two cases, *Reg. v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge*, The Times, 21 June 1972, and *Reg. v. McLean, Ex parte Aikens* (1974) 139 J.P. 261, Lord Widgery C.J. was prepared to proceed on the basis of the reasonable suspicion test, though in neither case was the choice of test decisive. However, in *Reg. v. Altrincham Justices, Ex parte N. Pennington* [1975] Q.B. 549, Lord Widgery C.J. did not feel able to decide whether the real likelihood test or the reasonable suspicion test was appropriate. In that case the appellants were convicted of offences of having sold vegetables by weight and having delivered a lesser weight to two county schools. The presiding justice at the trial was a member of the education committee, and was a governor of two schools, though not of those in question. A Divisional Court quashed the convictions on the ground that the presiding justice should have disqualified herself from hearing a case where she had an active interest in the schools which were the victims of the offence. In so holding, Lord Widgery C.J. referred to both the real likelihood test and the reasonable suspicion test. However it was not clear to him from *Lannon* which of those tests fell to be applied. Furthermore, in *Reg. v. Liverpool City Justices, Ex parte Topping* [1983] 1 W.L.R. 119, in which justices became aware of other unrelated charges against the defendant whose case they were about to consider, the Divisional Court applied a form of the reasonable suspicion test derived from the judgment of Lord Widgery C.J. in *Ex parte Burbridge*; but they prefaced their choice of this test with the observation that, in agreement with a view expressed by Cross L.J. in *Hannam v. Bradford Corporation* [1970] 1 W.L.R. 937, 949, there was little if any difference between the real likelihood test and the reasonable suspicion test, because if a reasonable person with the relevant knowledge thinks that there might well be bias, then there is in his opinion a real likelihood of bias—a view which appears to assume that real likelihood of bias means no more than a real possibility of bias.

I have already quoted passages from the judgments of Lord Denning M.R. and Edmund Davies L.J. in *Metropolitan Properties (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 Q.B. 577, 599, 606, which show that they did not in fact state the same test, Lord Denning's test being really no more than an adaptation of the real likelihood test, and only Edmund Davies L.J. enunciating a test founded upon reasonable suspicion of bias. Furthermore Lord Denning M.R., while purporting to differ from Devlin L.J. in the *Barnsley Licensing Justices* case [1960] 2 Q.B. 167, in fact differed very little from him. Thus, both considered that it was not necessary that actual bias should be proved, the court having therefore to proceed upon an impression derived from the circumstances; and that the question is whether such an impression reveals a real likelihood of bias. The only difference between them seems to have been that, whereas Devlin L.J. spoke of the impression which the court gets from the circumstances, Lord Denning M.R. looked at the circumstances from the point of view of a reasonable man, stating that there must be circumstances from which a reasonable man would think it likely or probable that the justice, or chairman, was biased. Since however the court investigates the actual circumstances, knowledge of such

circumstances as are found by the court must be imputed to the reasonable man; and in the result it is difficult to see what difference there is between the impression derived by a reasonable man to whom such knowledge has been imputed, and the impression derived by the court, here personifying the reasonable man. It is true that Lord Denning M.R. expressed the test as being whether a reasonable man would think it "likely or probable" that the justice or chairman was biased. If it is a correct reading of his judgment (and it is by no means clear on the point) that it is necessary to establish bias on a balance of probabilities, I for my part would regard him as having laid down too rigorous a test. In my opinion, if, in the circumstances of the case (as ascertained by the court), it appears that there was a real likelihood, in the sense of a real possibility, of bias on the part of a justice or other member of an inferior tribunal, justice requires that the decision should not be allowed to stand. I am by no means persuaded that, in its original form, the real likelihood test required that any more rigorous criterion should be applied. Furthermore the test as so stated gives sufficient effect, in cases of apparent bias, to the principle that justice must manifestly be seen to be done, and it is unnecessary, in my opinion, to have recourse to a test based on mere suspicion, or even reasonable suspicion, for that purpose. Finally there is, so far as I can see, no practical distinction between the test as I have stated it, and a test which requires a real danger of bias, as stated in *Reg. v. Spencer* [1987] A.C. 128. In this way, therefore, it may be possible to achieve a reconciliation between the test to be applied in cases concerned with justices and other members of inferior tribunals, and cases concerned with jurors.

I turn therefore to the cases concerned with jurors; and here the relevant authorities support the view which I have just expressed. It is true that, after the *Lannon* case, there were cases in which the reasonable suspicion test was adopted: see, e.g., *Reg. v. Pennington* (1985) 81 Cr.App.R. 217. However, it is appropriate to turn straight to the leading authority, which is the decision of your Lordships' House in *Reg. v. Spencer* [1987] A.C. 128. In that case the defendants, who were members of the nursing staff at a secure hospital, were convicted in two separate trials of ill treating patients at the hospital, contrary to section 126 of the Mental Health Act 1959. On appeal, the principal issue was one of corroboration. But in addition a question arose with regard to one of the jurors at the first trial. He had clearly demonstrated in the course of the trial that he was biased against the defendants. At first the judge, having consulted counsel, decided to take no action. However, it then transpired that the juror's wife worked at another mental hospital which figured in the evidence at the trial. The judge, fearing that the juror might have heard things from his wife which it would be better if he had not heard, decided to discharge him; but, discovering that the juror was in the habit of giving three other members of the jury a lift home, warned the members of the jury that they should not discuss the case further with him. On the following morning, however, defence counsel submitted that the remainder of the jury should be discharged; but the judge decided, in the exercise of his

discretion, not to do so. Counsel for the prosecution had submitted that the test which the judge should apply was that the jury should not be discharged unless it could be shown that there was a very high risk that the apparently biased jury had influenced any of his fellow jurors. Lord Ackner (with whom Lord Brandon of Oakbrook and Lord Mackay of Clashfern agreed) however held that the correct test was that stated by the Court of Appeal in *Reg. v. Sawyer* (1980) 71 Cr.App.R. 283, 285, viz., whether there was a real danger that the appellant's position had been prejudiced in the circumstances. This was the test which had in fact been applied by the Court of Appeal, but they had concluded that there was no realistic chance that the three jurors who had travelled in the car had been prejudiced or biased by what they had heard. On this point, however, Lord Ackner found himself unable totally to dismiss that possibility, and he concluded, with the remainder of the Appellate Committee, that the verdict was unsafe and the appeal must be allowed [1987] A.C. 128, 146. Subsequently, the test so established in *Reg. v. Spencer* was applied by the Court of Appeal in *Reg. v. Putnam* (1991) 93 Cr.App.R. 281. I should add that in *Reg. v. Morris (orse. Williams)* (1990) 93 Cr.App.R. 102, in which the reasonable suspicion test was applied, it appears that *Reg. v. Spencer* was not cited to the court. In the light of the conclusion which I have reached, I do not think that it is necessary for me to consider any more of the earlier cases concerned with allegation of bias on the part of jurors. I only wish to say that *Reg. v. Box* [1964] 1 Q.B. 430, to which some criticism was directed in the course of argument, appears to have been concerned primarily with an allegation of actual bias, and to have reasserted the principle that knowledge by a juror of a defendant's character or previous convictions is not an automatic disqualification.

There are however two features of jury cases to which I will briefly draw attention. The first is that the possibility of bias on the part of a juror may, as in *Reg. v. Spencer* itself, come to the attention of the judge in the course of the trial. In such circumstances the judge, in deciding whether to exercise his discretion to discharge one or more members of the jury, should apply the same test as falls to be applied on appeal by the Court of Appeal, viz., whether there is a real danger of bias affecting the mind of the relevant juror or jurors. Even if the judge decides that it is unnecessary to do more than issue a warning to the jury or to a particular juror, and thereby isolate and neutralise any bias that might otherwise occur, the effect of his warning is not merely to ensure that the jurors do not allow any possible bias to affect their minds, but also to prevent any lack of public confidence in the integrity of the jury. It is unnecessary for me to say any more on this subject, to which no argument was addressed in the present case. Second, if any question of bias on the part of a juror arises on appeal, the Court of Appeal, having applied the real danger test, will then proceed in the light of its conclusion on that test to exercise its powers under section 2 of the Criminal Appeal Act 1968, in the normal way, as was done by your Lordships' House in *Spencer*.

I wish to add that in cases concerned with allegations of bias on the part of an arbitrator, the test adopted, derived from *Ex parte Topping*

[1983] 1 W.L.R. 119, has been whether the circumstances were such that a reasonable man would think that there was a real likelihood that the arbitrator would not fairly determine the issue on the basis of the evidence and arguments adduced before him: see *Ardahalian v. Unifert International S.A. (The Elissar)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 84, and *Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. Ets. Soules et Cie.* [1985] 1 Lloyd's Rep. 160; [1985] 2 Lloyd's Rep. 199. Such a test is, subject to the introduction of the reasonable man, consistent with the conclusion which I have reached, provided that the expression "real likelihood" is understood in the sense I have described, i.e. as meaning that there is a real possibility or, as I would prefer to put it, a real danger of bias. It would appear to have been so understood by Mustill J. in the *Bremer* case [1985] 1 Lloyd's Rep. 160, 164, where he referred to "an evident risk" of bias.

In conclusion, I wish to express my understanding of the law as follows. I think it possible, and desirable, that the same test should be applicable in all cases of apparent bias, whether concerned with justices or members of other inferior tribunals, or with jurors, or with arbitrators. Likewise I consider that, in cases concerned with jurors, the same test should be applied by a judge to whose attention the possibility of bias on the part of a juror has been drawn in the course of a trial, and by the Court of Appeal when it considers such a question on appeal. Furthermore, I think it unnecessary, in formulating the appropriate test, to require that the court should look at the matter through the eyes of a reasonable man, because the court in cases such as these personifies the reasonable man; and in any event the court has first to ascertain the relevant circumstances from the available evidence, knowledge of which would not necessarily be available to an observer in court at the relevant time. Finally, for the avoidance of doubt, I prefer to state the test in terms of real danger rather than real likelihood, to ensure that the court is thinking in terms of possibility rather than probability of bias. Accordingly, having ascertained the relevant circumstances, the court should ask itself whether, having regard to those circumstances, there was a real danger of bias on the part of the relevant member of the tribunal in question, in the sense that he might unfairly regard (or have unfairly regarded) with favour, or disfavour, the case of a party to the issue under consideration by him; though, in a case concerned with bias on the part of a justices' clerk, the court should go on to consider whether the clerk has been invited to give the justices advice and, if so, whether it should infer that there was a real danger of the clerk's bias having infected the views of the justices adversely to the applicant.

It follows from what I have said that the Court of Appeal applied the correct test in the present case. On that test, it was accepted by Mr. Hytner that there was no ground for disturbing the jury's verdict. I would therefore dismiss the appeal.

LORD ACKNER. My Lords, I have had the advantage of reading in draft the speech prepared by my noble and learned friend, Lord Goff of Chieveley, and for the reasons he gives, I, too, would dismiss the appeal.

LORD MUSTILL. My Lords, I have had the advantage of reading in draft the speech prepared by my noble and learned friend, Lord Goff of Chieveley, and for the reasons he gives, I, too, would dismiss the appeal.

LORD SLYNN OF HADLEY. My Lords, I have had the advantage of reading in draft the speech prepared by my noble and learned friend, Lord Goff of Chieveley, and for the reasons he gives, I, too, would dismiss the appeal.

LORD WOOLF. My Lords, I have had the advantage of reading in draft the speech of Lord Goff of Chieveley and I agree that this appeal should be dismissed for the reasons which he gives. In particular, I agree that the correct test to adopt in deciding whether a decision should be set aside on the grounds of alleged bias is that given by Lord Goff, namely, whether there is a real danger of injustice having occurred as a result of the alleged bias.

The test to be applied in each case has as its source the maxim that nobody may be a judge in his own cause. No distinction arises in the application of the test because it is the clerk to the justices rather than the justices themselves who are alleged to be biased. A clerk to the justices is part of the judicial process in the magistrates' court. This is accepted by Lord Hewart C.J., when he said in his judgment in *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, 259, that the clerk's position "was such that he could not, if he had been required to do so, discharge the duties which his other position involved. His twofold position was a manifest contradiction." (The other position, being a member of the firm of solicitors acting for the other driver who was involved in the accident which gave rise to the prosecution.)

This is also made clear in the judgment in *Reg. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce* [1955] 1 Q.B. 41, where the facts were very similar to those in the *Sussex Justices* case. The *Camborne Justices* case also involved a justices' clerk. The proceedings before the justices were the result of an information under the Food and Drugs Act 1938 laid on behalf of the county council. The clerk to the justices was at the time a member of the council, but not a member of the council's health committee responsible for laying the information. At the hearing he was sent for to advise the justices on a point of law, but according to the evidence put before the Divisional Court he did not discuss the facts of the case and having given his advice returned to the court. Unlike the *Sussex Justices* case, where the argument appears to have been limited (the applicant was not called upon to address the court) and the judgment was not reserved, in the *Camborne Justices* case the matter was fully argued, Sir Reginald Manningham-Buller Q.C., S.-G. and J. P. Ashworth appearing as amici curiae and a reserve judgment of the court was given by Slade J. on behalf of a Divisional Court which was presided over by Lord Goddard C.J. That judgment described the question which the court had to decide, at p. 47, as being:

> "What interest in a judicial or quasi-judicial proceeding does the law regard as sufficient to incapacitate a person from adjudicating or assisting in adjudicating on it upon the ground of bias or appearance of bias?"

To that question the court gave the answer, at p. 51: A

> "that to disqualify a person from acting in a judicial or quasi-judicial capacity upon the ground of interest (other than pecuniary or proprietary) in the subject matter of the proceeding, a real likelihood of bias must be shown."

As the court concluded on the facts that there was no real likelihood of bias the application was dismissed. However, for present purposes the B importance of the case is that the court did not consider they were dealing with a special category of case and applied a test which I regard as being the equivalent of the real danger test.

The problem created by the *Sussex Justices* case [1924] 1 K.B. 256 arises because Lord Hewart C.J. preceded his celebrated remark, at p. 259: "it is not merely of some importance but is of fundamental C importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done," with the comment, at pp. 258–259:

> "It is said, and, no doubt, truly, that when that gentleman retired in the usual way with the justices, taking with him the notes of the evidence in case the justices might desire to consult him, the justices D came to a conclusion without consulting him, and that he scrupulously abstained from referring to the case in any way."

and later added: "speaking for myself, I accept the statements contained in the justices' affidavit." If these passages in his judgment are taken at face value, then they are consistent with the court in the *Sussex Justices* case coming to the conclusion that there was no risk of actual bias and E the court was therefore applying some different test from the real danger test when deciding that the decision had to be quashed. A similar situation arises in relation to the comment of Lord Campbell in *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal*, 3 H.L.Cas. 759, 793, when he, alone among the members of the House of Lords, said:

> "No one can suppose that Lord Cottenham could be, in the remotest F degree, influenced by the interest that he had in this concern; but, my Lords, it is of the last importance that the maxim that no man is to be a judge in his own cause should be held sacred."

It could well be that too much attention should not be attached to the remarks made as to the bona fides of Lord Cottenham L.C. in the *Dimes* case and the justices' clerk in the *Sussex Justices* case, although, no doubt G the Lord Chancellor and the clerk respectively found them comforting. It must be remembered that except in the rare case where actual bias is alleged, the court is not concerned to investigate whether or not bias has been established. Whether it is a judge, a member of the jury, justices or their clerk, who is alleged to be biased, the courts do not regard it as being desirable or useful to inquire into the individual's state of mind. It H is not desirable because of the confidential nature of the judicial decision making, process. It is not useful because the courts have long recognised that bias operates in such an insidious manner that the person alleged to be biased may be quite unconscious of its effect.

It is because the court in the majority of cases does not inquire whether actual bias exists that the maxim that justice must not only be done but seen to be done applies. When considering whether there is a real danger of injustice, the court gives effect to the maxim, but does so by examining all the material available and giving its conclusion on that material. If the court having done so is satisfied there is no danger of the alleged bias having created injustice, then the application to quash the decision should be dismissed. This, therefore, should have been the result in the *Sussex Justices* case if Lord Hewart C.J.'s remarks are to be taken at face value and are to be treated as a finding, and not merely an assumption, that there was no danger of the justices' decision being contaminated by the possible bias of the clerk.

The *Dimes* case, 3 H.L.Cas. 759, is different because it involved direct pecuniary or proprietary interest on the part of Lord Cottenham L.C. in the subject matter of the proceedings and this creates a special situation, as was pointed out at the beginning of the judgment in the *Camborne Justices* case [1955] 1 Q.B. 41, 47:

> "any direct pecuniary or proprietary interest in the subject matter of a proceeding, however small, operates as an automatic disqualification. In such a case the law assumes bias."

It was because Lord Hewart C.J.'s judgment in the *Sussex Justices* case [1924] 1 K.B. 256, 258–259, has created difficulties that in the *Camborne Justices* case [1955] 1 Q.B. 41, where exactly the same issue was involved, the court warned against the misuse of Lord Hewart's judgment since it was being "urged as a warrant for quashing convictions or invalidating orders upon quite unsubstantial grounds and, indeed, in some cases upon the flimsiest pretexts of bias:" see pp. 51–52. As the court pointed out the continued citation of Lord Hewart's maxim may lead to the erroneous impression that "it is more important that justice should appear to be done than that it should, in fact, be done."

I therefore suggest that the *Sussex Justices* case [1924] 1 K.B. 256 neither creates, nor should it be placed in, a separate category. The proper test which Lord Goff has identified should have been applied in that case as it was in the *Camborne Justices* case [1955] 1 Q.B. 41. There is only one established special category and that exists where the tribunal has a pecuniary or proprietary interest in the subject matter of the proceedings as in *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal*, 3 H.L.Cas. 759. The courts should hesitate long before creating any other special category since this will immediately create uncertainty as to what are the parameters of that category and what is the test to be applied in the case of that category. The real danger test is quite capable of producing the right answer and ensure that the purity of justice is maintained across the range of situations where bias may exist.

Appeal dismissed.

Solicitors: E. Rex Makin & Co., Liverpool; Crown Prosecution Service, Headquarters.

A. R.

Doc. num. 59

[Home] [Databases] [World Law] [Multidatabase Search] [Help] [Feedback]

England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions

You are here: BAILII >> Databases >> England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions >> Sierra Fishing Company & Ors v Farran & Ors [2015] EWHC 140 (Comm) (30 January 2015)
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2015/140.html*
Cite as: [2015] 1 All ER (Comm) 560, [2015] EWHC 140 (Comm)

[New search] [Printable RTF version] [Help]

[2015] EWHC 140 (Comm)
Case No. 2014 Folio 1136

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
QUEEN'S BENCH DIVISION
COMMERCIAL COURT

Royal Courts of Justice
7 Rolls Building, Fetter Lane
London, EC4A 1NL
30/01/2015

B e f o r e :

THE HON. MR JUSTICE POPPLEWELL

Between:

(1) SIERRA FISHING COMPANY **(2) SAID JAMIL SAID MOHAMED** **(3) THE ESTATE OF JAMIL SAID MOHAMED**	**Claimants**
- and -	
(1) HASAN SAID FARRAN **(2) AHMAD MEHDI ASSAD** **(3) ALI ZBEEB**	**Defendants**

Luke Pearce (instructed by Holman Fenwick Willan LLP) for the Claimants
James Barratt (instructed by Squire Patton Boggs (UK) LLP) for the 1st & 2nd Defendants
The 3rd Defendant did not attend and was not represented but made written representations

Hearing dates: 31 October 2014, 13 January 2015, with further written submissions on 14 & 16 January 2015

HTML VERSION OF JUDGMENT

Crown Copyright ©

The Hon. Mr Justice Popplewell :

Introduction

1. This is an application by the Claimants for the removal of the Third Defendant ("Mr Ali Zbeeb") as an arbitrator pursuant to s.24(1)(a) of the Arbitration Act 1996, on the grounds that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality. The Defendants dispute the existence of such circumstances, and contend in the alternative that the Claimants have lost the right to raise this objection under s.73 of the Act by taking part in the arbitration.

The Parties

2. The First Claimant ("SFC") is a company incorporated in Sierra Leone involved in the supply of seafood. Its managing director is Mr Bassem Jamil Said Mohamed ("Mr Bassem Mohamed"), the brother of the Second Claimant ("Mr Said Mohamed"). The Third Claimant is the estate of their late father, who owned a 64% shareholding in SFC ("the Estate").

3. Mr Ali Zbeeb is a Lebanese lawyer and one of three founding partners in the law firm Zbeeb Law & Associates, together with his father, Mr Hussein Zbeeb, and Mr Hadi Zbeeb. Mr Ali Zbeeb is the managing partner of the firm.

4. The First Defendant ("Dr Farran") has at all material times been chairman of Finance Bank SAL ("Finance Bank"), a Lebanese bank based in Beirut. The Second Defendant ("Mr Assad") is an individual of Iraqi nationality.

The Arbitration Proceedings

5. In early 2011 Mr Said Mohamed entered into a finance arrangement with Dr Farran and Mr Assad who advanced a deposit of US$ 3.8 million for the purchase of two fishing vessels to be operated by SFC.

6. On 4 May 2012 Dr Farran and Mr Assad entered into a written agreement with SFC and Mr Said Mohamed (on his own behalf and on behalf of the Estate) providing for the terms by which the deposit would be repaid ("the Loan Agreement"). The Loan Agreement provided that SFC was to repay US$2.05 million (the agreement states US$ 2.5 million but it is common ground that this is an error) in monthly instalments, and the balance of US$ 1.75 million in accordance with a schedule which was to be agreed. Mr Said Mohamed guaranteed these obligations on his own behalf and on behalf of the Estate. The sixth point of the Loan Agreement contained an arbitration clause in the following terms:

> "The three parties agreed that in case any dispute arises in the execution of this agreement they will refer to arbitration in SIERRA LEON (sic) or LONDON (UK) as decided by [Dr Farran and Mr Assad]"

7. No repayments were made under the Loan Agreement. On 9 August 2012 Dr Farran and Mr Assad served a request for arbitration on the Claimants, notifying of an intention to commence arbitration in London and of the appointment of Mr Ali Zbeeb as their arbitrator. The request was addressed to SFC and Mr Said Mohamed, and related to the failure to fulfil the Loan Agreement. The request called upon the Claimants to appoint their own arbitrator, although it is the Claimants' case that it was erroneous in this respect because under s. 15(3) of the Arbitration Act 1996 the effect of the arbitration clause was that there should be a sole arbitrator.

8. On 22 August 2012 Dr Farran and Mr Assad entered into a further written agreement providing for the conversion of the loan into equity in SFC ("the Execution Agreement"). The Execution Agreement was signed by Mr Bassem Mohamed on behalf of SFC and purportedly on behalf of the Estate; the Claimants dispute Mr Bassem Mohammed's authority to act on behalf of the Estate. The number of shares to be acquired was to be determined based on a valuation being conducted by Ernst & Young. Clause 10 contained a London arbitration clause and provided that the agreement would be null and void if not executed (i.e. fulfilled) by 1 October 2012. The Execution Agreement was amended on 27 August 2012 by an Amendment Agreement to increase the amount to be converted to equity to US$4,480,000, and to provide for Mr Said Mohamed to sign

the Execution Agreement.

9. In the light of this agreement, on 24 August 2012, Mr Bassem Mohamed emailed Daou & Daou Law Study ("Daou"), the lawyers acting for Dr Farran and Mr Assad, responding to the notice to appoint an arbitrator by saying that it was unnecessary to start arbitration proceedings in London because an amicable solution had been found. Daou replied by email on 29 August 2012 agreeing to "freeze the arbitration procedures" conditional upon fulfilment of the recently signed agreements. Mr Said Mohamed was copied into Mr Bassem Mohamed's email to Daou, and I infer that the agreement to freeze the arbitration was made with his knowledge and agreement, on his own behalf and on behalf of the Estate.

10. The Execution Agreement was not performed by 1 October 2012. On that day Daou sent a letter to Mr Bassem Mohamed as representing SFC and the Estate, stating that the arbitration procedure was revived. A similar letter was sent on 1 November 2012, this time addressed additionally to Mr Said Mohamed.

11. On 3 November 2012 Mr Bassem Mohamed emailed Daou in the following terms: "Please can you specify the time and exact location of the arbitration and I will forward to you our candidate for arbitration". The email was copied to Mr Said Mohamed, and I infer was sent with his knowledge and agreement, on his own behalf and on behalf of the Estate.

12. On 28 November 2012 Daou wrote to Mr Bassem Mohamed explaining that if the Claimants failed to appoint an arbitrator, Mr Ali Zbeeb would become sole arbitrator by default. That letter was countersigned by Mr Bassem Mohamed agreeing "to send the name and numbers of our arbitrator with (sic) the three days deadline". Daou emailed Mr Bassem Mohammed the following day, copied to Mr Said Mohamed, saying that they were awaiting the name and numbers of such arbitrator within three days. Again I infer that the countersignature was made with the knowledge and agreement of Mr Said Mohamed, on his own behalf and on behalf of the Estate.

13. A new agreement was signed on 5 February 2013 between Dr Farran and Mr Assad and Messrs Bassem and Said Mohamed in their capacity as heirs to the Estate ("the Conversion Agreement"). Under the Conversion Agreement, which referred to the outstanding amount as US$ 4.7 million, 25% of the shares in SFC were to be transferred immediately to Dr Farran and Mr Assad, together with the right to manage the company, with a further 7% being transferred at a second stage. The Claimants undertook to repay the debt and a further US$250,000 in default of performance. The Conversion Agreement contained no arbitration clause, but provided:

> "In case [the Claimants] didn't execute all his engagements below mentioned during a month of the date whereof, this agreement is considered annulled and the two parties returned to the step reached by the arbitration in London upon the previous agreement concluded between the two parties."

14. The Conversion Agreement was not performed.

15. On 10 April 2013 Daou emailed Mr Said Mohamed in his personal capacity and as representative of the Estate, giving formal notice of the recommencement of the arbitration procedure and stating that Mr Ali Zbeeb was now sole arbitrator following the failure of Mr Said Mohamed to appoint an arbitrator. A further notice to the same effect was contained in a letter dated 15 April 2013 from Daou to all three Claimants.

16. On 2 May 2013 Mr Ali Zbeeb wrote to all the parties "in my capacity as the selected arbitrator relating to the dispute between [the parties] and whom have entered an agreement on the 4th Day of May 2012, which was followed by various related amendments and attempts of amicable settlements, all of which were unsuccessful". He advised the parties that he had commenced the arbitration procedures in accordance with the Arbitration Act 1996 and that he would shortly be submitting invoices for past expenses and anticipated expenses and fees. It is the Claimants' case that Mr Ali Zbeeb had not become sole arbitrator and that he and Daou were mistaken in relying on sections 16 and 17 of the Arbitration Act 1996, which only apply where there is an agreement for each party to appoint its own arbitrator and not, as here, where the agreement is for a sole arbitrator. It is also the Claimants' contention that Mr Ali Zbeeb's appointment was and remained solely in relation to disputes arising under the Loan Agreement, namely a claim for repayment of the loan, and not in relation to any claim for conversion of the loan to equity in SFC under the Execution Agreement or

Conversion Agreement.

17. On 15 July 2013 Mr Ali Zbeeb sent the parties a communication of arbitration procedures, a copy of which was not in evidence. In response, on 16 July 2013 Mr El-Sayed, a Lebanese lawyer acting on behalf of the Claimants, emailed Mr Ali Zbeeb stating that because the latter had been appointed as arbitrator by Dr Farran, it "reverse[d] the basic principle of impartiality of any arbitration" for him to be appointed as sole arbitrator. Mr El-Sayed asked for details of the basis on which the process had started in order to enable him to determine how to respond to the arbitrator's requests. Although this letter queried Mr Ali Zbeeb's impartiality, it was not based on any other grounds than that he had been the other party's appointee; it did not raise any of the circumstances now relied on to justify doubts about his impartiality.

18. Negotiations between the parties continued. On 23 July 2013 Mr El-Sayed emailed Mr Ali Zbeeb asking for the arbitration to be frozen for two weeks whilst the parties worked on a settlement. Mr Ali Zbeeb responded the following day indicating that he would hold the session in London, for which arrangements had been made, unless notified by both parties that they wished to put the procedures on hold.

19. On 25 July 2013 a further settlement was reached, in the form of two letters of undertaking addressed to Dr Farran and Mr Assad signed by Mr Said Mohamed, countersigned by Mr Bassem Mohamed on behalf of SFC ("the July 2013 Agreements"). These agreements provided for the repayment of the debt by assignment to Dr Farran and Mr Assad of a debt of $2.7 million due from SFC to Mr Said Mohamed, and by the payment to them of the balance of $2 million by TCQ Power Ltd, a BVI company, as part of the anticipated proceeds of a joint venture investment by TCQ and Messrs Bassem and Said Mohamed in relation to an electricity project. A recital in one of the July Agreements provided:

> "Whereas Dr Hassan Farran and Mr Ahmad Asad have lend me and my brother Bassem Mohamed personally the amount of 4,700,000 USD which is subject to arbitration procedure, and in order to freeze this arbitration procedure temporarily and solve this matter in an amicable way…"
>
> The Agreement went on to provide:
>
> "… in case of default of such transfer and waiver of this amount as a loan…, we unconditionally accept that the arbitration procedure will continue from the point we reached at the present date as per the correspondences between parties."

20. It appears that over the weekend before the planned arbitration session on 29 July 2013, the Claimants asked for it to be postponed because Mr El-Sayed would be unable to attend for medical reasons. Daou agreed to such postponement, but Mr Ali Zbeeb, who was already in London and had made arrangements, determined to conduct the hearing in the absence of the parties. On 31 July 2013 he sent the parties a document recording certain procedural decisions made at such session. These included that an arbitration agreement would be drafted by him and forwarded to the parties prior to a further hearing in London on 12 August 2013 at which the attendance of the parties was required and at which it would be signed. The document sent by Mr Ali Zbeeb recorded a decision that in the absence of any documents having been submitted on behalf of the Claimants, the documents submitted by Dr Farran and Mr Assad would be the only documents assessed and studied during the arbitration procedures and would for those purposes be communicated to the Claimants.

21. No hearing took place on 12 August 2013 because on 7 August 2013 the parties agreed once more to freeze the arbitral process to allow time for performance under the July 2013 Agreements. The agreement is recorded in an undated letter from Mr Ali Zbeeb which is endorsed in manuscript by Daou and by Mr El-Sayed. The terms of the agreement were that the arbitration process should be put on hold for three weeks to allow compliance with the July Agreements. Mr El-Sayed's endorsement on behalf of the Claimants provided that if and when the arbitration procedure restarted, they would then provide their comments on the arbitration procedure and agreement, reserving their rights in the meantime.

22. On 4 September 2013 there was an agreement to extend the freezing period of the arbitration process for a further 30 days, the Claimants' agreement being confirmed in an email from Mr El-Sayed to Mr Ali Zbeeb on 7 September 2013.

23. On 9 October 2013 Daou wrote to the Claimants alleging default on their part, and giving notice of the revival of the arbitration proceedings.

24. On 14 October 2013 Mr Ali Zbeeb wrote to the parties indicating there would be a procedural session in London on 22 October 2013 to deal with procedural directions and to exchange documents between the parties. Mr El-Sayed sent an email on 21 October 2013, the day before the hearing, saying that he would be unable to attend because it took more than one day to procure a visa and seeking an adjournment of the hearing. This was agreed to by Mr Ali Zbeeb who stated that the hearing would take place in November.

25. On or about 11 November 2011, the parties agreed to postpone the planned November hearing for three weeks, an agreement recorded in an email from Daou to Mr Ali Zbeeb and the Claimants of that date.

26. The hearing was rescheduled for 23 December 2013, and was conducted by Mr Ali Zbeeb in the absence of the parties. No substantive directions were made and Mr Ali Zbeeb notified the parties shortly thereafter that a further session would be scheduled in order for the parties to sign a formal arbitration agreement, which Mr Ali Zbeeb would draft and circulate in advance, and for the exchange of documents. He made further requests for his fees to be paid.

27. On 27 December 2013 Daou responded to Mr Ali Zbeeb giving notice that Dr Farran and Mr Assad had decided to continue with the arbitration proceedings from the point where they had stopped and were waiting for Mr Ali Zbeeb to notify the next session's date.

28. On 17 May 2014 Daou wrote again to Mr Ali Zbeeb alleging that the Claimants had failed to fulfil their obligations and that therefore Dr Farran and Mr Assad had decided to continue the arbitration proceedings from the point they had reached. Mr Ali Zbeeb was requested to set a new date for the next arbitration session.

29. The session was held in London on 26 June 2014. The Claimants were represented by Mr Englefield of Grace Associates. The notes of the meeting record that Mr Ali Zbeeb opened the session by explaining the background and that it had resulted in his appointment as sole arbitrator. He stated that he had previously conducted two sessions, the first in July 2013 where all parties were absent with excuse, and the second in December 2013 where all parties were absent without excuse. At the meeting Mr Englefield registered an objection to Mr Ali Zbeeb acting as arbitrator on the grounds of his lack of independence. The minutes record the objection in these terms:

> "[The Claimants] advanced an argument alleging the existence of social and commercial relationships between the Sole Arbitrator and [Dr Farran and Mr Assad]. Namely, the representative of [the Claimants] stated that the arbitrator is a relative of [Dr Farran's] attorney/legal consultant. In response to the above, [Dr Farran] categorically any existence of any commercial relations with the Sole Arbitrator (sic). However, he confirmed that the Arbitrator has been a relative of one of his retained legal counsels for a very long time, a matter which [the Claimants] were always well aware of even before the existence of any commercial relationship between the Parties and prior to extending the loan. He also emphasised that his previous acquaintance with the Arbitrator is solely based on the latter's excellent reputation in legal practice in Lebanon and worldwide, which was the reason that caused [Dr Farran] to request the Arbitrator to accept his nomination to take part of the Arbitration Procedures as an Arbitrator named by [Dr Farran]. In addition [Dr Farran] stated that throughout the commencement of the Arbitration procedures, [the Claimants] refrained from nominating an Arbitrator to join [Dr Farran's] nominated Arbitrator (now the Sole Arbitrator) to choose together a Chairman and form an arbitral tribunal, in spite of many promises by [the Claimants] to do so.
>
> …the Arbitrator confirmed the above statement by [Dr Farran] as he denied any commercial relationship with [Dr Farran]."

30. At the hearing, and in the alternative to the objection to Mr Zbeeb acting as arbitrator, Mr Englefield asked Mr Ali Zbeeb to allow the Claimants to appoint their own arbitrator to sit alongside Mr Ali Zbeeb together with a chairman. Mr Ali Zbeeb indicated he would respond to that request in a subsequent ruling. He did so by letter dated 6 July 2014 in which he rejected the request and stated his view that he had been validly appointed as sole arbitrator in connection with the dispute.

31. By an e-mail dated 9 July 2014 sent by Mr Englefield to Mr Ali Zbeeb, the Claimants reiterated their objection to Mr Ali Zbeeb acting as arbitrator as a result of the Claimants' doubts as to his impartiality owing to his "close connection" with Dr Farran, and urged him to reconsider his position. The e-mail threatened an application to court to set aside the appointment of Mr Ali Zbeeb if he did not voluntarily step down. The email went on to request Mr Ali Zbeeb to agree that a joint arbitrator be appointed (by which was meant a co-arbitrator) because of the alleged close connection with Dr Farran.

32. Mr Ali Zbeeb responded to that e-mail on 21 July 2014 reiterating that he considered he had been validly appointed as sole arbitrator pursuant to s.17 of the Arbitration Act 1996 and stating that the Claimants had lost any right to object to his appointment as a result of s.73.

33. Following appointment of new solicitors for the Claimants, on 24 July 2014 Holman Fenwick Willan LLP ("HFW") wrote on their behalf stating that from an initial view of the file it appeared that there were justifiable doubts as to Mr Ali Zbeeb's independence and impartiality for the purposes of an application to court under s.24. Amongst other points, HFW stated that it had been incumbent on Mr Zbeeb before accepting appointment on behalf of Dr Farran and Dr Assad, let alone becoming sole arbitrator, to notify the Claimants of his "close connection" to his appointees.

34. At this stage a further meeting with the parties was scheduled for 28 July 2014 to address the merits of the claim. HFW requested that it be adjourned. Mr Ali Zbeeb declined to adjourn the hearing.

35. Mr Mathew of HFW attended the meeting on 28 July 2014, at which he made it clear that the Claimants generally reserved their position in relation to the validity of Mr Ali Zbeeb's appointment and jurisdiction, as well as in relation to their concerns over his independence and impartiality. At the meeting, Mr Ali Zbeeb circulated a written response to HFW's letter of 24 July, in which Mr Ali Zbeeb said that the issue as to his impartiality had been adequately addressed in his previous communications. The response included the words: "I do not see why it is incumbent on me to perform the due diligence homework of [the Claimants]". He alleged that the Claimants had lost any right to object by reason of section 73.

36. At the meeting on 28 July 2014 Dr Farran and Mr Assad submitted a statement of claims setting out the relief they sought in the arbitration and, in brief terms, the alleged grounds for that relief. The claim advanced was for repayment of the loan through the mechanism of the transfer of shares in SFC by enforcement of all the agreements attached to the statement of claims, which included the Loan Agreement, the Execution Agreement, the Conversion Agreement and the July 2013 Agreements. The claim was for the transfer of shares in SFC, not simply for payment of a money sum.

37. Various directions were made by Mr Ali Zbeeb at the meeting, which were recorded in a document circulated by Mr Ali Zbeeb on 4 August 2014. The Claimants were directed to serve a statement of defence by 15 August 2014 and a further session was scheduled for 29 August 2014.

38. The Claimants did not serve a defence in the arbitration. On 26 August 2014 HFW sent to Mr Ali Zbeeb a letter challenging his jurisdiction over the substantive dispute between the parties and reiterating the grounds for doubts about his impartiality. It requested that no further hearings take place until Mr Ali Zbeeb determined the challenge to his jurisdiction, and indicated that should he determine that he had jurisdiction, the Claimants would apply to Court for a determination that he had no jurisdiction and would apply in the alternative for his removal under section 24. The grounds of challenge were, in summary:

    (1) Mr Zbeeb had never properly been appointed as arbitrator, sole or otherwise, and so did not have jurisdiction to decide any dispute between the parties.

    (2) In any event, Mr Ali Zbeeb could have no jurisdiction over the agreements which post dated his appointment, which now appeared to form the basis of the entire claim.

    (3) The Claimants had justifiable doubts as to Mr Ali Zbeeb's impartiality such that in the absence of him voluntarily stepping down an application would be made under s. 24 of the Arbitration Act.

39. Mr Ali Zbeeb decided to proceed with the arbitral session scheduled for 29 August 2014. Again the Claimants

attended, through HFW, in order to protect their position whilst reserving all rights and making it clear they did not accept Mr Ali Zbeeb's jurisdiction. At this session Mr Ali Zbeeb handed down a pre-prepared document in which he declared he would not be accepting any further submissions from the Claimants and would proceed directly to an award on the merits alongside an award on jurisdiction.

40. On 17 September 2014 Mr Ali Zbeeb e-mailed the parties indicating that an arbitral session was to be held on 8 October 2014, at which he would hand down a final award on the merits.

41. On 19 September 2014 the Claimants issued the present application to remove Mr Ali Zbeeb as an arbitrator under s.24(1)(a). A copy was sent to Mr Ali Zbeeb by email the same day and it was served on him on 29 September 2014.

42. The case was originally listed to be heard on an urgent basis on 2 October 2014 as a result of Mr Ali Zbeeb's threat to issue his award on 8 October 2014. On 30 September 2014 Mr Ali Zbeeb sent a letter to the court in his capacity as a respondent to the present application. He reiterated that he was the sole arbitrator. He expressed the opinion at the beginning of the document that he should not be part of the challenge and should leave it to the Claimants and Dr Farran and Mr Assad to contest the application, but that nevertheless he would take the opportunity to express his opinion on the challenge. There then followed lengthy argument, with citation of authority, arguing that by reason of s.73 any right to object had been lost. In relation to the grounds advanced in support of the application alleging there were circumstances giving rise to justifiable doubts as to his impartiality, he identified the two grounds as being (1) connection to Dr Farran and (2) involvement of the tribunal in preparing the Execution Agreement and the Amendment Agreement. As to the first, he did not take issue with the facts relied upon, but alleged that they did not give rise to a real possibility of bias. In relation to the latter, he asserted that he had been approached by both parties and had been conducting settlement negotiations with the full consent of the Claimants.

43. Following appointment of English solicitors on behalf of Dr Farran and Mr Assad, Mr Ali Zbeeb was requested by all parties to refrain from proceeding to issue an award until the resolution of the Claimants' application. He responded in a letter to the Court on 2 October 2014 that he was not prepared to do so. The letter commenced by asserting that Mr Bassem Mohammed should be added to the application in his personal capacity on the basis that he was a party to the dispute, although this had not been alleged by any of the parties. It went on to recognise that there was a difficult dividing line to be maintained between Mr Ali Zbeeb explaining his conduct and defending himself from allegations that it gave rise to justifiable doubts about his impartiality, on the one hand, and being perceived to take sides in the case which would only create such doubts, on the other. He stated that he regarded the Claimants' application as an attempt to delay the rendering of a Final Award and that it was not being made out of genuine concerns about independence or impartiality. This was tantamount to an accusation that the application was not being made in good faith. He said that he was putting the final touches to his award and would publish it either by email or, if he chose, at a hearing in London on 8 October, provided his fees were paid.

44. Because it appeared from this response that he would only issue his award if his fees were paid, on 2 October 2014, I acceded to an application on behalf of Dr Farran and Mr Assad to adjourn the hearing of the s. 24 application so as to enable them to file evidence in opposition, upon their undertaking not to pay for or take up the award prior to determination of the application. Such evidence was filed and the application came back before me on 31 October 2014.

45. In the meantime Mr Ali Zbeeb sent two further communications to the Court. On 23 October 2014 he sent an email which reiterated the grounds previously put forward for any right to remove him having been lost under s. 73. It also addressed the allegations that he personally had undertaken work for Finance Bank and the question of the knowledge of Messrs Said and Bassem Mohamed of his relationship with Mr Hussein Zbeeb. In response to a without prejudice communication which I have not seen, Mr Ali Zbeeb sent a further e-mail to the Court on the morning of 31 October 2014 referring to the Claimants' accusations of bias as being "odd and absurd accusations and analysis". He confirmed that he would proceed to issue his award, which had been completed, if and when his fees were paid.

46. The hearing was not concluded before me in the half day estimated. It came back on 13 January 2015, when I heard a further day's argument and reserved judgment. On 14 January 2015 Mr Ali Zbeeb sent a further email to the Court referring to "crucial evidence recently discovered" providing "solid proof" that the parties had

agreed that he be involved in drafting the Execution Agreement. He accused the Claimants' solicitor of "distortion of facts and misrepresentation of events". He made detailed submissions, supported by authority, on what amounted to "taking part" for the purposes of s. 73 in support of an argument that the Claimants had lost the right to object under section 24. The document made it clear that his decision on jurisdiction in the Final Award would be in favour of Dr Farran and Mr Assad, and that he regarded himself as having jurisdiction over the disputes in part because of the terms of the Execution Agreement. It had a section which addressed issues raised at the hearing on 31 October 2014, advancing arguments, for example, that no distinction should be drawn between Mr Bassem Mohamed and Mr Said Mohamed. He attached 2 emails and two texts in support of an argument that Mr Bassem Mohammed was aware of his role in drafting the Execution Agreement and the Amendment Agreement, and referred also to a telephone conversation. The parties made further written submissions in the light of this email and its attachments.

The Issues

47. Section 24(1)(a) of the Act provides as follows:

> "(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds –
>
> (a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality..."

48. Section 73 of the Act provides as follows:

> "(1) If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection:
>
> (a) that the tribunal lacks substantive jurisdiction;
>
> (b) that the proceedings have been improperly conducted;
>
> (c) that there has been a failure to comply with the arbitration agreement or with any provision of this Part; or
>
> (d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings,
>
> he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection."

49. It is common ground that circumstances which engage section 24(1)(a) are an irregularity affecting the tribunal or the proceedings within the meaning of section 73(1)(d), such that the right to object may be lost if the conditions in that section are fulfilled.

50. Accordingly two issues arise:

> (1) Are there circumstances which give rise to justifiable doubts as to Mr Ali Zbeeb's impartiality?
>
> (2) If so, did the Claimants take part or continue to take part in the arbitration proceedings, without raising the objection forthwith, at a time when they knew or could with reasonable diligence have discovered the existence of such circumstances.

The First Issue: section 24

51. In ***Locobail (UK) Ltd v Bayfield Properties Ltd*** [2000] QB 451, the Court of Appeal held that the common law test for apparent bias is reflected in section 24 of the Arbitration Act (see paragraph [17]). The common law test is that articulated by Lord Hope of Craighead in ***Porter v Magill*** [2002] AC 357 at paragraph [103],

namely whether "the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased." Lord Hope gave a further explanation of what was meant by "fair-minded" and "informed" in ***Helow v Secretary of State for the Home Department*** [2008] 1 WLR 2416 at paragraphs [1]-[3]. See also ***Laker Airways Inc v FLS Aerospace Ltd*** [1999] 2 Lloyd's Rep 45 per Rix J at pp. 48-49 and ***A v B*** [2011] 2 Lloyd's Rep 591 per Flaux J at paragraphs [21] to [29].

52. The Claimants rely on four aspects of the evidence as giving rise to such apparent bias.

(1) Legal and business connection between Dr Farran and Mr Ali Zbeeb

53. The first is the legal and business connection between Dr Farran and Mr Ali Zbeeb. The connection alleged is that (1) Mr Ali Zbeeb was engaged by Finance Bank as legal counsel in 2005/2006 at a time when Dr Farran was, as now, chairman of the bank; and (2) Mr Ali Zbeeb's father and co partner in Zbeeb Law & Associates, Mr Hussein Zbeeb, has acted and continues to act as retained legal counsel to both Dr Farran and to Finance Bank, and retains a close internal role at the bank, where he is a member of the top executive management.

54. As to (1), this is apparent from Mr Ali Zbeeb's CV, which records his role as legal counsel for the bank for a year and a month between January 2005 and January 2006, during which his CV describes him as the Legal Counsel for International Affairs at the bank to conduct missions to West African countries for contract negotiations and advice on corporate related issues. Ms Welu, the solicitor for Dr Farran and Mr Assad, describes this in her witness statement as a period when Mr Ali Zbeeb was working "at the bank". In his communications to the Court of 23 October 2014 and 14 January 2015, Mr Ali Zbeeb states that at this time he was a trainee lawyer at his father's firm, when his father was acting as in house counsel for the bank, and that he had no independent contract with the bank or any direct payment from the bank; that he was shadowing his father in the latter's legal work for the bank, with his father acting in a personal capacity, and that this was all that was intended to be reflected on his CV describing himself as being legal counsel to the bank. This does not sit wholly easily with the CV's assertion of his role as legal counsel in contract negotiation and advice in missions to West African countries. There is no evidence from Dr Farran explaining the relationship which Mr Ali Zbeeb had with Dr Farran or the bank in this period. The existence of such relationship was not volunteered either by Dr Farran or Mr Ali Zbeeb at the meeting on 26 June 2014. Given this state of the evidence, a fair minded observer would conclude that there was a real possibility that Mr Ali Zbeeb's role as legal adviser to the bank in 2005/6 was a substantial one in which he was personally providing advice to the bank and representing it in its commercial dealings.

55. As to (2), Mr Hussein Zbeeb is listed on the website of Finance Bank amongst those described as "Members of Top Executive Management". There are documents evidencing Mr Hussein Zbeeb acting both for Dr Farran personally, and for the bank, in a number of cases in Beirut between 2012 and 2014 in what appears to be substantial litigation. Mr Ali Zbeeb has suggested in his emails of 23 October 2014 and 14 January 2015 that Mr Hussein Zbeeb is instructed by Dr Farran as an in house counsel in the former's personal capacity, not on behalf of Zbeeb Law & Associates, which has no financial relationship with Finance Bank or Dr Farran. This latter assertion is at odds with Ms Welu's witness statement which states that her understanding, apparently derived from instructions from Dr Farran, is that Zbeeb Law & Associates is one of several law firms used by Dr Farran and the bank. The point is made to support a further statement apparently on Dr Farran's instructions, that neither Mr Ali Zbeeb nor his firm would derive significant income from the relationship. This denial is pregnant with an admission that Mr Ali Zbeeb and his firm derive some financial income from Dr Farran instructing the firm. Ms Welu does not explain the work on which Zbeeb Law & Associates has been instructed, nor the amount of the income. Mr Matthew responded in a witness statement on behalf of the Claimants that the Beirut court documents suggested a significant income, and that the Claimants' researches suggest that Zbeeb Law & Associates is the main firm used by Dr Farran and the bank. There was no response from Ms Welu challenging this evidence.

56. On the state of the evidence a fair minded observer would conclude that there was at least a real possibility that Zbeeb Law & Associates, in which Mr Ali Zbeeb has a financial interest, has through his father been instructed to act for Dr Farran personally, and for the bank of which Dr Farran is chairman, in relation to substantial commercial matters from which the firm derives a significant financial income; and that such activity has occurred since 2012 and could be expected by Mr Ali Zbeeb to continue.

57. I have little hesitation in concluding that these connections would give rise to justifiable doubts as to Mr Ali

Zbeeb's ability to act impartially in a dispute to which Dr Farran was a party. The fair minded observer would take the view that this gave rise to a real possibility that Mr Ali Zbeeb would be predisposed to favour Dr Farran in the dispute in order to foster and maintain the business relationship with himself, his firm and his father, to the financial benefit of all three. Such possibility is not significantly diminished if, as Mr Ali Zbeeb's evidence suggests, the financial benefit would accrue to his father rather than to the firm.

58. In this respect assistance is derived from the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ("the IBA Guidelines"), which provide illustrations of what the international arbitral community considers to be cases of conflicts of interest or apparent bias. Part I of the Guidelines contains General Standards with explanatory notes. General Standard 6 recognises that the fact that the arbitrator's law firm may have dealings with one of the parties does not automatically give rise to a conflict of interest requiring disclosure and that all depends on the circumstances of each individual case. Part II of the Guidelines gives practical guidance on the application of the General Standards in particular circumstances by listing situations under three lists in decreasing order of seriousness, being a Red List, an Orange List and a Green List. The Red List contains those circumstances regarded as giving rise to justifiable doubts about the arbitrator's impartiality or independence and is divided into a Non-Waivable Red List and a Waivable Red List, whose titles are self explanatory. The Orange List contains situations where, depending on the facts of a given case, there may be justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence such that the arbitrator has a duty to disclose them to the parties under General Standard 3(a). Waiver of a Waivable Red List conflict of interest requires express acceptance of the arbitrator acting by a party who has actual knowledge of the situation. Constructive knowledge is insufficient. An Orange List conflict of interest can be waived by inactivity following disclosure by the arbitrator.

59. One of only four situations identified in the Non-Waivable Red List is where "*the arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, and the arbitrator or his or her firm derives a significant financial income therefrom*" (paragraph 1.4). The Waivable Red list includes the situation where "*the arbitrator currently represents or advises one of the parties or an affiliate of one of the parties.*" (paragraph 2.3.1) and where "*the arbitrator's law firm currently has a significant commercial relationship with one of the parties or an affiliate of one of the parties.*" (paragraph 2.3.6). Mr Barratt argued that paragraph 1.4 of the Waivable Red List was confined to cases engaging the principle reflected in English law in ***Dimes v The proprietors of the Grand Junction Canal*** (1853) 3 HL Cas 759 that a judge or arbitrator must not preside over a matter in which he has a financial interest. In my view this reflects the wider category of circumstances recognised in ***Locobail v Bayfield*** and section 24 of the Act as giving rise to a justifiable doubt as to impartiality. The state of the evidence in this case would leave the fair-minded observer concluding that there was a real possibility that the relationship between Mr Ali Zbeeb and Dr Farran fell within these criteria, as well as the situation described in the Orange List where "*the arbitrator's law firm has within the past three years acted for one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator.*" (paragraph 3.1.4).

60. The doubts are reinforced by Mr Ali Zbeeb's statement at the hearing on 26 June 2014 that it was not for him to do due diligence on behalf of the Claimants in relation to any connections he had with Dr Farran. On the contrary, it was his duty to make voluntary disclosure to the parties of connections which were known to him which might justify doubts as to his impartiality, a duty recognised in General Principle 3 of the IBA Guidelines. Such disclosure is required of an arbitrator whatever "due diligence homework" steps may be available to the parties to discover their existence for themselves. Mr Barratt correctly submitted that if circumstances are not such as to engage s. 24, a failure by the arbitrator to disclose them cannot itself fulfil the section, although where there is any room for doubt an arbitrator would be well advised to make disclosure. But Mr Ali Zbeeb's assertion that it was for the Claimants to find out whether such circumstances existed, not for him to volunteer them if they did exist, amounted to an erroneous denial of his duty of disclosure to the Claimants, which reveals an attitude which would reinforce a fair minded observer's doubts as to his impartiality.

(2) Mr Ali Zbeeb's involvement in the negotiation and drafting of the Execution Agreement and Amendment Agreement

61. The second aspect relied on by the Claimants is the involvement of Mr Ali Zbeeb in advising and assisting Dr Farran and Mr Assad in the settlement negotiations which gave rise to the Execution Agreement and the Amendment Agreement, and his drafting of those agreements. There is no doubt that Mr Said Mohamed was

aware of Mr Ali Zbeeb's involvement in the drafting shortly after the Amendment Agreement was executed, at the latest, and there is some documentary support for the evidence of the Defendants, including that of Mr Ali Zbeeb, that Messrs Said and Bassem Mohamed jointly instructed Mr Ali Zbeeb together with Dr Farran and Dr Assad to take on that role. I will assume for the purposes of the present application that that is so. It would not give rise to any apparent bias if the dispute were confined, as it appeared to be at the time, to the rights and obligations of the parties under earlier agreements. However the situation changed significantly when the statement of claims was presented at the meeting on 28 July 2014. That was the first occasion on which it was apparent that Dr Farran and Mr Assad were relying on the Execution Agreement as one of the agreements to support a claim for transfer of the shares in SFC rather than a money award. Equally importantly, the arbitration clause in the Execution Agreement is part of what is relied upon by them and Mr Ali Zbeeb as conferring jurisdiction upon him in relation to such a claim, rather than the jurisdiction being confined to a money claim under the Loan Agreement which was what was encompassed in his original appointment. It is to be inferred that Mr Ali Zbeeb and/or his father, who was copied in on the 28 August email, was giving advice to Dr Farran and Mr Assad. Such advice potentially included advice as to the terms and effect of the clause in a respect which would include the jurisdictional issue upon which Mr Ali Zbeeb is now called to adjudicate as arbitrator. He was responsible for the drafting of the clause. There would be a real possibility, in the mind of a fair minded observer, that he would wish to decide the jurisdiction issue in favour of Dr Farran and Mr Assad whom he and/or his father was advising at the time. The situation potentially falls within paragraphs 2.1.1 and/or 2.1.2 of the Waivable Red List of the IBA Guidelines where *"the arbitrator has given legal advice ... on the dispute to a party or an affiliate of one of the parties"* and/or *"the arbitrator has previous involvement in the case."*

(3) Connection between Mr Ali Zbeeb and Daou

62. The third aspect of the Claimants' complaint is that there is said to be a close connection between Mr Zbeeb, or Mr Zbeeb's law firm, and Mr Daou, counsel for Dr Farran and Mr Assad in the arbitration. On analysis this turns out to be based on nothing more than the fact that on the bank's website both Zbeeb Law & Associates and Daou are identified as advisers to the bank. This says little if anything about a connection between the two firms and affords no grounds for supposing that Mr Ali Zbeeb might be predisposed to favour Dr Farran by reason of any relationship with Mr Daou or his firm.

(4) Mr Ali Zbeeb's conduct of the reference

63. Fourthly, the Claimants rely on Mr Ali Zbeeb's conduct of the reference as giving rise to justifiable doubts about his impartiality. Many aspects of his conduct were attacked. Most do not afford grounds for doubting his impartiality. I am, however, persuaded that two aspects of his conduct do justify such doubts.

64. The first is his refusal to postpone the publishing of his award pending the outcome of this application when asked to do so by both sides on or shortly before 2 October 2014. The justification put forward was Mr Ali Zbeeb's view that the application is unfounded. However this affords no reason for failing to give effect to the expressed desire of both parties that the question should be resolved by the Court, which is the proper forum for its determination. Save in exceptional circumstances an arbitrator in the consensual arbitral process should give effect to the parties' desire that the tribunal should postpone its award until after determination of a court challenge which is capable of affecting the jurisdiction to make such an award, with the obvious advantages in cost and convenience which that entails.

65. Secondly the content and tone of the tribunal's communications with the parties, once the dispute as to impartiality and jurisdiction had arisen in the summer of 2014, and of the five communications with the Court thereafter, justify doubts as to his impartiality. The correspondence from Mr Ali Zbeeb of 6 July, 21 July, 28 July and 29 August 2014 is argumentative in style and advances points against the Claimants which had not been put forward by Dr Farran or Mr Assad, and to which the Claimants had not been given an opportunity to respond. In his correspondence addressed to the Court, Mr Ali Zbeeb recognised there is a line to be drawn where an arbitrator is the subject of an application that he be removed for apparent bias. He is a respondent to such an application, with a potential independent interest in its outcome in relation to his incurred and future fees. There is nothing wrong with him putting before the Court his evidence on the course of the proceedings, and his evidence in relation to that which is said to raise justifiable doubts about his impartiality; and he is entitled to put before the Court his view as to why he should not be removed. Should he wish to do so, the proper course is to acknowledge service of the arbitration claim form, rather than send correspondence to the

Court. But in doing so, he must be careful not to appear to take sides, so as to be unable subsequently to judge impartially the rival arguments in the case. The content and tone of Mr Ali Zbeeb's communications is in my view clearly on the wrong side of this line. They involve detailed and vehement argument, not merely as to whether there are grounds for apparent bias, but also, and indeed predominantly, why the Claimants have lost the right to object. They advance arguments on behalf of Dr Farran and Mr Assad which the latter had not advanced for themselves, supported by detailed exposition and citation of authority. They also advance the case of Dr Farran and Mr Assad as to the tribunal's jurisdiction over a claim for transfer of the shares in SFC in terms which have not been articulated or advanced by Dr Farran and Mr Assad themselves. Mr Ali Zbeeb disparages the Claimants' s.24 application in intemperate language. He questions the good faith of the Claimants in advancing it. He gives the appearance of having descended into the arena and taken up the battle on behalf of Dr Farran and Mr Assad. He has become too personally involved in the issue of impartiality, and the issue of his jurisdiction, to guarantee the necessary objectivity which is required to determine the merits of the dispute (cf ***Howell v Millais*** [2007] EWCA Civ 720 at paragraph [33]).

Second Issue: Loss of right to object under s. 73

66. In determining whether the Claimants took part or continued to take part in the arbitration proceedings, without raising the objection forthwith, at a time when they knew or could with reasonable diligence have discovered the existence of such circumstances, it is necessary to address separately the three sets of circumstances which I have held give rise to justifiable doubts about Mr Ali Zbeeb's impartiality. Where there are different circumstances which engage s. 24(1)(a), they may be sufficient to do so individually, or they may only do so cumulatively. In the former case, the right to object is not lost unless section 73 is fulfilled in relation to each set of circumstances which is individually sufficient to engage s. 24(1)(a). In the latter case, the right to object cannot be lost unless section 73 applies to sufficient of the circumstances that what is left is cumulatively insufficient to engage section 24(1)(a).

67. In this case each of three sets of circumstances is sufficient on its own to give rise to justifiable doubts about Mr Ali Zbeeb's impartiality. It is therefore necessary to consider separately whether the Claimants have lost the right to rely on each such set of circumstances.

68. So far as concerns the conduct of Mr Ali Zbeeb in his communications with the Claimants since July 2014, and in his five communications to the Court culminating in his email of 14 January 2015, there can be no question of the Claimants having lost the right to object. These are continuing circumstances giving rise to justifiable doubts as to his impartiality which occurred after the challenge to his impartiality had been made on 26 June 2014, and in large part after the Claimants had advanced and maintained their request that he stand down, followed by the application for his removal. It is not suggested on behalf of Dr Farran and Mr Assad that any steps were taken by the Claimants in the arbitration proceedings without voicing relevant objections after 26 June 2014, save for the Claimants' request on 9 July 2014 that Mr Ali Zbeeb agree to the appointment of a co arbitrator (paragraph 31 above), which was accompanied by the raising of the objection and in any event preceded all bar one of the communications justifying doubts as to Mr Ali Zbeeb's impartiality.

69. Similarly, objection was taken to the role of Mr Ali Zbeeb in advising Dr Farran and/or Dr Assad on the Execution Agreement as soon as such conduct was capable of justifying doubts about his impartiality, which did not occur until, at the earliest, the statement of claims were filed by Dr Farran and Dr Assad on 28 July 2014 advancing a case relying on the Execution Agreement for the substantive relief claimed, and (at least so far as Mr Ali Zbeeb has interpreted it) for the jurisdiction of the tribunal to grant such relief. There can be no question of any step having been taken without objection thereafter and none is suggested by Mr Barratt; HFW had already sought Mr Ali Zbeeb's resignation, and maintained the objection throughout the period up to the issue of the present removal application on 19 September 2014.

70. So far as concerns the connections between Mr Ali Zbeeb and Dr Farran, three questions arise. When did the Claimants raise the objection? Did the Claimants take part in the proceedings without raising the objection forthwith? If so, did the Claimants at that time know of the circumstances, or could they with reasonable diligence have discovered them?

71. The first time that any relevant objection was raised as to Mr Ali Zbeeb's impartiality on these grounds was at the hearing on 26 June 2014. The accusation of impartiality made in the letter from Mr El-Sayed of 16 July 2013 is not here relevant, because it was based solely on the fact that Mr Ali Zbeeb had purportedly become

the sole arbitrator following appointment by the other party, which is not one of the grounds now being advanced under section 24. The current objection was consistently maintained after it had first been raised on 26 June 2014.

72. The next question is therefore whether the Claimants took part in the proceedings prior to 26 June 2014, and if so when.

73. A party does not take part in an arbitration for the purposes of section 73 unless and until he invokes the jurisdiction of the tribunal in respect of the merits of the dispute or invokes the jurisdiction of the tribunal to determine its own jurisdiction over the merits of the dispute: ***Broda Agro Trading v Toepfer*** [2011] 1 Lloyds Rep 243, ***Sovarex v Romero Alvarez*** [2011] 2 Lloyd's Rep 320 at paragraphs [12]-[25]. However once a party has taken part in proceedings, he may "continue to take part" by silence or inactivity in the face of a right to object which subsequently becomes available to him: ***Rusal v Gill & Duffus*** [2000] 1 Lloyd's Rep 14 at pp. 20-21. If the status quo is that a party has already taken part, and is therefore participating in an arbitration in which he has invoked the exercise of the tribunal's jurisdiction, he may have to do something positive to change the status quo if he is properly to be regarded as not having continued to take part in the reference. But in the absence of a prior taking part, mere silence and inactivity will not be sufficient; nor will any activity which is neutral or equivocal as to whether the party invokes or accepts the exercise by the tribunal of jurisdiction over him. In this respect there is no relevant distinction to be drawn between section 72, which preserves the right to challenge the jurisdiction of the tribunal for a person who has not taken part in the proceedings, and section 73 which is concerned with the loss of the right to object more generally.

74. Mr Barratt submits that the Claimants took part in the reference by the following activity:

> (1) the Claimants' agreement to freeze the arbitration procedures in August 2012 (paragraph 9 above);
>
> (2) Mr Bassem Mohammed's email of 3 November 2012 to Daou requesting the time and exact location of the arbitration and promising to forward the Claimants' "candidate for arbitration" (paragraph 11 above);
>
> (3) the countersignature by Mr Bassem Mohamed of Daou's letter of 28 November 2012 agreeing to send the name and numbers of the Claimants' arbitrator within a three day deadline (paragraph 12 above);
>
> (4) the Claimants' agreement recorded in the Conversion Agreement of 5 February to return to the stage reached in the arbitration if the Conversion Agreement were not performed (paragraph 13 above);
>
> (5) failure by the Claimants to take objection following recommencement of the arbitration by notices of 10 and 15 April 2013 (paragraphs 15 to 17 above);
>
> (6) Mr El-Sayed's email of 23 July 2013 requesting that the arbitration be frozen for two weeks whilst the parties worked on a settlement (paragraph 18 above);
>
> (7) the Claimants' agreement recorded in the July 2013 Agreement to return to the stage reached in the arbitration if it were not performed (paragraph 19 above);
>
> (8) the Claimants' request to postpone the hearing scheduled for 29 July 2013 (paragraph 20 above);
>
> (9) the Claimants' agreement on 7 August 2013 once more to freeze the arbitration process to allow time for performance under the July Agreements (paragraph 21 above); and to extend the freezing period on 7 September 2013 (paragraph 22 above);
>
> (10) failure by the Claimants to take objection following recommencement of the arbitration by notice of 9 October 2013 (paragraph 23 above);
>
> (11) the Claimants' requests to postpone the hearing scheduled for 10 October 2013 and

rescheduled for November 2013 (paragraphs 24 & 25 above);

(12) failure by the Claimants to take objection following recommencement of the arbitration by notice of 27 December 2013 and 17 May 2014 (paragraphs 27 & 28 above).

75. None of this activity or inactivity amounted to taking part in the proceedings within the meaning of section 73. A request or agreement to put the arbitral process on hold does not of itself seek to invoke the tribunal's jurisdiction; it is entirely neutral in that respect. The suspension merely seeks to preserve the status quo and envisages that if and when the process is revived the parties will be in the same position procedurally as they were when it was suspended. If at the moment of suspension a party has not lost the right to object because he has not yet taken part, a request for a suspension of the process preserves such right together with all other procedural rights. An obligation to raise the objection at that stage would serve no purpose because it would not fall to be addressed unless and until the process were revived, and any consideration of it before that time would be inconsistent with the parties' agreement to suspend the process. For similar reasons an agreement to revive the process from where it left off in the event of certain future contingencies cannot amount to taking part.

76. Mere silence and inactivity in the face of revival of the process by the other party is equally incapable of amounting to a first taking part. It does not of itself invoke the tribunal's jurisdiction. If the right to object remains at the moment of suspension, the objection remains open to the party upon the other party's revival of the process unless and until the objecting party does something which is unequivocally an invocation of the tribunal's jurisdiction. Were it otherwise a party who wished to decline to take part in an arbitration would lose the right to do so by a suspension of the process, putting him in a worse position by virtue of an agreement whose purpose was merely to preserve the status quo.

77. For similar reasons, requests or agreements to adjourn a procedural hearing cannot of themselves amount to a first taking part (although they might amount to continuing to take part where the party has already taken part by invoking the tribunal's jurisdiction). They do not, of themselves, seek to invoke the tribunal's jurisdiction; they merely seek to preserve the opportunity to participate or object at the hearing whose postponement is sought or agreed.

78. Nor can the Claimants' indication that it would be appointing its own arbitrator amount to taking part, because it does not recognise the tribunal as yet being properly constituted and therefore cannot amount to invoking the jurisdiction of a tribunal in its improperly or imperfectly constituted form.

79. Mr Barratt also relied on the Claimants' requests on 26 June 2014 and 9 July 2014 that Mr Ali Zbeeb agree to the appointment of a co arbitrator (paragraphs 30 & 31 above). It is not necessary to decide whether such a request amounts to taking part in the proceedings in the context of an objection to Mr Ali Zbeeb participating as an arbitrator on grounds of lack of impartiality. They cannot assist the Defendants because on each occasion they were put forward as an alternative whilst maintaining the primary position that objection was taken on grounds of lack of impartiality. The relevant objection was raised "forthwith", even if the requests amounted to taking part.

80. In the light of my conclusion that the Claimants have not taken part in the proceedings at any relevant time without raising the objection, it is not necessary or appropriate to undertake an analysis of the state of their actual or constructive knowledge of the connections between Mr Ali Zbeeb and Dr Farran which afford the grounds for his removal. This might have proved a difficult analysis at any particular point of time because the connections constitute continuing circumstances occurring over the course of the relevant period.

Conclusion

81. The application for the removal of Mr Ali Zbeeb succeeds.

BAILII: Copyright Policy | Disclaimers | Privacy Policy | Feedback | Donate to BAILII
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2015/140.html*

Doc. num. 60

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
1818 H STREET, NW | WASHINGTON, DC 20433 | E.U.A.
TÉLÉPHONE (202) 458 1534 | TÉLÉCOPIE (202) 522 2615
WWW.WORLDBANK.ORG/ICSID

Le 16 novembre 2016

Par courriel

M. Víctor Pey Casado
et Fondation Presidente Allende
s/c Me Juan E. Garcés
Garcés y Prada, Abogados
Calle Zorrilla n° 11, primero derecha
Madrid – 28014
Espagne

et

Me Carole Malinvaud
Me Alexandra Munoz
Gide Loyrette Nouel
22, cours Albert 1er
75008 Paris
France

République du Chili
s/c M. Carlos Álvarez Voullième, Directeur
Mme Liliana Macchiavello
Mme Victoria Fernández-Armesto
Agence de Promotion des Investissements – InvestChile
Ahumada 11, Piso 12
Santiago du Chili, Chili

et

M. Paolo Di Rosa,
Mme Gaela Gehring Flores
Mme Mallory Silberman
Arnold & Porter LLP
601 Massachusetts Ave. NW
Washington, D.C. 20001, É.-U.

et

M. Jorge Carey
M. Gonzalo Fernández
M. Juan Carlos Riesco
Carey & Cia.
Isidoro Goyenechea 2800 Piso 43
Las Condes, Santiago, Chili

Réf : Víctor Pey Casado et Fondation Présidente Allende c. République du Chili
(Affaire CIRDI ARB/98/2 – Nouvel examen – Correction)

Mesdames, Messieurs,

Le Tribunal fait référence à la Demande de correction de la Sentence des Demanderesses en date du 27 octobre 2016, enregistrée par le Secrétaire général du CIRDI le 8 novembre 2016 conformément à l'article 49(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI (la « Demande »).

La Défenderesse est invitée à indiquer le plus tôt possible et au plus tard le **30 novembre 2016**, si elle accepte les corrections proposées dans la Demande. A la lumière de la réponse de la Défenderesse, le Tribunal s'attachera à déterminer la procédure ultérieure, conformément à l'article 49(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

Je vous prie de bien vouloir agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de mes salutations distinguées.

Benjamin Garel
Secrétaire du Tribunal

Copie aux : Membres du Tribunal

Doc. num. 61

DECLARATION - Arbitration Rule 6(2)

Víctor Pey Casado and Foundation President Allende
v.
Republic of Chile

(ICSID Case No. ARB/98/2 - Resubmission)

To the best of my knowledge there is no reason why I should not serve on the Arbitral Tribunal constituted by the International Centre for Settlement of Investment Disputes with respect to a dispute between Víctor Pey Casado and Foundation President Allende and the Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/98/2 - Resubmission).

I shall keep confidential all information coming to my knowledge as a result of my participation in this proceeding, as well as the contents of any award made by the Tribunal.

I shall judge fairly as between the parties, according to the applicable law, and shall not accept any instruction or compensation with regard to the proceeding from any source except as provided in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States and in the Regulations and Rules made pursuant thereto.

Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party. I acknowledge that by signing this declaration, I assume a continuing obligation promptly to notify the Secretary-General of the Centre of any such relationship or circumstance that subsequently arises during this proceeding.

Signature: _____
Franklin Berman

Date: 13 January 2014

Statement attached	☐
No statement attached	☑

DECLARATION – Règlement d'arbitrage 6(2)

Víctor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende »
c.
République du Chili

(Affaire CIRDI No. ARB/98/2 – Nouvel examen)

A ma connaissance, il n'existe aucune raison susceptible de m'empêcher de faire partie du Tribunal arbitral constitué par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements à l'occasion d'un différend entre Víctor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » et la République du Chili (Affaire CIRDI ARB/98/2 – Nouvel examen).

Je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le Tribunal.

Je m'engage à juger les parties de façon équitable, conformément au droit applicable, et à ne pas accepter d'instructions ou de rémunération relativement à l'instance, quelle qu'en soit l'origine, à l'exception de celles prévues à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats et aux règlements adoptés en vertu de ladite Convention.

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

Signature: _____ Date: le 13.1.2014
Franklin Berman

Déclaration ci-jointe	☐
Aucune déclaration	☑

Doc. num. 62

ARNOLD & PORTER LLP

Paolo Di Rosa
Paolo.DiRosa@aporter.com

+1 202.942.5060
+1 202.942.5999 Fax

601 Massachusetts Ave., NW
Washington, DC 20001-3743

17 November 2016

VIA ELECTRONIC MAIL (PDF)

Mr. Benjamin Garel
Legal Counsel
International Centre for Settlement of Investment Disputes
MSN J2–200
1818 H Street, N.W.
Washington, DC 20433

Re: *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/98/2) — Rectification Proceeding

Dear Mr. Garel:

On 16 November 2016, the Tribunal invited the Republic of Chile ("**Chile**") "to indicate as soon as possible, and in any event not later than 30 November 2016, whether it accepts the rectifications put forward in the Request [for Rectification of the 13 September 2016 Award ('**2016 Award**') in the above-captioned case]."[1] The Tribunal stated that "[i]n the light of the Respondent's response the Tribunal will then proceed to determine the future procedure in accordance with Arbitration Rule 49(3)."[2] Unfortunately, Chile is not in a position to meet the Tribunal's proposed deadline.

In order to determine whether it accepts the rectifications that Claimants Víctor Pey Casado and the President Allende Foundation ("**Claimants**") proposed in their 27 October 2016 Request, Chile must be certain that it *understands* such rectifications and Claimants' reasons for proposing them. To date, however, the 45-page Request for Rectification has only been made available to Chile in French. As the Tribunal will recall from the 11 March 2014 First Session, the team that represents Chile in this matter is not fully Francophonic.[3] It was for this reason — and the fact that Claimants' delegation also has certain linguistic limitations — that the Parties agreed,[4] and the Tribunal ordered,[5] that any written pleading filed in English or French be

[1] Letter from ICSID to the Parties, 16 November 2016.

[2] Letter from ICSID to the Parties, 16 November 2016.

[3] First Session Audio, 29:58–30:34.

[4] *See* Procedural Order No. 1, 18 May 2014, Annex 3.

[5] *See* Procedural Order No. 1, 18 May 2014, § 12.2.

translated into Spanish within 15 days. In light of the foregoing, Chile requests that Claimants be ordered to submit a Spanish translation of the Request for Rectification before Chile provides its comments thereupon. Chile proposes that Claimants provide a Spanish translation of the Request for Rectification by 25 November 2016, and requests a period of at least three weeks thereafter — until 16 December 2016 — to consider and submit to the Tribunal its position on the proposed rectifications.

In addition to its position on the proposed rectifications, there may be other issues that Chile wishes to bring to the Tribunal's attention before it "proceed[s] to determine the future procedure in accordance with Arbitration Rule 49(3)."[6] These issues arise out of the following sets of events.

First, as the Tribunal undoubtedly is aware, the present proceeding is not the only one that Claimants initiated during the six weeks that followed the 2016 Award. On 7 October 2016, Claimants submitted a Request for Interpretation of the Award that had been rendered on 8 May 2008 by Messrs. Lalive, Chemloul, and Gaillard ("**2008 Award**"). By means of this Request, which Claimants promptly published on their website,[7] Claimants invited a *new* tribunal[8] to interpret the very same passages of the 2008 Award that the present Tribunal had interpreted and ruled upon in the 2016 Award,[9] and to "déclare: . . . que la République du Chili doit executer les

---

[6] Letter from ICSID to the Parties, 16 November 2016.

[7] *See* Request for Interpretation, 7 October 2016, *available at* http://www.elclarin.cl/images/pdf/2016-10-13Communication%20desparties%20Demanderesses.pdf. Claimants also submitted the Request for Interpretation as Annex 15 to their Request for Rectification.

[8] Although Article 50(2) of the ICSID Convention states that an "[interpretation] request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award," it also provides that "[i]f this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of [Chapter IV]." ICSID Convention, Art. 50(2). ICSID has confirmed that because one of the arbitrators who issued the 2008 Award is deceased, an entirely new tribunal must be constituted to hear Claimants' Request for Interpretation. *See* Notice of Registration, 21 October 2016 (Annex 16 to Claimants' Request for Rectification).

[9] *Compare, e.g.*, Request for Interpretation, ¶ 42 (asking the new tribunal to "determiner le contenu, le sens et la portée effectifs des points 1, 2 et 3 du Dispositif [de la Sentence du 8 Mai 2008] por ce qui concerne le dommage découlant de la violation de l'article 4 de l'API . . . .") *with* 2016 Award, ¶ 207 ("The Tribunal will . . . consider what meaning should properly be attributed to paragraphs 2 and 3 of the *dispositif* of the First Award, notably the First Tribunal's finding in paragraph 2 that the Respondent 'a violé son obligation de fair bénéficier les demanderesses d'un traitement just et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice' to remedy which 'les demanderesses ont droit à compensation' under paragraph 3. This is the question which lies at the heart of these resubmission proceedings") *and* ¶ 228 ("The present Tribunal draws the following conclusions . . . which represent its interpretation of the *res judicata* portions of the First Award for the purposes of carrying out its own mandate of deciding on the 'compensation' due under paragraph 3 of the dispositif of the First Award for the breach determined in paragraph 2 thereof . . . .").

points 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence de 2008[[10]] ***selon l'interprétation du Tribunal arbitral [nouveau]*** immédiatement et inconditionnellement, ***et que toute interprétation, décision ou action légale ultérieure qui présumerait le contraire***, ou mettrait en question l'interprétation du Tribunal initial relative aux points 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence de 2008 et à ses fondements, ***est exclue***."[11] Given Claimants' assertion that the interpretation decision "aura donc des effets rétroactifs à la date du 8 mai 2008,"[12] Claimants likely consider the 2016 Award to be among the "subsequent decisions and legal actions" that supposedly could be superseded by the interpretation decision. ICSID registered the Request for Interpretation on 21 October 2016.[13]

Second, although the ostensible purpose of Claimants' Request for Rectification[14] was to initiate the present proceeding, the bulk of the Request was devoted to the (unfounded) allegation that there was a "conflit d'interets apparent entre la République du Chili et les deux membres du Tribunal arbitral egalement membres des Essex Court Chambers,"[15] and Claimants made it clear — by asking for suspension of the proceeding[16] — that they did not wish for the Rectification Proceeding to get underway. On 4 November 2016, Chile sent a letter to ICSID acknowledging receipt of the Request for Rectification, and asking for an opportunity to consider and present its views on how best to navigate the complex procedural web that Claimants' requests had created. In response, on 8 November 2016, ICSID registered the Request for Rectification, reconstituted the Tribunal, and invited "the Parties . . . to submit to the Tribunal any request regarding the procedure, conduct and timetable of the rectification proceeding."[17] Claimants accepted this invitation by means of a letter dated 10 November 2016. True to "Looking Glass" form, Claimants not only urged the Tribunal to suspend the Rectification Proceeding that they had just initiated[18] — on the basis that the entire Proceeding may be moot[19] — but also asked the

---

[10] As the Tribunal will recall, these paragraphs of the 2008 Award's *dispositif* state as follows: "Le Tribunal arbitral, à l'unanimité, 1. décide qu'il est compétent pour connaître du litige entre les demanderesses et la République du Chili; 2. constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice; 3. constate que les demanderesses ont droit à compensation[.]" 2008 Award, § X.

[11] Request for Interpretation, ¶ 45(II)(c) (emphasis added).

[12] Letter from Claimants to the Tribunal, 10 November 2016, ¶ 6.

[13] *See Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Case Details, *available at* https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/98/2; *see also* Letter from Claimants to the Tribunal, 10 November 2016, ¶ 1.

[14] This Request also was published on Claimants' website: http://www.elclarin.cl/images/pdf/2016-10-27%20Demande%20en%20rectification%20d%27erreurs%20dans%20la%20Sentence%20et%20de%20full%20disclosure1.pdf.

[15] Rectification Request, § II; *see also id.*, pp. 12–38.

[16] *See* Request for Rectification, ¶ 116.

[17] Letter from ICSID to the Parties, 8 November 2016, p. 2.

[18] *See* Letter from Claimants to the Tribunal, 10 November 2016, ¶ 10.

Tribunal to suspend its decision on suspension, so that Claimants could evaluate whether the Tribunal is properly-suited to decide the issue of suspension[20] (and, presumably, propose bringing in new arbitrators to decide on suspension).

To Chile, the idea of suspending a decision on suspension in order to determine whether the Tribunal is competent to decide on suspension of a potentially-moot proceeding that Claimants pushed to initiate — and, if not, appointing new arbitrators to decide on suspension — does not seem like an efficient or sensible path forward. Accordingly, Chile would like an opportunity to consider and propose an alternative. Since Claimants have now made two submissions on the issue of procedure,[21] it is only just that Chile be given an opportunity to respond.

Respectfully submitted,

Paolo Di Rosa
Gaela K. Gehring Flores

Footnote continued from previous page

[19] *See* Request for Rectification, ¶ 107.

[20] *See* Letter from Claimants to the Tribunal, 10 November 2016, ¶¶ 10, 12.

[21] *See* Request for Rectification, pp. 39–45; Letter from Claimants to the Tribunal, 10 November 2016.

Doc. num. 63

International Centre for Settlement of Investment Disputes

Washington, D.C.

DECISION ON JURISDICTION

in the matter of an arbitration

between

Vannessa Ventures Ltd.

and

The Bolivarian Republic of Venezuela

(ICSID Case N° ARB(AF)/04/6)

Members of the Tribunal

Dr. Briner, President

Professor Brigitte Stern

Judge Charles Brower

Secretary of the Tribunal

Ms. Claudia Frutos-Peterson

ON BEHALF OF THE CLAIMANT
Mr. John Laskin
Mr. John Terry
Torys LLP
Suite 3000
Toronto, ON
Canada M5K 1N2

ON BEHALF OF THE RESPONDENT
Dra. Gladys Gutiérrez Alvarado
Procuradora General de la República
Avenida Lazo Martí
Edificio Procuraduría General de la República
Piso 8, Santa Mónica
Caracas, Venezuela
AND
Dr. Ronald E.M. Goodman
Mr. Paul S. Reichler
Foley & Hoag LLP
1875 K Street, N.W., Suite 800
Washington, D.C. 20006
U.S.A.

August 22, 2008

TABLE OF CONTENTS

1. BACKGROUND 3

2. PROCEDURAL HISTORY 6

3. JURISDICTION 11

3.1. Introduction 11

3.2. Acquisition Exception 15

3.2.1. Introduction 15

3.2.2. Position of the Respondent 16

3.2.3. Position of the Claimant 17

3.2.4. The Tribunal's Decision 17

3.3. The Venezuelan Law Issue 20

3.3.1. Introduction 20

3.3.2. Position of the Respondent 20

3.3.3. Position of the Claimant 21

3.3.4. The Tribunal's Decision 22

3.4. The Waiver Issue 23

3.4.1. Introduction 23

3.4.2. Position of the Respondent 25

3.4.3. Position of the Claimant 26

3.4.4. The Tribunal's Decision 27

3.5. Copper Concessions Claim 28

3.5.1. Introduction 28

3.5.2. Position of the Respondent 29

3.5.3 Position of the Claimant 30

3.5.4 The Tribunal's Decision 30

1. BACKGROUND

In order to understand the main events which led up to this dispute and to identify the various Parties directly or indirectly involved, the Arbitral Tribunal felt it useful to briefly describe the background and the occurrences which led to this Arbitration.

The Las Cristinas property is located in the south eastern corner of Venezuela in the State of Bolivar. It consists of a number of mining concessions held by Venezuela through the Ministry of Energy and Mines. It contains what is reported to be one of the largest gold reserves in the world.

Corporación Venezolana de Guayana ("CVG") is a Government agency created in 1960 to oversee the economic development of the Guayana Region in Bolivar State, where the Las Cristinas ("Las Cristinas") property is located.

Placer Dome, Inc. ("PDI") was a Canadian corporation with its head office in Vancouver. It was listed on various stock exchanges and described as one of the largest gold mining companies of the world. In 2006, it was acquired and absorbed into by Barrick Gold Corporation which has its headquarters in Toronto, Canada and is quoted on the Toronto and New York stock exchanges. After a selection process, PDI was selected for the development of the gold mines in the Las Cristinas concessions 4, 5, 6 and 7. For this purpose, CVG entered on 25 July 1991 into a Shareholders Agreement ("Shareholders Agreement 1991")[1] with PDI. According to this Agreement, two mining companies were formed, Minera Las Cristinas ("MINCA") and Relaves Mineros Las Cristinas ("REMINCA"). The purpose of MINCA was to initially explore and, if economic feasibility is established, produce gold in Las Cristinas 4, 5, 6 and 7. REMINCA was to evaluate and, if economic feasibility is established, process existing tailings on Las Cristinas 4 and 5. REMINCA is apparently not directly at issue in this Arbitration.

Seventy percent of the shares of the capital stock of MINCA were subscribed by Placer Dome de Venezuela, C.A. identified as the "PDI Investor", a domestic Venezuelan company ("PDV"). Apparently for tax purposes, the shares of PDV were not held directly by the

[1] CD-5.

Canadian parent company PDI, but through an intermediary company Placer Dome Ltd. (Barbados) ("PD Barbados"). CVG in turn held 30% of the shares of MINCA.

On 4 March 1992, CVG and MINCA entered into a Work Contract to explore and exploit Las Cristinas ("Work Contract")[2]. This contract designated MINCA as the sole and exclusive operator for the exploration, development and exploitation of Las Cristinas 4, 5, 6 and 7 for an initial period of twenty years with extensions of additional ten year periods so long as the project remained economically feasible.

Upon the discovery of the presence of copper on the Las Cristinas property, the Ministry of Energy and Mines issued copper concessions to CVG for Las Cristinas 4, 5, 6 and 7 on 30 December 1996[3]. These copper concessions were transferred to MINCA on 28 January 1999[4].

Between 1995 and 1998, Pre-Feasibility Studies, Feasibility Studies and Updates thereto were prepared[5].

The July 1996 Feasibility Study Update was approved: (i) by the MINCA Board of Directors at a meeting held on 1 August 1996[6]; and (ii) by the Ministry of Energy and Mines by letter dated 26 June 1997[7]:

In view of the increased financial needs for the construction phase, the shareholders of MINCA in August 1996 agreed to a re-organization of the corporate structure whereby PDV's shareholding would be increased from 70% to 95% and CVG's shareholding reduced from 30% to 5% with an option for CVG to increase its ownership to 30% in the future through cash and non-cash contributions[8]. This re-organization was formalized in the 1997 Amended Shareholders Agreement entered into on 31 July 1997 (Shareholders Agreement 1997)[9].

---

2 CD-20.
3 CD-39.
4 CD-40.
5 CD-29.
6 CD-32.
7 CD-33.
8 CD-43.
9 CD-30.

For various reasons and from 1999 onwards, mainly because of the important decline of the price of gold, exploitation was apparently never really commenced and at a Board of Directors Meeting of MINCA held on 15 July 1999 the Project was suspended[10].

After MINCA had made the decision to further suspend its activities, CVG, PDI, PDV and MINCA entered into an agreement on 8 August 2000[11] according to which the suspension of the performance of the Work Contract was extended for a further year from 15 July 2000.

During this time, attempts were made to review the strategic options for the property with the help of an investment advisor and to find a third-party investor to become involved in the project. PDI also made a formal proposal to CVG to sell its interest in MINCA in exchange for future royalty payments to it. No agreements were reached between the Parties regarding the future direction of the project.

In October 2000, General Rangel Gomez became President of CVG. He wrote a letter on 11 July 2001 to the Minister of Energy and Mines informing him that CVG intended to assume total control of MINCA[12].

On 13 July 2001, the "Original Transaction Agreement (PBV)" was entered into which provided among other things for Vannessa Ventures Ltd., a company organized under the laws of the Province of British Columbia, Canada ("Vannessa" or "the Claimant") and its wholly-owned subsidiary IHC Corp., a corporation organized under the laws of Barbados and PD Barbados to acquire the PDV shares and certain loans.

General Rangel Gomez, President of CVG, was informed in writing by William M. Hayes, Executive Vice President – United States and Latin America, about this transaction which was publicly announced the same day[13].

On 14 July 2001, General Rangel Gomez wrote a letter to PDV according to which CVG did not acknowledge or agree with this share sales agreement[14].

---

10 CD-57.
11 CD-60.
12 CD-90.
13 CD-95.
14 CD-97.

The transaction was closed on 25 July 2001 when the Original Transaction Agreement (PBV) was replaced by the Transaction Agreement (PBV)[15] between PD Barbados, Vannessa and Vannessa Holdings Corporation, a corporation organized under the laws of Barbados ("Vannessa Barbados"). PDV later changed its name to Vannessa Venezuela C.A.

On 6 August 2001, CVG proceeded to rescind the Work Contract upon 90 days notice of breach to MINCA[16].

On 6 November 2001, 90 days after CVG's notice of breach, CVG issued a formal notice of termination of the Work Contract and granted MINCA an additional seven days to vacate Las Cristinas[17].

On 16 November 2001, CVG forcefully took possession of the Las Cristinas mine site.

On 8 March 2002, the Ministry of Energy and Mines issued two Resolutions, Resolution 35[18] transferring to the Republic the Las Cristinas gold concessions and Resolution 36[19] declaring MINCA's concession to the Las Cristinas copper concessions expired.

On 29 April 2002, President Chavez issued a Presidential Decree reserving Las Cristinas gold concessions for direct exploitation by the Government of Venezuela[20]. This Decree was published on 7 May 2002.

On 10 September 2002, President Chavez issued a further Presidential Decree reserving the copper concessions for direct exploitation, which Decree was published on 12 March 2003[21].

2. PROCEDURAL HISTORY

2.1. Arbitration Agreement and Constitution of the Arbitral Tribunal

15 CD-4.
16 CD-109.
17 CD-148.
18 CD-166.
19 CD 167.
20 CD-172.
21 CD-173.

On July 9, 2004, the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID" or "the Centre") received an arbitration request from Vannessa Ventures S.A. ("the Claimant") against the Bolivarian Republic of Venezuela ("the Respondent" or "Venezuela") under the ICSID Additional Facility Mechanism provided by the 1996 Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments ("BIT").

By letters of August 23 and September 15, 2004, the Claimant supplemented its Request for Arbitration.

On October 28, 2004, the Secretary-General informed the Parties of his approval to access the Additional Facility Mechanism pursuant to Article 4(5) of the Additional Facility Rules. On the same day, the Secretary-General registered the request and invited the Parties to proceed with the constitution of an arbitral tribunal pursuant to Article 5(a) and (e) of the Additional Facility Arbitration Rules.

In the absence of an agreement between the Parties on the constitution of the Arbitral Tribunal, it was decided that pursuant to Article 6(1) of the Additional Facility Arbitration Rules, the Tribunal would be composed of three arbitrators, with one appointed by each party, and the third, who would be the President of the Tribunal, appointed by agreement of the Parties.

On January 27, 2005, the Claimant appointed the Honorable Charles N. Brower, a national of the United States of America, as arbitrator. On February 15, 2005, the Respondent appointed Mr. Jan Paulsson, a national of France, as arbitrator.

On May 20, 2005, the Parties informed the Centre that they had jointly appointed Mr. V.V. Veeder, a British national, as the third and presiding arbitrator.

On June 7, 2005, the Acting Secretary-General of ICSID notified the Parties and the above-mentioned arbitrators that the Tribunal had been constituted and the proceeding deemed to have begun on that day in accordance with Article 13(1) of the Additional Facility Arbitration Rules. On the same date, the Parties were informed that Mr. José Antonio Rivas, ICSID Counsel, had been appointed as Secretary of the Tribunal in this case. Later on, Mr. Rivas was replaced by Dr. Claudia Frutos-Peterson, ICSID Counsel.

2.2. Proceedings

On July 29, 2005, the Tribunal held its first session with the Parties in London. Present at the session were:

- The Members of the Tribunal,
- The Secretary of the Tribunal,
- On behalf of the Claimants: Messrs. John Terry and Ms. Julie Maclean of Torys LLP, and
- On behalf of the Respondent: Mr. Ronald Goodman of Winston & Strawn LLP.

During the session, the Tribunal decided on several procedural matters and, in agreement with the Parties, set a timetable for the Parties' respective submissions and production of documents. This timetable was later amended on several occasions per the Parties' requests.

On January 13, 2006, in accordance with the amended timetable, the Claimant submitted its Memorial.

On February 28, 2006, the Claimant submitted an amendment to its Request for Arbitration. After hearing the Respondent's objections to this request, the Tribunal decided, pursuant to Articles 35 and 47 of the Additional Facility Arbitration Rules, to grant the Claimant's request and to introduce the amendment as an ancillary claim.

2.3. Proceeding on Jurisdiction

On July 5, 2006, the Respondent raised objections to the Tribunal's jurisdiction and requested a suspension of the proceedings in accordance with Additional Facility Arbitration Rule 45(4). On July 10, 2006, the Claimant objected to the Respondent's challenge and request.

On July 14, 2006, the Centre informed the Parties that the Tribunal had suspended the proceeding in accordance with Article 45(4) of the Additional Facility Arbitration Rules and set out a schedule for the Parties' respective submissions on jurisdiction. The schedule was modified twice subsequently per the Parties' requests.

In accordance with the revised schedule, the Respondent on August 28, 2006, submitted its Memorial on Jurisdiction. On December 16, 2006, the Claimant submitted its Counter-Memorial on Jurisdiction. On February 16, 2007, the Respondent filed its Reply on Jurisdiction, and on February 16, 2007, the Claimant submitted its Rejoinder on Jurisdiction.

On April 25, 2007, the Tribunal was provided with a revised list of participants for the upcoming hearing on jurisdiction. Among the persons listed as representing the Claimant was Prof. Christopher Greenwood. On April 27, 2007, the Centre transmitted to the Parties further declarations by two Tribunal members with respect to Prof. Greenwood. On May 3, 2007, the Respondent submitted its observations on the further declarations. On May 4, 2007, the Tribunal invited the Claimant to provide any observations which it might have with respect to the Respondent's letter in this matter. The Claimant provided its observations the same day.

As agreed, on May 7, 2007, the hearing on jurisdiction took place in London. At the hearing, the following persons appeared as legal counsel and representatives for the Claimant: Messrs. John Laskin and John Terry and Mesdames Julie Maclean and Ruth Anne Flear of Torys LLP, as well as Prof. Greenwood of Essex Chambers. Ms. Marianna Almeida and Messrs. John Morgan and Ross Melrose, all of Vanessa Ventures Ltd., also appeared as representatives of the Claimant.

The following persons appeared on behalf of the Respondent as its legal counsel and representatives: Messrs. Ronald Goodman, Dmitri Evseev, Bonard Molina-Garcia and Kelby Ballena and Mesdames Cristina Sorgi and Margarita Sánchez, all of Winston & Strawn LLP; Mr. Paolo Di Rosa and Ms. Gaela Gehring Flores of Arnold & Porter LLP, and Messrs. Gustavo Álvarez and Tulio Cusman of the Procuraduría General of the Bolivarian Republic of Venezuela.

During the session, after hearing the Parties' positions regarding the participation of Prof. Greenwood in the case, the President of the Tribunal submitted his resignation. His resignation was accepted by his two co-arbitrators, Judge Brower and Mr. Paulsson, in accordance with the Additional Facility Arbitration Rules. Before the session ended, Mr. Paulsson also submitted, with the Parties' consent, his resignation for personal reasons. The

proceeding was consequently suspended until the vacancies on the Tribunal were filled according to Additional Facility Arbitration Rule 17(1).

2.4. Reconstitution of the Tribunal and Resumption of the Proceeding on Jurisdiction

On June 21, 2007, the Respondent appointed Prof. Brigitte Stern, a national of France, as an arbitrator to replace Mr. Paulsson. On October 18, 2007, the Respondent and the Claimant separately informed the Centre that the Parties had agreed to appoint Dr. Robert Briner, a national of Switzerland, as the third, presiding arbitrator to replace Mr. Veeder.

On October 29, 2007, after Dr. Briner had accepted his appointment, the Tribunal was deemed to have been reconstituted and the proceeding to have resumed.

On November 29, 2007, the Tribunal informed the Parties that the hearing on jurisdiction would be held in Paris on February 14 and 15, 2008. On December 28, 2007, the Tribunal confirmed these dates, and noted that February 16 could be added if necessary. On January 31, 2008, the Parties informed the Tribunal of their agreement on a proposed schedule for the hearing. On February 7, 2008, the Tribunal informed the Parties of its approval of the proposed schedule.

The hearing on jurisdiction was held in Paris on February 14 and 15, 2008. At the hearing, the following persons appeared as legal counsel and representatives for the Claimant: Messrs. John Laskin and John Terry and Ms. Ruth Anne Flear of Torys LLP, and Prof. Christopher Greenwood of Essex Chambers. The following persons also appeared as representatives of the Claimant: Ms. Marianna Almeida and Messrs. John Morgan and Ross Melrose, all of Vanessa Ventures Ltd.

The following persons appeared as legal counsel and representatives for the Respondent: Messrs. Ronald Goodman and Paul Reichler and Mesdames Janis Brennan, Geraldine Fischer and Angélica Villagrán-Agüero of Foley Hoag LLP, Ms. Gaela Gehring Flores and Messrs. Dmitri Evseev, Bonard Molina-Garcia and Kelby Ballena of Arnold & Porter LLP, and Mr. Gustavo Álvarez of the Procuraduría General of the Bolivarian Republic of Venezuela. Messrs. Carlos Mouriño Vaquero, Luis García Montoya and Gustavo Grau Fortoul also appeared as independent experts/advisers for the Respondent.

3. JURISDICTION

3.1. Introduction

The Respondent in the letter of its counsel to ICSID of 5 July 2005 raised four jurisdictional objections:

> ***Summary of Objections***
>
> ***1. This dispute arises directly out of the Republic's decision not to permit the acquisition of an existing business enterprise by Claimant, and therefore falls squarely within the exclusion from investor-state arbitration agreed by the Contracting Parties under the Agreement Between The Government of Canada and the Government of The Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments ("BIT"), Annex Article II(3)(b) (the "acquisition exception").***
>
> *The investor-state dispute resolution provisions pursuant to which this case has been registered with ICSID are contained in Article XII of the BIT. However, Annex Article II(3)(b) of the BIT states:*
>
> > *Decisions by either Contracting Party not to permit establishment of a new business enterprise or acquisition of an existing business enterprise or a share of such enterprise by investors or prospective investors shall not be subject to the provisions of Article XII of this Agreement.*
>
> *Clearly, a dispute that arises directly out of a Contracting Party's decision not to permit the acquisition of an existing business enterprise is outside the Tribunal's jurisdiction. As the Republic will demonstrate, the present dispute fits squarely within the jurisdiction exclusion of Annex Article II(3)(b), because it stems from the Republic's refusal to permit Claimant's takeover of MINCA, the business enterprise at issue in this proceeding.*
>
> ***2. Claimant has never acquired any rights to Las Cristinas or did so in a manner contrary to the Republic's laws.***
>
> *Vannessa's alleged rights to Las Cristinas stem from the 25 July 2001 Transaction Agreement with Placer B-V, an offshore subsidiary of Placer Dome. Under that agreement, Vannessa, contrary to the Amended Shareholder's Agreement, purported to assume all obligations of Placer Dome under the Amended Shareholders' Agreement and all other related documents. (See Cl. Ex. 4, § 2.02(b)). At the same time, Placer B-V disclaimed any warranties as to the nature, validity or assignability of any of the rights purportedly being transferred. (See id. At § 2.04(a)). In fact, Placer B-V's attempted assignment of any rights to*

Las Cristinas to Vannessa was invalid. As a result, Claimant has never possessed any legitimate rights to Las Cristinas under the Amended Shareholders Agreement or related documents, and has no standing to bring such claims before this Tribunal.

Furthermore, even if Vannessa did acquire rights to MINCA, such rights were acquired in a manner that prevents them from being classified as an "investment" under the BIT. Article I(f) of the BIT requires that an "investment" in the territory of a Contracting Party be "in accordance with the latter's laws." It therefore flows that an acquisition that takes place in circumvention of explicit statutory and contractual prohibitions cannot serve as the basis of any claims under the BIT because it does not meet the BIT's definition of an "investment", to which the substantive protections of the BIT attach.

Here, the 25 July 2001 Transaction Agreement and surrounding events point to a scheme devised by Placer Dome and Vannessa in an unlawful attempt to force CVG and the Republic to accept a new and unknown own entity in place of Placer Dome, just as the final extension of the MINCA work contract was set to expire. It can hardly be doubted that the Contracting Parties intended to exclude from the scope of their consent to arbitrate disputes concerning alleged rights acquired under such circumstances.

3. Vannessa has not waived its right to initiate or continue proceedings in relation to the subject matter of this dispute in the courts of Venezuela, and has therefore failed to comply with an essential jurisdictional requirement of Article XII (3)(b) of the BIT.

Article XII (3)(b) of the BIT states that an investor may refer a dispute to arbitration under the BIT only where

> *The investor has waived its right to initiate or continue any other proceedings in relation to the measure that is alleged to be in breach of this Agreement before the courts or tribunals of the Contracting Party concerned or in a dispute settlement procedure of any kind.*
>
> *Article XII (12) (a) of the BIT confirms that the waiver constitutes a jurisdictional requirement*
>
> *Where an investor brings a claim under this Article regarding loss or damage suffered by an enterprise the investor directly or indirectly owns or controls, the following provisions shall apply:*
>
> *…(ii) both the investor and the enterprise must give the waiver referred to in subparagraph (3)(b) ….*

On 8 July 2004, Vannessa filed its Request for Arbitration in the present case. On that date, Vannessa also submitted statements on behalf of itself, Vannessa Venezuela and MINCA, purporting to waive the right to initiate or continue any proceedings within the meaning of Article XII(3)(b). At the time,

however, MINCA and Vannessa had no fewer than ten cases pending before the Political-Administrative Chamber of the Venezuelan Supreme Court based on the same facts as its ICSID claims ("related proceedings"), and had taken no affirmative steps to withdraw many of them.

In one such case, the Political-Administrative Chamber of the Venezuelan Supreme Court rendered a final judgment against MINCA a week after Vannessa filed its Request for Arbitration. Then, on 15 September 2004, MINCA filed a new claim, seeking extraordinary review and nullification of that decision by the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court.

Over the next two months, in the context of Venezuela's opposition to the registration of Vannessa's Request for Arbitration (partly on the basis of Article XII(3)(b)), Vannessa and MINCA filed motions to discontinue the related proceedings (except the case mentioned in the preceding paragraph). These motions, however, specifically reserved the right to initiate future proceedings based on the same claims.

Venezuelan law recognizes two forms of voluntary withdrawal of a claim, one of which is with prejudice to future suits and the other without prejudice. Depending on the stage of the proceeding, withdrawal without prejudice may require consent of the opposing party and/or of the court. Withdrawal with prejudice does not. As of today, none of the related proceedings has been withdrawn with prejudice by Vannessa.

The BIT, however, is unequivocal in its requirement that an investor must renounce its right not only to continue ongoing litigations, but also to initiate new ones, before its Request for Arbitration can be validly submitted. In other words, the BIT requires a legally binding waiver of claims, which must be with prejudice to the filing of future claims. Venezuela first drew attention to Vannessa's non-compliance with Article XII(3)(b) shortly after the filing of the Request for Arbitration. Nevertheless, Vannessa has failed to take sufficient steps to follow through on the waivers submitted to the Tribunal. To the contrary, Vannessa's and MINCA's conduct in the courts of Venezuela subsequent to the filing of the Request for Arbitration demonstrates that it is unwilling to act in accordance with the waivers submitted to the Tribunal. Because the waivers are an essential jurisdictional requirement under Article XII of the BIT, Claimant's case must be dismissed forthwith.

4. In its Request for Arbitration, Claimant failed to assert a claim under the BIT with respect to the cancellation of MINCA's copper concessions.

In accordance with Article XII(3)(d) of the BIT,

> *An investor may submit a dispute as referred to in paragraph (1) to arbitration in accordance with paragraph (4) only if:*
>
> …

> *(d) not more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage.*
>
> *MINCA's copper concessions were officially cancelled by the MEM on 8 March 2002, by means of a public resolution, and with notice of the same to MINCA. Thus, MINCA and Vannessa became aware of the alleged breach no later than 8 March 2002. To the extent that Vannessa brings forth claims for "loss and damages suffered by Vannessa and its investments ... Vannessa Venezuela ... and ... MINCA" (Cl. Memorial ¶ 1) on the basis of the cancellation of the copper concessions, it is barred under Article XII(3)(d) from asserting a claim based on such cancellation as of 8 March 2005. Nonetheless, Vannessa first articulated a claim based on the cancellation of the copper concessions in its Memorial dated 13 January 2006 – ten months after the deadline imposed by Article XII(3)(d) of the BIT.*
>
> *As the Republic first noted in its correspondence of 7 October 2005, Vannessa's Request for Arbitration (dated 8 July 2004), failed to articulate a claim of treaty breach based on the cancellation of the copper concessions. Neither Vannessa's list of alleged breaches of the BIT (paragraphs 91-100), nor its list of remedies requested (paragraphs 101-02) mentions the cancellation of MINCA's copper concessions as the basis for a claim under the BIT. Vannessa's subsequent attempts to expand the scope of this arbitration to include claims regarding the cancellation of the copper concessions are out of time; in accordance with the BIT, such claims cannot be considered by this Tribunal.*
>
> * * *
>
> *For the foregoing reasons, the Republic submits that the present dispute is not within the competence of the Tribunal and requests that this arbitration be dismissed accordingly.*

The Respondent therefore raised four objections, namely

- the Acquisition Exception, i.e., that the Republic had decided not to permit the acquisition of the MINCA shares by the Claimant;
- the Venezuelan Law Issue, i.e., that the Claimant never acquired any rights to Las Cristinas or did so in a manner contrary to the Republic's laws;
- the Waiver Issue, i.e., that the Claimant had not in a definite fashion waived its right to initiate or continue proceedings in the courts of Venezuela in relation to the subject matter of this dispute; and

- the Copper Concessions Claim, i.e., that the Claimant had not in a timely fashion commenced arbitration with respect to the Copper Concessions.

These objections were further developed in the two Submissions of the Respondent of 28 August 2006 and 16 February 2007 and answered by the Claimant in its Submissions of 15 December 2006 and 16 April 2007.

Although the Arbitral Tribunal considers that it is presently not in a position to decide the second issue which it therefore joins to the merits, it is in a position to decide the three other defenses raised by the Respondent regarding the competence of this Tribunal. It will therefore in the following paragraphs explain it decision regarding the arguments of the Parties to the extent that this is needed.

3.2. Acquisition Exception

3.2.1. Introduction

The Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments (BIT) provides in Article XII:

Settlement of Disputes between an Investor
And the Host Contracting Party

> *1. Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, relating to a claim by the investor that a measure taken or not taken by the former Contracting Party is in breach of this Agreement, and that the investor or an enterprise owned or controlled directly or indirectly by the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach, shall, to the extent possible, be settled amicably between them.*

However, the Annex to the BIT provides in II(3)(b):

> (b) *Decisions by either Contracting Party not to permit establishment of a new business enterprise or acquisition of an existing business enterprise or a share of such enterprise by investors or prospective investors shall not be subject to the provisions of Article XII of this Agreement.*

The meaning of the word "Decisions" is disputed.

3.2.2. Position of the Respondent

The Respondent points to a long line of letters and actions taken by CVG objecting to the transfer of the PDV shares commencing immediately after it was informed on 13 July 2001 of the transaction between PDI and the Claimant.

- *14 July 2001* — *The CVG states to Placer Dome that the CVG "does not acknowledge or agree with the share sales agreement with the aforementioned company, or any other company.*
- *16 July 2001* — *The CVG-appointed directors of MINCA refuse to attend a meeting of the MINCA board of directors called at the request of Claimant.*
- *20 July 2001* — *The CVG asks Placer Dome to reconsider its negotiations "behind the back" of the Republic.*
- *6 August 2001* — *The CVG, faced with Placer Dome's repudiation and impossibility of accepting Claimant's acquisition, decides to rescind the Work Contract and gives notice of rescission.*
- *17 August 2001* — *Vannessa seizes control of MINCA; the CVG representatives reject "illegitimate transfer by Placer Dome of shares in Placer Dome Venezuela" to Claimant and refuse to attend further meetings.*
- *29 August 2001* — *The CVG-appointed directors advise MINCA that they will not attend the board meeting on 30 August pursuant to their objection to the transaction.*
- *26 October 2001* — *The CVG director attends Special Shareholders' Meeting of MINCA and declares that the CVG does not recognize Vannessa acquisition.*
- *6 November 2001* — *The CVG gives final notice of termination of the Work Contract.*

- *16 November 2001* — *The CVG takes possession of Las Cristinas.*
- *20 November 2001* — *The CVG writes the MEM to inform it of the CVG's actions and to reiterate that cancellation of the Work Contract was motivated by Placer Dome's illegitimate attempt to have Claimant acquire its rights and obligations.*
- *8 March 2002* — *The MEM cancels copper concessions associated with the project.* [22]

3.2.3. Position of the Claimant

According to the Claimant, the Respondent took no actions which could be qualified as "Decisions" not to permit the Claimant's acquisition of the shares of PDV. When terminating the Work Contract with letter of 6 August 2001[23], Mr. Angel Gomez in his capacity as President of CVG qualified the conduct of PDI stating that the transfer of the MINCA shares constituted violations of the Work Contract, of the Shareholders Agreement of 1997 and of the Extension Agreement of 8 August 2000. However, this letter and the final termination of the Work Contract on 6 November 2001[24] were measures terminating the investment of the Claimant but not "Decisions" by Venezuela *"not to permit … acquisition of an existing business enterprise or a share of such enterprise by the Canadian investor Vannessa".*

3.2.4. The Tribunal's Decision

The term "Decision" is not defined in the BIT, it therefore needs to be interpreted by the Tribunal.

The Parties have not drawn the attention of the Tribunal to any *travaux préparatoires* which might cast some light on the meaning of the term "Decisions". Mr. Greenwood of behalf of the Claimant stated that *"there are no travaux préparatoires of which we are aware. We have asked Venezuela if there are any travaux préparatoires but we have not been given any"*[25].

---

22 Memorial on Jurisdiction of 28 August 2006, pages 42 and 43.
23 CD-109.
24 CD-148.
25 Hearing Transcript, Day 1, page 208, 19-22; see also: Mr. Terry, Transcript, Day 2, page 128, 14-25 & 129, 1-6.

The Arbitral Tribunal is also not aware that the interpretation of the word "Decisions" ever gave rise to any dispute between the Contracting Parties involving the procedure provided for in Article XIV of the BIT.

The BIT is a treaty between two States and is therefore governed by international public law. With respect to the interpretation of treaties, Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 provides:

> *1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*
>
> *2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:*
>
> *(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;*
>
> *(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.*
>
> *3. There shall be taken into account, together with the context:*
>
> *(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;*
>
> *(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;*
>
> *(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.*
>
> *4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.*

The Arbitral Tribunal is not aware of any elements listed from paragraphs 2 through 4 which could be taken into consideration. It bases its analysis therefore only on paragraph 1 taking into account the text, including the preamble and annexes.

The Parties have adduced definitions contained in a number of legal and general dictionaries. The Arbitral Tribunal notes that the Respondent has quoted the definition in

Black's Law Dictionary, but from the abridged 6th Edition of 1991[26]. The definition in the 8th Edition of 2004, however, reads as follows:

> ***Decision**, n. 1. A judicial or agency determination after consideration of the facts and the law; esp., a ruling, order, or judgment pronounced by a court when considering or disposing of a case.*

It is obvious from the file that CVG from the beginning did not recognize the transfer of the shares. It is also not contested that CVG took a number of measures demonstrating its opposition to the transfer of the shares, finally culminating in the termination of the Work Contract.

The Tribunal comes to the conclusion that the ordinary meaning of the term "Decision" necessitates, as indicated in Black's Law Dictionary (8th Edition), a determination in the form of a ruling or an order. Leaving aside the question whether or not CVG would at all have been empowered to render any such ruling or order, it is obvious from the file that it never ruled on the permissibility or lack thereof of the share transfer. What it complained of and acted accordingly was that it considered the behavior of PDI and the Claimant to constitute a breach of the agreements binding PDI to the Las Cristinas Project. It, however, never stated that it did not authorize the transfer of the shares which, after all, were transferred and have remained with the Claimant.

The Respondent did not draw the attention of the Arbitral Tribunal to any other measures of an official Venezuelan body which could be characterized to constitute a "Decision".

The context of the term "Decision" in the Treaty and an interpretation in the light of its object and purpose in no way affect this interpretation based on the ordinary meaning to be given to the term "Decision".

The Arbitral Tribunal therefore holds that Annex II(3)(b) of the BIT does not apply and that this defense of the Respondent is denied.

---

[26] Respondent's Reply on Jurisdiction, page 14, footnote 49.

3.3. The Venezuelan Law Issue

3.3.1. Introduction

This issue deals with two intermingled questions. Firstly, whether the Claimant through the Transaction Agreement (PBV) was legally able to acquire the rights which PDI (indirectly) held in the Las Cristinas project and, secondly, assuming that it was able to acquire these rights, if this acquisition was in conformity with the BIT.

According to Article I(f) of the BIT,

> *"investment" means any kind of asset owned or controlled by an investor of one Contracting Party either directly or indirectly, including through an investor of a third State, in the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter's laws.*

3.3.2. Position of the Respondent

The position of the Respondent may be summarized as follows:

- The successive Shareholders Agreements (1991 and 1997) should be considered as creating a joint venture between PDI and CVG;
- Due to the nature of the agreement between the Parties, there are intuitu personae obligations;
- PDV is not a real party to the two Shareholders Agreements, but has to be considered as an investor of PDI;
- The 1991 Shareholders Agreement provides that (Article V. D.);

> *[…] the parties cannot assign their rights or delegate their obligations hereunder without the other party's prior consent […].*

- PDI sold its affiliated company PDV to the Claimant in breach of the above quoted provisions;

- Article 9 of the MINCA Bylaws states that:

  "Stockholders shall have a preferential right to acquire the shares which other Stockholders wish to sell [...].

  Any transfer made in violation of this Article shall be void and without any effect upon the company. Notwithstanding the foregoing, transfers of shares to related companies wholly-owned by Shareholders, directly or indirectly, or by the Shareholders' parent company are hereby authorized.[...]

- By selling PDV to the Claimant, PDI also breached Article 9 of the MINCA Bylaws;

- The breach of the Shareholders Agreements and of the MINCA Bylaws rendered the assignment of the shares to Vannessa null and void and the Claimant therefore never acquired property of the MINCA shares;

- Furthermore, as a result of said breaches, the Claimant made no investment within the meaning of the BIT as the investment was not made in accordance with ... the laws of Venezuela insofar as a violation of a contract is ipso facto a violation of Venezuelan law pursuant to Article 1159 of the Venezuelan Civil Code, which provides that "Contracts shall have the force of Law between the Parties";

- In addition, the Claimant did not make the investment in good faith. For this reason also, no investment in accordance with the law of Venezuela, embodying the principle of good faith occurred;

- The Respondent furthermore considers that the investment, if an investment was ever made, was achieved in bad faith, which would also constitute a violation of international public law and would therefore deny jurisdiction for the Arbitral Tribunal to decide any alleged claims of the Claimant arising from the alleged breach of the BIT.

3.3.3. Position of the Claimant

- The Claimant respected all the formalities imposed by Venezuelan law with regard to the transfer of the shares of PDV;

- PDI did not breach the Shareholders Agreements as neither Article 10.01 of the 1997 version nor Article V.D. of the 1991 version restricted PDI's ability to sell its shares in its subsidiaries to a third party;

- PDI did not breach Article 9 of the MINCA Bylaws. This Article only provided a right of first refusal relating to the sale of MINCA shares, but contained no requirement with respect to the sale of PDV shares;

- Even if a breach of the above-mentioned provisions would have occurred, said breach cannot be considered to constitute a violation of Venezuelan law;

- No intuitu personae obligations on PDI existed, which could have prevented the transfer of shares to the Claimant;

- A transfer of shares could only be deemed to be null and void ab initio under Venezuelan law if it violated an express rule of law, which was not the case. Moreover, a contract must be considered as valid until a court declares its nullity.

3.3.4. The Tribunal's Decision

The Arbitral Tribunal notes that the main defense of the Respondent, namely that the transfer of the PDV shares constituted a breach of the Shareholders Agreements and of the MINCA By-Laws and therefore rendered this transfer null and void with the result that the Claimant never acquired property in the MINCA shares is likely to constitute a defense on the merits of the case. At the same time, the Respondent alleges as a jurisdictional objection that this transfer was unlawful under Venezuelan law within the meaning of the BIT according to which the investment must be *"in accordance with the laws of Venezuela"*.

The Arbitral Tribunal has received a great number of expert opinions on questions of Venezuelan law, but it has not had the benefit of the examination of such experts by the Parties, nor have the members of the Arbitral Tribunal been able to put questions to the experts.

Based on the record presently before it, the Arbitral Tribunal therefore does not consider itself to be in a position to determine in a final way at the present time whether or not the

MINCA shares are owned or controlled by the Claimant in accordance with Venezuelan law as is required for this Arbitral Tribunal to have jurisdiction (Article 1(f) BIT).
The Arbitral Tribunal has considered whether it would therefore be more rational from a procedural viewpoint to re-open the procedure on jurisdiction and ask for further filings and an oral hearing with examination of experts. The Tribunal, however, is conscious of the fact that the possible breach by the original investor PDI of agreements with CVG is an element that might be relevant for the jurisdictional issue, but might also have consequences on the merits. On balance, the Arbitral Tribunal therefore considers that justice is better served if this objection to the competence of the Tribunal is joined to the merits and that new time-limits be fixed for the further procedures (ICSID Additional Facility Arbitration Rule 45(5)).

3.4. The Waiver Issue

3.4.1. Introduction

Article XII(3)(b) of the BIT states that an investor may submit a dispute to arbitration under the BIT *only if*

> *the investor has waived its right to initiate or continue any other proceedings in relation to the measure that is alleged to be in breach of this Agreement before the courts or tribunals of the Contracting Party concerned or in a dispute settlement procedure of any kind.*

Article XII(12)(a) of the BIT further confirms that the waiver must be made not only by the investor, but also by any enterprise in which the investor has invested:

> *Where an investor brings a claim under this Article regarding loss or damage suffered by an enterprise the investor directly or indirectly owns or controls, the following provisions shall apply:*
>
> *... (ii) both the investor and the enterprise must give the waiver referred to in subparagraph (3)(b) ...*

In a letter to the ICSID Secretary-General dated 8 July 2004, filed with the Request for Arbitration, John Morgan, President of Vannessa, stated:

I, John Morgan, on behalf of Vannessa Ventures Ltd., consent to arbitration in accordance with the procedures set out in the Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments (the "Bilateral Investment Treaty"), and waive the right of Vannessa Ventures Ltd. to initiate or continue any other proceedings in relation to the measures of the Government of Venezuela that are alleged to be in breach of the Bilateral Investment Treaty before the courts or tribunals of Venezuela or in a dispute procedure of any kind.

Vannessa also filed with the Request for Arbitration:

(a) a Resolution of the Vannessa Board of Directors dated 18 June 2004, that stated, among other things:

Vannessa waives its right to initiate or continue any other proceedings in relation to the measures that are alleged to be in breach of the Bilateral Investment Treaty before the courts or tribunals of Venezuela or in a dispute settlement procedure of any kind;

(b) a letter to the ICSID Secretary-General dated 8 July 2004 from Marianna Almeida, legal representative of Vannessa Venezuela, declaring, together with the consent to arbitration, that Vannessa Venezuela,

… renuncio al derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento en relación con las medidas del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela que se pretende que constituyen incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversiones ante las cortes o tribunales de Venezuela o en cualquier otro tipo de procedimiento de arreglo de controversias.

(c) a letter to the ICSID Secretary General dated 8 July 2004 from Marianna Almeida, legal representative of MINCA, declaring, together with the consent to arbitration, that MINCA,

… renuncio al derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento en relación con las medidas del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela que se pretende que constituyen incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversiones ante las cortes o tribunales de Venezuela o en cualquier otro tipo de procedimiento de arreglo de controversias.

According to the Claimant,

> *The filing by Vannessa of these waivers with the Request for Arbitration fulfilled the requirements of Articles XII(3)(b) (the requirement that the investor (Vannessa) file the waiver) and Article XII(12)(a)(ii) (the requirement that the investments (Vannessa Venezuela and MINCA) file the waiver).*

3.4.2. Position of the Respondent

According to the Respondent, the purpose of the waiver requirement is to ensure that the Claimant as well as the companies affiliated to the Claimant should not later on, possibly after the close of the investment dispute, be in a position to commence actions against the State arising from claims which were the object of the BIT procedure. The Respondent states that the Claimant had a choice in its form of withdrawal from Venezuelan court proceedings, namely either withdrawal with prejudice or withdrawal without prejudice. According to the Venezuelan Civil Procedure Code, the act by which a party withdraws from a case is termed *"desistimiento"*, which can be effected in one of two ways: (a) withdrawal with prejudice to future suits (*"desistimiento de la demanda"*) or (b) withdrawal without prejudice to future suits (*"desistimiento del procedimiento"*):

> *There are critical differences between these two methods of withdrawal. Withdrawal with prejudice ("disistimiento de la demanda") forecloses a given claimant from filing suit again on the same claim or claims. In other words, the claimant does not retain the right to re-initiate its claim in the same forum. As Venezuelan administrative law expert Dr. Gustavo Grau explains,*
>
> > *... the object of the withdrawal of Article 263 (withdrawal with prejudice) is the claim itself ... the term "claim" in this context must be understood as the equivalent of a* ***cause of action*** *or the* ***right that is claimed against the other party.*** *In accordance with the provisions of Article 263 of the CCP, the effect on the proceedings of a withdrawal with prejudice is like* ***res judicata****, like that of a ruling handed down by judicial authority, i.e., once approved by the judge, it terminates the suit definitively, without any possibility of a new suit being field by means of an identical claim, with the same parties and the same purpose.*
>
> *On the other hand, if a claimant withdraws without prejudice effecting a "desistimiento del procedimiento", that claimant may re-file the same suit on the same claim and retains the right to re-initiate his cause of action in domestic courts. As expert Dr. Grau notes, this type of withdrawal without prejudice refers to "the possibility that the claimant may limit the scope of its withdrawal to*

> *simply not continuing with the* ***proceedings*** *["withdrawal without prejudice"] initiated by its filing of the claim." Additionally, Dr. Grau explains that "the object of the withdrawal stated by the claimant is limited to a* ***termination of the procedural stage****, that is, the claimant has the option of not continuing with the process, without prejudice to the same party re-filing said claim subsequently, after a period of ninety (90) days following approval of the withdrawal.*
>
> *As indicated above, the difference between the two forms of withdrawal is significant because depending on which of the two forms the claimant chooses, the outcome will be substantially different. Dr. Grau notes,*
>
> > *... this distinction, far from being a merely dogmatic or trivial, represents an element of summary importance, in order to be able to determine the consequences of each type of withdrawal, and specifically to determine whether a claimant may bring the same claim against the same counterparty and within the same scope, even after having filed a withdrawal.* [27]

The Respondent furthermore states that the Claimant and its affiliated companies in the various cases pending before Venezuelan courts did not immediately withdraw pending actions with the competent court, as on 15 September 2004, one month after the Claimant filed its Request for Arbitration, MINCA filed a new claim before the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court seeking extraordinary review and nullification of a decision of that Court.

According to the Respondent, the purpose of the waiver provisions in the BIT is clear in that a Party cannot circumvent the BIT by alleging that it had waived its right to initiate or continue its right to bring a claim while at the same time preserving its right to re-initiate it at a later date.

3.4.3. Position of the Claimant

According to the Claimant, the *desistimiento* was drafted by Hernández-Breton, the head of the Administrative Law Litigation Department of the Caracas Office of Baker & McKenzie. The Claimant furthermore submitted reports from two Venezuelan experts, Dr. Ramón Escovar and Professor Luis Ortiz Alvarez who opine that the *desistimiento* filed was appropriate and that the Constitutional Chamber's decision definitively prevents Vannessa from re-opening any of its court actions.

---

[27] Memorial on Jurisdiction of 28 August 2006, pages 70 and 71.

According to the Claimant, the form of the *desistimiento* chosen was in order to not be deemed to have waived the rights to the Additional Facility Procedure before ICSID or possible enforcement actions of an award. The action before the Supreme Constitutional Court did not relate to any claim advanced in these ICSID proceedings but only concerned a previous decision on costs which MINCA considered to be wrong.

3.4.4. The Tribunal's Decision

This Arbitral Tribunal is confronted with the question as to what might occur in the future if the Claimant or one of its affiliated companies seizes a Venezuelan court. The statements of the experts presented by the Parties come to opposing conclusions.

The Arbitral Tribunal has read with attention the Decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of 28 October 2005 where this court of highest instance had held as follows:

> *In this regard, the Chamber must note that Article XII (3)(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Venezuela and the Government of Canada for the Promotion and Protection of Investments, signed in Caracas on July 1, 1996, and incorporated to our legal system through the corresponding approbatory law (Special O.G. No. 5,207 of 01.20.98) "an investor may submit a controversy [...] to arbitration according to paragraph (4) if: [...] (b) the investor has waived its right to bring or continue any proceeding regarding the measure that it purports to be a default on this agreement before the courts by the contracting party or in any type of proceeding for the settlement of disputes."*
>
> *Having seen the contents of that rule, this Chamber deems that it cannot be sustained that the revision requested is in no way related to the controversy arisen with regard to the exploration, development and exploitation of alluvial and vein gold in the area named Las Cristinas, between the parent company of the plaintiff and the Republic and Corporación Venezolana de Guayana, because the sentencing to pay court costs that is now being impugned had its origin, precisely, on a request for formalization of arbitration regarding the same dispute, but made to our national jurisdiction by way of the Political-Administrative Chamber of this Supreme Court.*
>
> *From this perspective, the Chamber cannot make a thorough examination regarding this review, not assessing the fairness of the monetary sentence against the petitioner, because by having requested the [International Centre for Settlement of Investment Disputes] to settle the conflict arisen, it undoubtedly waived filing or continuing any proceeding related – either indirectly or directly –*

> *to the so-often referred to controversy. For this reason, this Chamber must declare that it dismisses the review requested. So it is decided."* [28]

It would therefore seem to this Tribunal that it need not try to analyze the opinions of the experts called upon by the Parties regarding the question of what the difference between the various waivers under Venezuelan procedural law is and whether or not the Claimant and its affiliated companies chose the proper version. The Supreme Court has clearly stated that the waiver prevents Venezuelan courts from deciding claims regarding the Las Cristinas Project. In its Decision, the Supreme Court not only refers to the proceedings pending before it regarding the petition to review a cost decision of a previous judgment, but the Constitutional Chamber went on to state

> *... because by having requested the [International Centre for Settlement of Investment Disputes] to settle the conflict arisen, it undoubtedly waived filing or continuing any proceeding related – either indirectly or directly – to the so-often referred to controversy.*

In view of the fact that the question of the scope of the waiver, if this issue should in the future arise, is a matter to be decided under Venezuelan law by the Venezuelan Courts, this Tribunal considers that the Supreme Court of Venezuela is best qualified to interpret Venezuelan law. The Tribunal therefore holds that the waiver fulfils the requirements of the BIT and that this defense of the Respondent is denied.

3.5. Copper Concessions Claim

3.5.1. Introduction

Article XII, paragraph 2 of the BIT provides:

> *If a dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date on which it was initiated, it may be submitted by the investor to arbitration in accordance with paragraph (4). For the purposes of this paragraph, a dispute is considered to be initiated when the investor of one Contracting Party has delivered notice in writing to the other Contracting Party alleging that a measure taken or not taken by the latter Contracting Party is in breach of this Agreement,*

[28] Decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, 28 October 2005, V V 321A/7.

and that the investor or an enterprise owned or controlled directly or indirectly by the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

Article XII, paragraph 3 of the BIT provides:

An investor may submit a dispute as referred to in paragraph (1) to arbitration in accordance with paragraph (4) only if:

a. ...

b. ...

c. ...

d. not more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage.

The question which arises is whether the Claimant when delivering its notice in writing regarding the alleged breach of the BIT with respect to the Copper Concessions held by MINCA did so within the three-year period provided for in Article XII(3)(d) of the BIT.

3.5.2. Position of the Respondent

The Respondent holds that the Copper Concessions Claim was not pleaded prior to the expiry of the statute of limitations contained in the BIT and is therefore time barred. The Respondent considers that when the Claimant submitted the dispute to investor-state arbitration on 8 July 2004, the date on which it presented its Request for Arbitration to ICSID, this Request did not include the Copper Concessions Claim. The date on which the Claimant first became aware of the potential BIT breach was, at the latest, 8 March 2002, but the Claimant first presented its Copper Claim in January 2006 as part of its Memorial, therefore more than three years after 8 March 2002. According to the Respondent, the Claimant's Request for Arbitration contained no allegations of a breach of the BIT or a request for relief in relation to the cancellation of MINCA's Copper Concessions and the references in the Request for Arbitration to the Copper Concessions either fail to constitute any such claim or are so vague that they shed no light on the Claimant's alleged Copper Claim.

3.5.3 Position of the Claimant

According to the Claimant, its claim arising from the cancellation of the Copper Concessions is not time-barred:

> *The mining of, and contracts and concessions in respect of, gold and copper at Las Cristinas have always been intertwined.*
>
> …
>
> *Vannessa makes two claims in this arbitration that involve the copper concessions. The first claim is about Resolution 36 of the Ministry of Energy and Mines dated March 8, 2002, which revoked MINCA's concession to the Las Cristinas copper concessions. The second claim is about Presidential Chavez's Decree 1962, published March 12, 2003, that reserved the copper concessions for direct exploitation by the Government of Venezuela. These are the only two claims that Venezuela asserts are time-barred.*
>
> *Vannessa's first claim about Resolution 36 was clearly pleaded at paragraphs 74, 88(v), 95 and 102 of the Request for Arbitration. Vannessa sets out these paragraphs at paragraph 212 of its Counter-Memorial on Jurisdiction. Venezuela has never set out any proper basis for concluding that Vannessa's pleading of this claim in its Request for Arbitration is deficient. The Request for Arbitration setting out this claim was filed on July 9, 2004, less than three years after Resolution 36 was issued on March 8, 2002. This claim is therefore not time-barred.*
>
> *While Vannessa did not make a specific reference to Decree 1962 in its pleadings until it filed its memorial on Merits on January 13, 2006, it amended its Request for Arbitration to include this claim, with the Tribunal's consent, effective February 28, 2006. This claim was pleaded in both the Memorial and the Request for Arbitration less than three years after Presidential Decree 1962 was published on March 12, 2003. This claim too is therefore not time-barred.* [29]

3.5.4 The Tribunal's Decision

On 8 March 2002, the Ministry of Energy and Mines issued Resolution 36[30] declaring MINCA's concession to the Las Cristinas Copper Concessions expired.

---

29 Claimant's Rejoinder on Jurisdiction of 16 April 2007, pages 81 and 82.

30 CD-167.

For the Arbitral Tribunal, only this date is relevant regarding the commencement of the statute of limitation period. The Presidential Decree of President Chavez of 10 September 2002 published on 12 March 2003 reserving the Copper Concessions for direct exploitation by the Government of Venezuela is of no relevance in this context as already the previous Resolution of 8 March 2002 of the Ministry of Energy and Resources had deprived MINCA of any right to exploit the Copper Concessions which CVG had transferred to it on 28 January 1999.

The relevant document regarding the interruption of the statute of limitation is therefore the Request for Arbitration filed on 8 July 2004.

According to Article XII, paragraph 2 of the BIT in order to initiate the dispute the Investor must deliver a

> *notice in writing to the other Contracting Party alleging that a measure taken or not taken by the latter Contracting Party is in breach of this Agreement, and that the investor or an enterprise owned or controlled directly or indirectly by the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.*

The Arbitral Tribunal considers that the purpose of such a statute of limitation provision is to require diligent prosecution of known claims and insuring that claims will be resolved when evidence is reasonably available and fresh, therefore to protect the potential debtor from late actions.

The Tribunal keeps in mind that this dispute between the Parties mainly concerns the gold mining rights which had been granted to MINCA with the Work Contract in 1992, whereas the copper rights were only granted in 1999 and that little, if any, mining activity regarding copper exploitation is recorded. As long as the Respondent was given notice with the filing of the Request for Arbitration that its claims under the BIT not only concerned the gold mining rights but that the alleged treatment by the Respondent regarding the MINCA Copper Concessions also constituted a subject matter of this dispute, the purpose of the prescription provision is fulfilled.

In this context, the Arbitral Tribunal notes that in paragraph 13 of the Request for Arbitration, the Las Cristinas Project is described as *"a gold and copper mining project".* In paragraph 74,

the Claimant states (i) *"in cancelling the copper concessions, the Ministry did not follow the administrative procedures with which it was required to comply under Venezuelan law"*.

In paragraph 88, the Claimant recited the written notice of breaches of the BIT which on 5 June 2002 was given to the Minister of Foreign Affairs of the Government of Venezuela in accordance with Article XII(2) of the BIT. In this list, it mentioned under (v) *"the expropriation of MINCA's mining rights in Las Cristinas through resolutions of the Ministry of Energy and Mines in March 2002 reassuming the rights to Las Cristinas and canceling the Las Cristinas copper concessions held by MINCA."* (Emphasis added).

In the Chapter of the Request for Arbitration dealing with the breaches of the BIT, in paragraph 91, the Claimant in a general way refers to the alleged expropriation of the Claimant's investments in the Las Cristinas project and the lack of fair and equitable treatment and full protection and security with respect to MINCA and in paragraph 95, reference is made to *"the actions taken by the Ministry of Energy and Mines"*.

From an objective viewpoint, the Request for Arbitration must be understood to have included the alleged violations of MINCA's rights (and therefore of the Claimant) relating to the Copper Concessions and the Respondent was therefore, upon receipt of the Request, aware of the fact that the dispute also concerned the termination of the Copper Concessions.

The Arbitral Tribunal therefore holds that the Copper Concessions Claim is not time-barred and that this defense of the Respondent is denied.

NOW THEREFORE,

THE ARBITRAL TRIBUNAL DECIDES AS FOLLOWS :

a) The defense raised by the Respondent that the Arbitral Tribunal lacks jurisdiction because the Claimant has never acquired any right to the Las Cristinas or did so in a manner not in accordance with the laws of Venezuela, as required by Article 1(f) of the applicable bilateral investment treaty, is joined to the merits.

b) The other three objections to jurisdiction of the Arbitral Tribunal are denied.

c) The allocation of the costs of this phase of the proceeding is reserved for later.

d) The Arbitral Tribunal, after consultation with the Parties, will issue an Order for the further procedure.

The Arbitral Tribunal

[Signed]	[Signed]	[Signed]
Professor Brigitte Stern	Dr. Robert Briner	Judge Charles N. Brower
Arbitrator	President	Arbitrator

Doc. num. 64

Juan E. Garcés, Abogado
ZORRILLA, 11 - 1° - DCHA.
TELÉF. 91 360 05 36 - FAX: 91 5311989
E-mail: 100407.1303@compuserve.com
28014 MADRID

Le 20 septembre 2016

Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI
(aux bons soins de M. le Secrétaire du Tribunal arbitral)

Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende v. République du Chili (Affaire No. ARB-98-2). Nouvelle soumission du différend

Madame la Secrétaire Générale,

Dans les toutes prochaines semaines Messieurs les arbitres du Tribunal arbitral pourraient avoir à exercer, à l'initiative des parties, les pouvoirs de décision que leur confère l'article 50 de la Convention CIRDI dans la procédure d'interpréter et/ou réviser la Sentence arbitrale communiquée le 13 septembre 2016.

Dans l'intérêt du Centre, du système d'arbitrage international et conformément à une application effective de l'article 14 de la Convention CIRDI (offrir toute garantie d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice des fonctions arbitrales), les Demanderesses sont amenées à solliciter respectueusement que les très distingués arbitres dans la présente procédure, Sir Frank Berman, QC et M. V.V. Veeder, QC, membres des Essex Court Chambers, révèlent pleinement sans tarder (*full disclosure*)

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

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

3. si l'un et l'autre des deux arbitres a mené, et à quelle date, une enquête raisonnable – en vertu de leur devoir de *due diligence*- afin d'identifier des conflits d'intérêts, des faits ou des circonstances raisonnablement susceptibles de soulever des doutes légitimes quant à leur impartialité dans la présente

procédure arbitrale où la République du Chili a été condamnée pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, par la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Piere Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard), condamnation confirmée par la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 (L.Y. Fortier QC, P. Bernardni, A. El-Kosheri),

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

5. si des membres ou des associés des Essex Court Chambers représentent le Chili d'une manière régulière,

6. si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,

7. si une *law firm-Chamber* ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci,

8. si une *law firm-Chamber* associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci.

Le CIRDI a déjà eu à décider par le passé de questions relatives à des membres des Essex Court Chambers. A l'une de ces occasions, les arbitres expérimentés MM. Charles N. Brower, Jan Paulsson et David A.R. Williams QC ont tenu compte des spécificités des *barristers* anglais pratiquant l'arbitrage et de l'évolution observée à leur égard:

> *While the peculiar nature of the constitution of barristers' chambers is well recognised and generally accepted in England by the legal profession and by the courts, it is acknowledged by the Working Group that, to many who are not familiar with the workings of the English Bar, particularly in light of the content of the promotional material which many chambers now disseminate, there is an understandable perception that barristers' chambers should be treated in the same way as law firms*
>
> *The ICSID Convention in Article 14 demands that arbitrators "be relied upon to exercise independent judgment." ICSID Arbitration Rule 6 requires them to "judge fairly". The objection in this case is not predicated on any actual lack of independence or impartiality, but on apprehensions of the appearance of impropriety. In the interest of the legitimacy of these proceedings, the arbitrators consider that the Claimant is entitled to make this objection and that it is well founded.*
>
> *The consequences of this conclusion are not straightforward. For an*

> *international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies. (...)*
>
> *The Tribunal is concerned - indeed, compelled - to preserve the integrity of the proceedings and, ultimately, its Award. Undoubtedly, one of the "*fundamental rules of procedure*" referred to in Article 52(l)(d) of the ICSID Convention is that the proceedings should not be tainted by any justifiable doubt as to the impartiality or independence of any Tribunal member.*[1]

La finalité de la *full disclosure* demandée est d'informer les parties Demanderesses (et le Centre) dans le plus bref délai d'une situation qu'elles peuvent souhaiter analyser plus en profondeur afin de déterminer si, objectivement (donc du point de vue d'un tiers raisonnable ayant une pleine connaissance des faits de l'espèce), il existe un doute légitime quant à l'impartialité et à l'indépendance des arbitres. Comme l'affirme la Note explicative à la Règle Générale n° 1 desdites *Règles de la IBA* :

> *A fundamental principle underlying these Guidelines is that each arbitrator must be impartial and independent of the parties at the time he or she accepts an appointment to act as arbitrator, and must remain so during the entire course of the arbitration proceeding, including the time period for the correction or interpretation of a final award under the relevant rules, assuming such time period is known or readily ascertainable.*[2]

Je vous prie, Madame la Secrétaire Générale, de croire à mes sentiments dévoués

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey-Grebe
et de la Fondation espagnole Président Allende

---

[1] *Hrvatska c. Slovenia*, ICSID Case N° ARB/05/24 (Ch. Brower, J. Paulsson, D. A.R. Williams QC), Tribunal's Ruling, 6 Mai 2008, pp. 19, 22, 23, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf

[2] *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 23 Octobre 2014, accessibles dans http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid...eb14

Doc. num. 65

Juan E. Garcés, Abogado
ZORRILLA, 11 - 1° - DCHA.
TELÉF. 91 360 05 36 - FAX: 91 5311989
E-mail: 100407.1303@compuserve.com
28014 MADRID

Madrid, le 13 octobre 2016

M. Benjamin Garel
Secrétaire du Tribunal arbitral
CIRDI. Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende v. République du Chili (Affaire No. ARB-98-2). Nouvelle soumission du différend

Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral,

Postérieurement à la date de la communication de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 les Demanderesses ont eu connaissance, de sources dignes de foi, que la République du Chili aurait entretenu des relations suivies avec des membres des *Essex Courts Chambers* pendant le développement de la présente phase du différend entre l'Etat du Chili et les Demanderesses, initiée le 16 juin 2013, et, en particulier, après que deux de ses membres - Sir Frank Berman, QC, et M. V.V. Veeder, QC- aient été nommés arbitres du présent Tribunal arbitral.

Les Demanderesses ont également eu connaissance que la République du Chili n'a pas révélé au CIRDI avoir eu une relation quelconque, directe ou indirecte, avec les ECC.

Or dans les tout prochains jours les parties au présent arbitrage pourraient prendre l'initiative que leur accorde la Règle d'arbitrage n° 49 de demander à ce même Tribunal arbitral des décisions supplémentaires et/ou corrections de la Sentence arbitrale communiquée le 13 septembre 2016. Les parties peuvent également demander la révision de la sentence dans le délai de 90 jours établi dans la Règle n° 50(3)(a).

En conséquence, les Demanderesses sollicitent que la République du Chili révèle pleinement (*full disclosure*) sa relation avec les Essex Court Chambers, au plus tard le 17 octobre 2016 compte tenu du fait que le délai de la Règle d'arbitrage n° 49 se termine huit jours ouvrables après, en particulier

1. si l'Etat du Chili, ou un organisme dépendant de celui-ci, est un client actuel ou antérieur de membres des Essex Court Chambers, et à quelles dates,

2. si la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, est un client régulier ou occasionnel de membres des Essex Court Chambers, et à quelles dates,

3. le nombre de millions de dollars que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, aurait versé à des membres et des personnes en rapport avec les Essex Court Chambers jusqu'au 13 septembre 2016, et les dates des paiements correspondants – notamment à partir des dates où les deux arbitres ont été nommés dans le présent Tribunal arbitral,

4. les montants financiers engagés par la République du Chili, ou par un organisme dépendant de celle-ci, pour une période à venir avec des membres de ces Chambers, et les dates des accords correspondants,

5. si les services que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, reçoivent de membres appartenant aux Essex Court Chambers portent sur des conseils stratégiques ou des transactions spécifiques,

6. si les travaux de membres des Essex Court Chambers pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, sont effectués dans les lieux où les deux arbitres dans la présente procédure sont installés ou ailleurs, et depuis quelles dates,

7. si les membres des Essex Court Chambers au service de la République du Chili ont mis en place un *ethical screen* ou une *Chinese Wall* comme bouclier desdits deux arbitres à l'égard des autres travaux, et à quelles dates,

8. quels sont les membres, les assistants ou autres personnes desdites Chambers qui reçoivent des instructions, des financements ou qui seraient impliqués, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, avec la République du Chili ou un organisme dépendant de celle-ci,

9. si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,

10. si une *law firm-Chamber* ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci, et depuis quelles dates,

11. si une *law firm-Chamber* associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers, mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci et à quelles dates.

Les fondements de cette demande sont les suivants :

1) L'article 14(1) de la Convention CIRDI ("*offrir* [s'agissant des arbitres] *toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions).*

2) L'existence du délai impératif établi dans la Règle d'arbitrage n° 49, à savoir le 28 octobre prochain.

3) Ce que dispose à l'égard d'éventuels conflits d'intérêt la Règle d'arbitrage n° 6 *in fine* :

> *« Je reconnais* [l'arbitre] *qu'en signant cette déclaration,* ***je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance*** *»* (soulignement ajouté),

4) Les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, du 23 Octobre 2014[1], en particulier

[1] Accessibles dans http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid...eb14

- Le Principe Général:

  Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so until the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated,

  dont le commentaire explicatif de l'IBA expose:

  the arbitrator's obligation in this regard ends when the Arbitral Tribunal has rendered the final award, and any correction or interpretation as may be permitted under the relevant rules has been issued, or the time for seeking the same has elapsed, the proceedings have been finally terminated (for example, because of a settlement), or the arbitrator otherwise no longer has jurisdiction;

- la Règle générale 2(c):

  Doubts are justifiable if a reasonable third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision;

- la Règle générale 6(a):

  "The arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm (...).

  dont le commentaire explicatif de l'IBA est

  General Standard 6(a) uses the term 'involve' rather than 'acting for' because the relevant connections with a party may include activities other than representation on a legal matter;

- la Règle générale 7(a) :

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

  dont le commentaire explicatif de l'IBA est comme suit:

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

- la Règle générale 7(c) :

  In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide any relevant information available to it,

  dont le commentaire de l'IBA est:

  In order to satisfy their duty of disclosure, the parties are required to investigate any relevant information that is reasonably available to them. In addition, ***any party to an arbitration is required, at the outset and on an ongoing basis during the entirety of the proceedings, to make a reasonable effort to ascertain and to disclose available information that, applying the general standard, might affect the arbitrator's impartiality or independence*** (soulignement ajouté),

- la Règle Générale 3:

  a) If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns of them.
  (b) An advance declaration or waiver in relation to possible conflicts of interest arising from facts and circumstances that may arise in the future does not discharge the arbitrator's ongoing duty of disclosure under General Standard 3(a).
  (c) It follows from General Standards 1 and 2(a) that an arbitrator who has made a disclosure considers himself or herself to be impartial and independent of the parties, despite the disclosed facts, and, therefore, capable of performing his or her duties as arbitrator.
  Otherwise, he or she would have declined the nomination or appointment at the outset, or resigned.
  (d) Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.
  (e) When considering whether facts or circumstances exist that should be disclosed, the arbitrator shall not take into account whether the arbitration is at the beginning or at a later stage.

Il est bien connu qu'en l'absence du consentement de toutes les parties, les spécificités propres au système des *barristers* anglais pratiquant l'arbitrage ne s'appliquent pas dans le système CIRDI.

Comme l'a affirmé le Tribunal de l'affaire *Hrvatska c. Slovenia*, (D.A.R. Williams QC, Ch. Brower, J. Paulsson) dans un cas relatif précisément à un conflit d'intérêts concernant des membres de l'*Essex Courts Chamber*:

> *For an international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies. (...).*[2]

[2] *Hrvatska c. Slovenia*, ICSID Case N° ARB/05/24, Tribunal's Ruling, 6 Mai 2008, p. 23, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf

En effet, dans l'affaire *Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela*, le Président du Tribunal arbitral M. V.V. Veeder, de l'Essex Court Chambers, a démissionné volontairement après avoir appris qu'un autre membre de sa Chamber avait des rapports avec l'une des parties[3]:

> *"On May 20, 2005, the Parties informed the Centre that they had jointly appointed Mr. V.V. Veeder, a British national, as the third and presiding arbitrator (…) on May 7, 2007, the hearing on jurisdiction took place in London (…)the following persons appeared as legal counsel and representatives for the Claimant: (…) Prof. Greenwood of Essex Chambers. (…) The following persons appeared on behalf of the Respondent as its legal counsel and representatives: Messrs. (…) Kelby Ballena (…) Mr. Paolo Di Rosa and Ms. Gaela Gehring Flores of Arnold & Porter LLP (…)[4]. During the session, after hearing the Parties' positions regarding the participation of Prof. Greenwood in the case, the President of the Tribunal submitted his resignation. His resignation was accepted by his two co-arbitrators, Judge Brower and Mr. Paulsson (…)."*

Comme l'affirme également le prof. William W. Park:

> *Shared profits are not the only type of professional relationships that can create potential conflicts. Senior barristers often have significant influence on the progress of junior colleagues' careers. Moreover, London chambers increasingly brand themselves as specialists in particular fields, with senior 'clerks' taking on marketing roles for the chambers, sometimes travelling to stimulate collective business. Moreover, a barrister's success means an enhanced reputation, which in turn reflects on the chambers as a whole. (note 203: Sceptics also note that salaried legal associates in the United States and other countries assume the conflicts of their firm affiliation even without sharing in profits.)*
>
> *In response to doubts about the ethics of their practice, some barristers suggest that outsiders just do not understand the system, characterising the critiques as naïve. Like a Paris waiter impugning a tourist's ability to speak French in order to distract him from insisting on the correct change, the critique aims to camouflage what is at stake. Often, however, outsiders do understand the mechanics of chambers. They simply evaluate the dangers differently.*[5]

L'information dont les Demanderesses sollicitent de confirmer est d'une importance toute spéciale dans les circonstances spécifiques de la présente procédure arbitrale. En particulier il est attesté dans le présent dossier arbitral[6] que

- **Le 2 février 1999**, lors de l'acte de constitution du Tribunal, le représentant du Chili a reconnu qu'**antérieurement au 20 avril 1998** (date de l'enregistrement de la Requête), le Ministre de l'Economie du Chili s'était déplacé au CIRDI afin d'insister personnellement pour que la **Requête** introduite le 7 novembre 1997 ne soit pas enregistrée.[7]

---

[3] ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction, 22 August 2008, pages 7-9, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0888.pdf

[4] MM. Kelby Ballena, Paolo Di Rosa, Mme. Gaela Gehring Flores et Arnold & Porter LLP sont des représentent de la République du Chili dans le présent arbitrage.

[5] William W. Park, **Rectitude in International Arbitration,** in William W. Park (ed), *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*, (© LCIA; Kluwer Law International 2011, page

[6] Pièce CM-00, du 27 juin 2014

[7] Pièce C-M01, Mémoire du 17 mars 1998, 4.13.1.1.1

- **Le 5 mai 1998,** la représentation de la République du Chili a exigé du Secrétaire Général du CIRDI l'annulation de l'enregistrement de la Requête, en déclarant qu'il demanderait la nullité de la Sentence à venir si celle-ci ne lui était pas favorable.[8]

- **Le 29 juillet 1998,** la représentation de la République du Chili a désigné, en qualité d'arbitre, « *el distinguido jurista mexicano Don Jorge Witker Velásquez*», en passant sous silence qu'il était chilien *iure soli* et *iure sanguinis*.[9]

- **Le 19 août 1998,** la représentation de la République du Chili s'est opposée avec succès à la nomination par le Centre du Prof. Albert Jan van den Berg, en qualité de Président du Tribunal arbitral, au motif qu'il est ressortissant d'un pays européen.[10]

- **Le 18 novembre 1998,** la représentation du Chili a nommé comme arbitre M. Galo Leoro-Franco, Grand-Croix de l'Ordre Bernardo O'Higgins, la plus haute décoration de la République du Chili.[11]

- **Le 30 novembre 1998,** le Ministre chilien de l'Economie a adressé une lettre à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI où il attaque le Centre pour avoir enregistré la **Requête d'arbitrage.**[12]

- **Le 2 février 1999,** la représentation de la République du Chili a remis en main propre au Tribunal arbitral une copie de la lettre du Ministre chilien de l'Economie, datée du 30 novembre 1998 et adressée à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI, où après avoir attaqué le Centre pour avoir enregistré la **Requête** l'auteur affirmait : "*nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal*", et menaçait de "***demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)***" au cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulerait pas l'enregistrement de la Requête.[13]

- **Avril 2001,** la représentation de la République du Chili s'oppose avec succès à la désignation par le Centre de Madame Gabrielle Kauffmann-Kohler comme Présidente du Tribunal arbitral.

- **Le 2 avril 2001,** le représentant du Chili demande au Tribunal arbitral de lui communiquer le détail d'une réunion à huis-clos du Tribunal, les opinions qui y ont été émises, le compte-rendu, l'enregistrement, les notes prises pendant la réunion ou, alternativement, que chacun des arbitres communique au Chili «*une version précise et détaillée de ce qui a été discuté et décidé pendant cette réunion ou ces réunions, tout ceci certifié par Monsieur le Secrétaire du Tribunal…* ».

- **Le 21 août 2002**[14], la Chambre des Députés du Chili tient une séance spéciale sur la présente procédure arbitrale. Les partis gouvernementaux approuvent une motion demandant que la République du Chili ne respecte pas une éventuelle décision du Tribunal arbitral favorable aux investisseurs espagnols.

- **Le 24 août 2005**, la représentation de la République du Chili demande la récusation de l'entier Tribunal arbitral, après que, le 27 juin 2005, celui-ci ait fait connaitre aux Parties, par l'intermédiaire du Centre, qu'il avait rédigé un projet de Sentence, et le 12

---

[8] *Ibid*, p. 4.13.1.2
[9] *Ibid*, p.4.13.1.7
[10] *Ibid*, p.4.13.1.8
[11] Voir la lettre de l'agent du Chili adressée au Centre le 18 novembre 1998
[12] Pièce C-M01, Mémoire du 17 mars 1998, p. 4.13.1.10
[13] Communication du Centre du 10 février; Pièce C-M01f, **Mémoire** du 17 mars 1998, p. 4.13.1.10
[14] Pièce C208

août 2005 que les membres du Tribunal arbitral devaient se réunir début septembre afin de la finaliser.

- **Le 26 août 2005**, M. Leoro Franco, arbitre désigné par la République du Chili donne sa démission au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné.

- **Le 8 septembre 2005**, le Centre informait les membres du Tribunal et les parties Demanderesses qu'une réunion *ex parte* s'était tenue le 2 septembre 2005 à Washington D.C. entre, d'une part, le Secrétaire Général du Centre et, d'autre part, le Ministre de l'Economie du Chili –en sa qualité d'envoyé personnel du Président du Chili-, l'Ambassadeur du Chili aux EE.UU., ainsi que d'autres membres d'une délégation chilienne, dont M. Jorge Carey, représentant personnel du Président du Chili dans la présente phase de la procédure arbitrale.

  Ces infractions à la Convention et aux Règles de l'arbitrage sont mentionnées dans la partie de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard, pp. 729, 34-37) qui a condamné le Chili pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, condamnation que la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 (L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri), p. 353, a déclarée *res iudicata.*

- **Le 17 mai 2006**[15]**,** la représentation de la République du Chili s'oppose avec succès à la nomination par le Centre de Mme. Brigitte Stern, en qualité d'arbitre du Tribunal arbitral en remplacement de M. Leoro Franco.

- **Le 6 janvier 2014,** la représentation de l'Etat du Chili a récusé l'arbitre nommé par les Demanderesses, le Prof. Philippe Sands, qui le 10 janvier 2014 a décidé de s'écarter du Tribunal *« to allow these proceedings to continue without the distraction posed by my involvement (…) the interest of the parties and the ICSID system ».*[16]

- **Le 7 mai 2014,** la représentation de l'Etat du Chili a récusé également le Secrétaire du Tribunal nommé par le Centre, qui a été remplacé par un autre Secrétaire.

Je vous prie, Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral, de croire à mes sentiments dévoués

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey-Grebe
et de la Fondation espagnole Président Allende

[15] Voir la lettre du 30 mai 2006
[16] Voir la lettre de démission du Prof. Philippe Sands du 10 janvier 2014

Doc. num. 66

Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration

For the Working Group, Otto L O de Witt Wijnen, Nathalie Voser and Neomi Rao*

1 Introduction

In response to the problems of conflicts of interest that increasingly challenge international arbitration, the International Bar Association (IBA) published the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (the 'Guidelines') in July 2004.[1] This article details the drafting history of the Guidelines and is intended to assist with the understanding and interpretation of the Guidelines.

1.1 Background, goals and main conclusions of the Working Group on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration

The IBA Working Group on Conflicts of Interest in International Arbitration began its deliberations in early 2002. The Working Group was formed from the IBA's Arbitration and ADR Committee (Committee D of the IBA Section on Business Law), which decided to address formally the problems of conflicts

* Otto L O de Witt Wijnen (Rotterdam), former partner of NautaDutilh NV, practicing as arbitrator; Nathalie Voser (Zurich), partner of Schellenberg Wittmer; Neomi Reo (London), attorney at Clifford Chance.

1 The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration can be found at www.ibanet.org/pdf/InternationalArbitrationGuidelines.pdf.

of interest.[2] From the outset, the Working Group aimed to consider the usefulness of the existing standards by which the impartiality and independence of arbitrators were assessed, and also to formulate new standards for situations that had not previously been addressed. The Working Group tried to set forth standards that could be accepted by different legal cultures.[3]

The Working Group first established General Standards setting forth the best international practice with regard to impartiality and independence. These are the core of the Guidelines. In addition, the Working Group proposed concrete examples of how to apply the General Standards, because such practical guidance was considered essential if the Guidelines were to be useful to practitioners.

In developing the practical application of the General Standards, members of the Working Group drew up a list of recurring situations based on the case law of different jurisdictions, as well as their own experiences. The Working Group then divided the practical situations into three lists: Red, Orange and Green.[4]

The Red List is an enumeration of specific situations giving rise to justifiable doubts as to an arbitrator's impartiality and independence. This list is divided into non-waivable and waivable situations. The Orange List is an enumeration of specific situations that in the eyes of the parties may give rise to justifiable doubts as to an arbitrator's impartiality or independence. The Green List is an enumeration of specific situations in which there is no appearance of a lack of impartiality and independence and so no conflict of interest exists.

The Working Group determined that the lists could fulfil their practical purpose in the daily work of an arbitrator only if they were linked to the disclosure requirement. In situations falling within the Red List that are not waivable, disclosure is not necessary because the arbitrator must decline his or her appointment. For situations on the waivable Red List and on the Orange List, however, disclosure must be made so that the parties can evaluate any potential conflict of interest. The difference between these lists is that the waivable Red List requires the parties to make an explicit waiver, whereas situations on the Orange List require parties to raise an objection within 30 days after disclosure. Whether or not these situations are conflicts depends on the circumstances of the case. Finally, for situations on the Green List, no

2 Members of the Working Group included those who, on a separate initiative taken by Arthur Marriott QC, had formed a small committee to formulate a general policy or standard for addressing conflicts of interest based on experience and practice.

3 See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Introduction.

4 The lists were initially labelled Black, Grey and White. See section 4, 'Practical application of the General Standards – the Lists', below.

disclosure is necessary, because the relationship does not raise any doubts as to the arbitrator's independence or impartiality.

The lists are an important aspect of the Guidelines because they put into practice the theory of the General Standards and provide examples of how the General Standards should be applied.

In drawing up these lists, the Working Group considered that:

- The lists represent a simplification of often complex situations – they are drafted to balance the need for specificity with general applicability.
- Some situations were controversial and members of the Working Group sometimes perceived similar situations differently. The final result is the best considered judgment of the Group.[5]
- The lists cannot be exhaustive and they were not meant to be.
- In all circumstances, the General Standards should prevail.
- Some open norms (eg a 'significant financial interest') are unavoidable.
- It is intended that the lists be monitored as they are used, which will result in periodic revisions to account for practical experience. The Working Group has made a proposal for the ongoing monitoring and updating of the lists to the Arbitration and ADR Committee of the IBA.

In drafting the Guidelines, the Working Group has attempted to balance the various interests of parties, their counsel, arbitrators and arbitration institutions, all of whom have a responsibility for ensuring the integrity, reputation and efficiency of international arbitration and arbitration procedures in general.

The Working Group acknowledges that national courts may have the last word on a challenge to an arbitrator, and also that the Guidelines cannot replace or supplant mandatory rules of applicable national law. Nevertheless, on the basis of its research in a number of important jurisdictions, the Working Group has concluded that there are no specific mandatory rules with regard to conflicts in most if not all of these jurisdictions. Even where such rules exist, or have been developed in case law, the Guidelines are not, in general, inconsistent with such rules, in the opinion of the Working Group.

While the Guidelines are not legal provisions, the Working Group hopes that they will find acceptance within the international arbitration community (as did the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration) and that they will help practitioners, arbitrators, institutions and the courts make decisions with regard to objections and challenges concerning these very important questions of impartiality, independence and disclosure.

---

5 Members of the Working Group sometimes had different perspectives regarding the issues raised by the Guidelines. The final Guidelines, however, have the full support of the Working Group as reflecting best international practice.

Throughout the process of drafting the Guidelines, the Working Group sought comments from arbitration institutions, practitioners and corporate general counsels. Valuable comments were received from ICC Germany/DIS, ASA, the LCIA, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, ACICA, CEPINA and CPR. The Chairman of the Working Group held meetings with ICC representatives who provided helpful comments regarding the development of the Guidelines. These comments led to numerous changes to the Guidelines and to a reconsideration of many principal areas.

1.2 Members of the Working Group

The Working Group consists of the following 19 members:

(1) Henri Alvarez, Canada;
(2) John Beechey, England;
(3) Jim Carter, United States;
(4) Emmanuel Gaillard, France;
(5) Emilio Gonzales de Castilla, Mexico;
(6) Bernard Hanotiau, Belgium;
(7) Michael Hwang, Singapore;
(8) Albert Jan van den Berg, Belgium;
(9) Doug Jones, Australia;
(10) Gabrielle Kaufmann-Kohler, Switzerland;
(11) Arthur Marriott, England;
(12) Tore Wiwen-Nilsson, Sweden;
(13) Hilmar Raeschke-Kessler, Germany;
(14) David W Rivkin, United States;
(15) Klaus Sachs, Germany;
(16) Nathalie Voser, Switzerland (Rapporteur);
(17) David Williams, New Zealand;
(18) Des Williams, South Africa;
(19) Otto de Witt Wijnen, the Netherlands (Chair).

The Working Group was assisted by Neomi Rao and Steven Friel.

1.3 Drafting history of the Guidelines

1.3.1 Reports submitted by the members of the Working Group

Several meetings of the Working Group took place in the spring and summer of 2002. Members discussed the law and practice with regard to conflicts of interest in their respective jurisdictions. It was agreed that each member of the Working Group should present a National Report. The members of the Working Group submitted 13 National Reports from the following

jurisdictions: Australia, Belgium, Canada, England, France, Germany, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Singapore, Sweden, Switzerland and the United States.

The National Reports covered, *inter alia*, the following issues:

- *General policy*
  - How does the respective jurisdiction define the standard of bias? Is Article 12 of the UNCITRAL Model Law applicable?
  - If an 'appearance' test or something similar is applied, is there any rule which sets out whether this should be applied objectively (reasonable third party) or subjectively (specific party at stake)?
  - Is the standard the same for judges and arbitrators; chairpersons and co-arbitrators?
- *Disclosure*
  - Is there a standard of disclosure and, if so, what is it?
  - Is there a rule that in case of doubt an arbitrator should disclose?
  - Is there a continuing duty to disclose?
- *IBA Rules of Ethics*
  Members of the Working Group were asked to compare the existing IBA Rules of Ethics with the standards and practice in their own jurisdictions.[6]
- *Policy of bias/list of situations*
  Members were invited to provide their own definition of the policy of bias and disclosure. In view of their own practice and experience, members were requested to prepare a list of situations which the Working Group should be trying to deal with in the practical applications of the Guidelines (eventually the Red, Orange and Green Lists).
- *Article 6 of the European Convention on Human Rights*
  European members were asked to include a discussion of Article 6 of the Convention in their national reports.[7]
- *Waiver of conflicts*
  The Working Group discussed whether there were situations in which, after disclosure, the parties could not waive possible conflicts of interest. It was agreed that this issue should be addressed in an Additional Report to be submitted to the Working Group by the members.

1.3.2 Presentation of the First Draft Report

The First Draft Report, dated 7 and 15 October 2002, was presented at the IBA Conference in Durban, South Africa, in October 2002. In a meeting of

6 See section 5.1, 'Comparison with requirements in the different jurisdictions' below.

7 See section 2.4, 'Applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights', below.

the Arbitration and ADR Committee, members of the Working Group laid out the background to the project and the work culminating in the First Draft Report. The presentation was followed by a detailed discussion, which included such topics as: the role of significant financial interests in the Red and Green lists; the significance of a party to the arbitration being a client of the arbitrator's law firm; the considerations that apply when an arbitrator is a director of a party; the considerations that apply when an arbitrator has a personal relationship with a party or counsel for a party; the purpose of disclosure; and disclosure in cases of doubt.

There was excellent attendance at the Durban session and nearly everyone expressed their support for the Guidelines. Only one of the participants stated that attempts to formulate Guidelines were not useful.

1.3.3 Second Draft Report

The Working Group met in the spring and summer of 2003 to consider all of the various comments submitted by the institutions and other interested parties. At this time, separate taskforces were formed to address specific problems. These discussions eventually resulted in the completion of the Second Draft Guidelines.

The Second Draft was the subject of an Arbitration and ADR Committee meeting at the IBA Conference in San Francisco in September 2003. This meeting was also extremely well attended, and most participants expressed their support for the Guidelines. Presentations explained the structure of the Guidelines and highlighted difficult issues that had generated the most attention.

There were also a remarkable number of comments from the floor. Although many points had already been considered by the Working Group, a number of new points were raised. In particular, it was asked whether the Green List was compatible with the subjective test for disclosure,[8] and whether the Guidelines would benefit from a 'hazardous operation review', modelled on peer review in construction and engineering industries, to consider the different ways in which the Guidelines might be used in later challenges to an arbitration.

1.3.4 Hazardous operation review

Taking up a suggestion from the IBA Conference, the Working Group decided to ask a prominent group of practitioners to review the Second Draft Guidelines. For this purpose, comments were solicited from Gerry

8 See section 3.1, 'Standard for disclosure – the subjective test', below.

Aksen (United States), Wolfgang Kuhn (Germany), Toby Landau (England), Fali Nariman (India) and Michael Schneider (Switzerland).

Many of the suggestions made during the review were incorporated into the Guidelines, as explained in the next section. Only two of the suggestions were not followed. The Working Group decided against including a General Standard on shifting the burden of proof, because such a provision was considered to be beyond the scope of the Guidelines. There was concern that such a provision would intrude inappropriately into national procedural law.

In response to the criticism that the Guidelines posed a potential hazard when they conflicted with applicable national laws, the Working Group determined that the Guidelines already made clear that they did not supplant national laws.[9]

The Guidelines are both descriptive and normative – they draw on existing local standards; however, the Guidelines also seek to suggest a general best international practice that might influence the approach of local courts and legislatures. In many, especially common law, jurisdictions where the judge-made law is unclear on a particular point, the Guidelines might be of use to arbitrators as well as to judges in exercising their discretion. The Guidelines can thus, where relied on, serve to influence courts and assist with filling in the gaps of national law, in the same way that they might assist arbitral institutions in evaluating conflicts under their own rules. The Working Group naturally recognises that arbitrators must always still defer to applicable national laws or arbitral rules when evaluating potential conflicts, but this should not detract from the importance or utility of the Guidelines which aim to provide greater detail and guidance on these important matters of independence and impartiality from an international perspective.

1.3.5 Finalising the Guidelines

During the beginning of 2004, the Working Group finalised a variety of issues raised during and since the IBA Conference in San Francisco, including suggestions arising out of the hazardous operation review. A variety of substantive and structural decisions were taken. In terms of substantive decisions, the Working Group decided:

9 See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Introduction, para 6 ('These Guidelines are not legal provisions and do not override any applicable national law or arbitral rules chosen by the parties.'). See also section 1.1, 'Background, goals and main conclusions of the Working Group on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration', above.

- not to propose a model clause for incorporating the Guidelines because of the possibility of a negative inference against using the Guidelines when such a clause was not included;
- that the Guidelines should apply to all arbitrations, not just commercial cases;
- to include a footnote proposing that the Guidelines should apply by analogy to civil servants and government officers who are appointed as arbitrators by states or state entities that are parties to arbitration proceedings;
- to include language in General Standard 1 to the effect that an arbitrator's duty to remain impartial and independent ends when the final award is rendered;
- to include reference to cultural subjectivity for disclosure in the explanation to General Standard 3;
- to expand to 30 days (from 15 days) the time period for evaluating potential conflicts in General Standard 4;
- to soften General Standard 6 by emphasising that, in considering potential conflicts with an arbitrator's law firm or within a group of companies, attention must be given to the facts and circumstances of the individual case;
- to add General Standard 7(c), explaining that an arbitrator also has a duty to make reasonable enquiries with regard to potential conflicts;
- to explain that the Green List serves as a limit on the subjective test for disclosure and that accordingly the two provisions of the Guidelines can be reconciled.

Among the important structural and editorial decisions:

- the title was finalised as 'IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration';
- a flow chart was included in order to provide a schematic overview of how the Guidelines would be used to evaluate potential conflicts of interest, taking into account, as always, relevant individual circumstances;
- finally, in response to numerous comments, the Guidelines define 'close family member' to include 'life partners'.

2 Standard of impartiality and independence

2.1 General definition of impartiality and independence

Starting from the widely accepted premise that an arbitrator must be independent and impartial, that is, without bias, the Working Group has sought to articulate General Standards and the grounds on which the impartiality and independence of an arbitrator may be questioned or challenged.

The UNCITRAL Model Law has put forth a standard for challenging the impartiality and independence of an arbitration that has been very influential in the 13 jurisdictions represented in the Working Group. Article 12(2) of the Model Law provides: 'An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties.'

Seven jurisdictions (Australia, Canada, Germany, Mexico, the Netherlands, New Zealand and Singapore) have adopted this language in full.

The jurisdictions that have not adopted the UNCITRAL Model Law nonetheless reflect a similar standard as the Model Law for challenging the impartiality and independence of an arbitrator. For instance:

- In England, the standard refers to facts leading a fair-minded, fully informed observer to conclude that there is a 'real danger (ie real possibility) of bias'.
- In Sweden, the law depends on circumstances that 'may diminish confidence in the arbitrator's impartiality'. The Swedish Arbitration Act of 1999 provides a non-exhaustive list of such circumstances.
- In Switzerland the law is similar to the Model Law, although Swiss law does not refer to 'impartiality' in its standard of bias.
- The United States has adopted a standard of 'evident partiality', which has been defined by federal courts as something beyond 'remote and speculative claims' of bias, but falling short of 'actual bias'. Generally, 'evident partiality' requires a 'direct and substantial' relationship or interest between the arbitrator and a party, or between the arbitrator and the subject matter of the dispute.
- France has not adopted a statutory duty of independence or impartiality for arbitrators, and instead focuses on 'grounds for challenge' as specifically enumerated in the New Code of Civil Procedure. French courts have created a general duty of independence, which can give rise to a challenge if material or intellectual links create a 'definite risk of bias'.

All of the jurisdictions agree that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the *appearance* of bias and not actual bias.

The Working Group has decided to accept the wording 'impartiality or independence' as understood in the application of Article 12 of the Model Law in recognition of the fact that any new definition of the General Standard might only give rise to confusion. Some commentators suggested that the terms should be reversed, because independence logically precedes impartiality. The Working Group determined that for ease of use it made sense to retain the order of the Model Law.

2.2 Standard for impartiality and independence – the objective test

Most of the jurisdictions reviewed take the view that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator must be determined objectively, ie from the viewpoint of a reasonable third person who has knowledge of the relevant facts. For instance, a 'fair-minded lay observer with knowledge of the material objective facts,' as articulated by Australian courts.[10]

The Netherlands Report raised the question of whether there is a meaningful difference between the viewpoint of a reasonable third party and the objective viewpoint of the challenging party. Swedish law in a sense applies both a subjective and an objective test. The subjective test is whether the arbitrator is actually biased and the objective test is whether from the perspective of the general public there is any circumstance that could diminish confidence in the arbitrator's impartiality.

Based on the virtual consensus of the national reports and the discussions of national law, the Working Group decided that the proper standard for a challenge is an 'objective' appearance of bias, so that an arbitrator shall decline appointment or refuse to continue to act as an arbitrator if facts or circumstances exist that from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence (General Standard 2(b)). If an arbitrator chooses to accept or to continue with an appointment once such bias has been brought to light, disqualification is appropriate and a challenge to the appointment should succeed.

While this objective standard is widely recognised, the Working Group considered it important to give some substance to the 'justifiable doubts' standard in order to provide a rationale for the underlying problems that the Guidelines are designed to avoid. Impartiality and independence depend on the arbitrator considering only the merits of the case, without regard to the consequences of the outcome for himself or herself or any third party. In accordance with this view, General Standard 2(c) provides: 'Doubts are justifiable if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by facts other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision.'

The Working Group has also determined that in evaluating whether or not a conflict exists, the stage of the arbitral proceeding should make no difference. This is implicit in General Standard 2(a) and (b). While there are recognised practical concerns if an arbitrator must withdraw after an

10 *Webb v The Queen* (1996) 181 CLR 41 (HCA).

arbitration has commenced, a distinction based on the stage of arbitration is methodologically not justifiable since in order to determine whether the arbitrator should be disqualified, the circumstances alone are relevant and not the current stage of the procedure or the consequences of the withdrawal. Nonetheless, because an arbitrator must step down whenever an actual conflict exists, it is particularly important to ascertain as far as possible any potential conflicts at the beginning of an arbitration.

The Second Draft stated that an arbitrator who refuses to continue to act after the arbitral procedure has commenced must carefully consider the impact that this will have on the proceedings. This caveat was included because the Working Group was concerned that some arbitrators might raise a conflict after the arbitration had commenced in order to end his or her involvement with the case. It was removed in the final draft because of concerns that such a provision might raise claims of liability against an arbitrator who withdraws after an arbitration has commenced. The Guidelines emphasise that an arbitrator must carefully ascertain conflicts at the outset in order not to disrupt the proceedings once the arbitration has begun; however, such disruption might be inevitable when a conflict later arises or becomes known.

2.3 Standard of impartiality and independence for judges and arbitrators, sole arbitrators, party-appointed arbitrators, tribunal chairpersons and secretaries

The standard of impartiality and independence for judges was a natural starting place for considering the standard for arbitrators. Most of the jurisdictions surveyed apply the same standard of impartiality and independence for judges and arbitrators. This includes Australia, Canada, England, France, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Singapore, Switzerland and the United States. There are, however, different approaches taken to this question. For instance, in Sweden, a slightly stricter standard of impartiality and independence applies to arbitrators than to judges, because, *inter alia*, the arbitration process does not allow for an appeal on the merits.

On the other hand, in Germany the standard of impartiality and independence is more stringent for judges than for arbitrators, on the grounds that parties choose their arbitrators, but not their judge. In the United States, there are separate and distinct canons of ethics and related case law governing judges and arbitrators. Furthermore, the United States has a tradition of non-neutral party-appointed arbitrators that had previously necessitated a stricter standard for chairpersons than for non-neutral co-arbitrators. As this tradition has begun to disappear, so have the differences in the standards of bias. While initially the Guidelines referred to some of

these national differences, the Working Group has determined that the Guidelines should reflect best international practice without reference to particular national practices.

Whatever the treatment of arbitrators in relation to judges, most jurisdictions provide that the same standard should be applied to sole arbitrators, party-appointed arbitrators and tribunal chairpersons. There are, however, a few exceptions. In Switzerland, the current case law and legal commentators agree that the standard should be less strict for party-appointed arbitrators than for a chairperson. A German court has held that a chairperson of an arbitral tribunal would be subject to a stricter standard than the co-arbitrators.[11] This decision seems to be an isolated one.

Accordingly, after reconsideration of this issue based on the discussion in Durban, and taking into account the prevailing situation in the vast majority of the jurisdictions under review, the Working Group proposed that there should be no difference in the standard applied to the chairperson of a tribunal and a party-appointed arbitrator. Requiring the highest standard from all arbitrators should also further public confidence in the arbitral procedure.

The Second Draft stated that the Guidelines apply by analogy to secretaries of arbitral tribunals. The inclusion of secretaries generated criticism during the meeting in San Francisco as well as during the hazardous operation review. It was noted that such recognition of secretaries goes beyond the scope of Guidelines for arbitrators and might be thought to legitimise the use of what still may be a controversial procedure in some situations. Furthermore, it was noted that if the Guidelines were applicable to secretaries they would have an obligation to disclose potential conflicts and parties would have to make formal objections to these secretaries. Finally, it was suggested that secretaries should not be subject to express duties in the Guidelines, but that arbitrators should assume responsibility for ensuring that the secretaries they appoint are independent and impartial.[12] This suggestion was adopted by the Working Group, and included in the explanation to General Standard 5.

2.4 Applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights

Article 6 of the European Convention on Human Rights provides the right to a fair trial 'by an independent and impartial tribunal established by law'.

11 BGHZ 54, 392.

12 In this context, see Constantine Partasides, 'The False Arbitrator? The Role of Secretaries to Arbitral Tribunals in International Arbitration' [2002] 18 *Arbitration International* 147-263.

Based on the direct or indirect impact of Article 6 for all states subject to the Convention, the Working Group initially proposed that this provision should be considered the minimum standard with regard to the impartiality and independence of the arbitrator. In practice, this standard should not differ substantially from Article 12 of the UNCITRAL Model Law.

The European jurisdictions are divided as to whether this provision applies directly to arbitral tribunals. For instance, Switzerland, Sweden and France agree that Article 6 does not apply directly to arbitral tribunals, because they are not 'established by law', but rather are private institutions governing rights between private parties. The Netherlands takes the view that the principles of Article 6 apply to the requirements of impartiality and independence for international arbitrators. The differences, however, are not as great as they might seem. Both the Swiss and French Reports submitted to the Working Group noted that even if Article 6 were not directly applicable to arbitration, under national constitutional principles, Article 6 would be applicable to any ancillary proceeding brought in national courts in support of arbitration.

Although Article 6 is a common reference point among Convention member states, the Working Group eventually decided to omit reference to the European Convention on Human Rights from the Guidelines because the reference might be unfamiliar outside Europe.

2.5 Arbitrator as member of a law firm

From the outset, the Working Group has been aware of the need to address the particular conflict of interest issues that arise for arbitrators who are members of large, often international, law firms. The traditional rule regarding arbitrators as members of law firms is that the interests of an arbitrator would be considered identical to those of his or her law firm and that all conflicts of the firm are attributed to the arbitrator. Under this rule, parties were often unable to appoint their preferred arbitrator because of conflicts attributable to the arbitrator's law firm. In order to address this concern, the First Draft Joint Report reversed the traditional rule and proposed as a general standard: 'When considering the relevance of facts or circumstance to determine a potential conflict of interest, the arbitrator's activities shall not be considered to be an equivalent to his or her firm's activities.'

This provision was severely criticised by various institutions and individuals. For instance, the ICC Germany/DIS Report found this standard unacceptable, because it could be viewed as an attempt by the large international law firms to ameliorate their position and improve their market

share. They suggested that the arbitrator and the firm should be considered one and the same entity for conflict issues, and argued that the Guidelines should not 'white-wash' arbitrators who are members of large law firms. The Mexican Bar Association noted that the arbitrator should be considered equivalent to his or her law firm because the focus of international arbitration should be the parties, not the arbitrators. Several Working Group members also thought that the initial formulation of the General Standard went too far, and noted that such a broad rule must at least have some limits, otherwise it would do a disservice to international arbitration.

Other members of the arbitration community commented that the formulation of the Guidelines amounted to an effort to protect arbitrators in large law firms. There was considerable concern that the whole Guidelines exercise might be an attempt by large international law firms to advance their position and their market share of international arbitration. Some stated that large law firms should not be able to gain double advantage by offering worldwide service under one brand name and then claiming that their partners who served as arbitrators acted only as individual lawyers.

Although the Working Group did not share the view that the Guidelines were merely an effort to protect arbitrators in large law firms, it took account of all of these concerns and noted that the traditional rule equating an arbitrator with his or her law firm had to be balanced against the realities of global law firm practice. In large, international law firms, an individual arbitrator might have no knowledge of or relation to a matter that created a conflict with a proposed arbitration. In such circumstances, disclosure and consultation with the parties would be preferable to automatic disqualification. Individualised consideration would also further the interests of parties in appointing the arbitrator of their choice. If such disclosure and consultation were not possible, the arbitrator should not accept the appointment.

Based on the recommendations of a taskforce set up to consider this issue, the Working Group eventually decided to adopt in the Second Draft Guidelines a General Standard stating that the activities of an arbitrator's law firm would not *per se* constitute a conflict of interest, but that such facts and circumstances should be disclosed and their relevance evaluated in each individual case.

Concerns regarding the place of large law firms in the Guidelines were again raised at the Arbitration and ADR Committee meeting in San Francisco and in the hazardous operation review. In response, the Working Group changed the '*per se*' language in the Second Draft. In the final draft, General Standard 6 states that the activities of an arbitrator's law firm should be reasonably considered in each individual case.

2.6 Potential conflicts within a group of companies

Similarly, the Working Group recognised the need to address the potential conflicts that arise when a party that is a legal entity is part of a group of companies. The situation arises more frequently with the globalisation and consolidation of many industries. In order to give parties greater flexibility, the First Draft Report provided the General Standard: 'If one of the parties is a legal entity, this legal entity shall not be considered as being an equivalent to those of a whole group of companies of which it is a member.'

This met with various objections. For instance, the ICC Germany/DIS Report suggested that the activities of the entire group of companies should be considered for the purpose of ascertaining conflicts. This issue was addressed by the taskforce in tandem with that of the arbitrator as a member of a law firm and a similar solution was proposed. The Working Group concluded that the fact of being a member of a group of companies would not constitute *per se* a conflict of interest, but that the facts and circumstances should be disclosed and reasonably considered in each individual case.

This issue was eventually given the same treatment as when an arbitrator is a member of a law firm. The '*per se*' language was changed and the Guidelines state that the activities of a group of companies should be reasonably considered in each individual case.

3 Disclosure

3.1 Standard for disclosure – the subjective test

In all of the jurisdictions surveyed, there is some duty of disclosure. In the majority of countries, this duty is provided for in the relevant statute. In others it has been adopted through the courts or through professional codes of ethics.[13]

The UNCITRAL Model Law again serves as the underlying standard. Many jurisdictions have adopted verbatim the language of Article 12(1), which provides:

> 'When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.'

13 For instance, in Belgium, disclosure is based on a 'common consideration'; in Switzerland, the duty to disclose has been recognised as a contractual duty by the Federal Supreme Court; in England, the courts have not conclusively decided whether disclosure is a matter of good practice or legal obligation; and in the United States, the disclosure duty has been imposed by judicial decisions and the AAA/ABA Code of Ethics.

Under the Model Law, the only difference between the standard of disclosure and the standard for a successful challenge is that with regard to disclosure, the facts and circumstances are only *likely* to give rise to justifiable doubts, whereas for a successful challenge, the circumstances do actually give rise to such doubts. Australia, Canada, Mexico, the Netherlands, New Zealand and Singapore have adopted the Model Law by statute. Switzerland has adopted a virtually identical rule with exclusion of the word 'impartiality'. Germany's standard is similar, with the exclusion of the word 'justifiable'.

Other jurisdictions have also adopted a general objective standard, but with slightly different formulations:

- Sweden requires disclosure of any facts that 'may be deemed' to prevent service in accordance with that jurisdiction's arbitration rules (for instance, any facts that 'may diminish confidence in impartiality').
- The United States requires the disclosure of any interest or relationship that 'might create an appearance of partiality or other bias' or that is 'likely to [actually] affect impartiality or independence'.

At least two jurisdictions depart from a generalised or abstract objective standard:

- France requires the disclosure of any facts encompassed by the statutory grounds for challenge, provided that the facts involved are not common knowledge and that they raise reasonable doubts as to the arbitrator's independence. The duty to disclose is restricted by the statutory list of grounds for challenge. In France, it is not settled whether the rule of disclosure should be applied objectively or subjectively, and the prevailing opinion seems to be that the subjective approach is preferred.
- Under English case law, an arbitrator should disclose any facts that could arguably 'give rise to a real danger of bias'. This exceeds a purely objective disclosure requirement and comes close to a subjective test with regard to the arbitrator.

The First Draft Joint Report proposed an objective standard for disclosure because this corresponds to the UNCITRAL Model Law and to the law in many jurisdictions.

Several institutions criticised this proposal. For instance, the ICC Germany/DIS Report suggested that the test should be a subjective one, because the duty to disclose should satisfy the subjective views of the parties. Robert Briner of the ICC noted that the ICC Rules provide that the relevant viewpoint for disclosure is that of the challenging party.[14] Adrian Winstanley in the *LCIA*

14 International Court of Arbitration, Rules of Arbitration, Article 7.2 ('Before appointment or confirmation, a prospective arbitrator shall sign a statement of independence and disclose in writing to the Secretariat any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties.').

News noted that while an objective test was proper for a successful challenge, a lesser, more subjective, standard from the viewpoint of the arbitrator might be appropriate for disclosure. He proposed perhaps no more than circumstances which, in the mind of the arbitrator 'may give rise to doubts as to his or her independence or impartiality'.[15]

After much discussion, the Working Group determined that there should be a subjective test for disclosure, ie that facts or circumstances shall be disclosed if, from the parties' perspective, they give rise to doubts about the arbitrator's impartiality or independence. Some members of the Working Group remained concerned that an 'eyes of the parties' test would encourage capricious challenges or unnecessary disclosure. It was further noted that the different grounds for disclosure and disqualification should be clarified, because in some major institutions, once any doubt was raised, an arbitrator was often passed over for appointment. For example, the ICC has a practice of requiring a 'clean statement' from the national committee.

The Working Group eventually concluded that certain of the dangers inherent in the application of a subjective test could be avoided by emphasising that disclosure based on subjective grounds would not lead to automatic disqualification.

In addition, the Working Group determined that the duty to disclose should continue throughout all stages of the arbitration. As with disqualification, the arbitrator should not take into account whether the arbitral procedure was at the beginning or at a later stage. The circumstances alone are relevant, not the current stage of the proceedings or the consequences of the withdrawal.

The use of the subjective test was again questioned at the Arbitration and ADR Committee meeting in San Francisco. Several participants noted that if disclosure depended on the perspective of the parties, then it was inconsistent to have a Green List of situations for which disclosure was never required. Some argued that the subjective test rendered the Green List redundant because if an arbitrator must make a disclosure based on an 'eyes of the parties' test, then it made no sense to have a list of situations beyond the disclosure requirement. Acknowledging this inconsistency, the Working Group first decided to keep the Green List as it was an important goal of the Guidelines to set forth some situations in which no conflicts of interest were deemed to arise. The Working Group then reconsidered an objective test for disclosure, which would have eliminated the inconsistency.

15 Adrian Winstanley, 'International Bar Association Conference 2002, Durban: A view from an administering institution', LCIA *News* (Vol 7, Issue 4, December 2002), p 24.

Ultimately, the subjective test was retained, primarily because various arbitral institutions had previously expressed strong opposition to an objective test. The final conclusion was to keep the subjective test for disclosure, but to explain that the Green List placed a limitation on this test. Disclosure should generally be viewed from the eyes of the parties; however, there are some situations which will virtually never lead to disqualification under the subjective test and, accordingly, these situations need not be disclosed, regardless of the parties' perspective.

3.2 Disclosure in case of doubt

In certain cases, an arbitrator may be unsure whether or not to disclose particular circumstances, ie he or she has doubts as to whether the circumstances are relevant in the eyes of the parties. The majority of jurisdictions do not impose an affirmative duty to disclose in situations where the arbitrator has doubts as to whether or not disclosure is required. Such a duty, however, does exist in Germany as well as in the United States (under the AAA-ABA Code of Ethics), and Canadian case law expresses a preference for disclosure in cases of doubt.

In the First Draft Joint Report, the Working Group questioned whether the Guidelines should contain a default disclosure rule stating that, in any doubtful situations, disclosure should be made. On the one hand, a duty to disclose in case of doubt could help eliminate possible grounds for challenging arbitral awards. On the other hand, such duty might encourage the existing situation of 'over-disclosure'. In addition, excessive disclosure could raise an implication of bias and might unnecessarily undermine the parties' confidence in the arbitrator or provoke an opportunistic and unmeritorious challenge.[16]

After weighing these factors, the Working Group initially decided that, as it is the purpose of the Guidelines to provide greater certainty to arbitrators, it was better not to formulate a rule for disclosure in cases of doubt. There were concerns about over-disclosure leading to unnecessary challenges and perhaps even disqualification. It was hoped that the General Standard, together with the examples of situations in the lists, would help a prospective arbitrator to determine whether the circumstances raised sufficient concern regarding his impartiality and independence that they should be disclosed.

Several arbitral institutions, however, considered it very important to include a rule for disclosure in cases of doubt.[17] In light of these concerns,

16 See *Taylor v Lawrence* [2002] 2 All ER 353 at 370 (Singapore Additional Report).

17 This was reflected in comments from the ASA, LCIA and ICC Germany.

the Working Group decided that disclosure should be made in cases of doubt. It was emphasised, however, that the Guidelines should take into account the concerns of over-disclosure.[18]

3.3 Issue of waiver

Based on the well-accepted principle of party autonomy in international arbitration, the Working Group concluded that potential conflicts may often be accepted or waived by the parties. Once disclosure has been made, if the parties do not make a timely objection to a potential conflict of interest, this will constitute an effective waiver of most potential conflicts and the parties will not be permitted to raise such an objection at a later stage.

Despite this general principle of party autonomy, the members of the Working Group decided that there should be some limitations to the waiver of actual conflicts.

In most common law countries, when a disclosure demonstrates evidence of bias, such conflict of interest cannot be waived. In England and Singapore this principle derives from cases that hold that an arbitrator who 'doubts his ability to be impartial' should not accept the case. Similar principles obtain in New Zealand and Canada. In the United States and Australia there is no clear case law on the issue. By contrast, in Sweden and Switzerland, there are no limits to waivers of conflicts with respect to known circumstances.

Following the opinion expressed in the common law countries, the First Draft Report specified that all of the situations on the Red List were non-waivable. It was thought that this rule would help to create confidence in the impartiality and independence of arbitrators. Placing some limitations on waiver also seemed consistent with the recent trend away from the view that arbitration is purely a matter of contract. Many institutions, however, raised the point that the Red List impeded party autonomy by disallowing waiver. Eventually the Working Group decided to divide the Red List into waivable and non-waivable situations.[19]

3.4 Arbitrator as settlement facilitator

The waiver and acceptance of conflicts has particular relevance when the arbitrator attempts to assist the parties with settlement, a process that is quite common in some jurisdictions. During such settlement discussions the arbitrator may well obtain sensitive information regarding the parties, after

18 See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Explanation to General Standard 3(c).

19 See section 4.2, 'The Red List', below.

which one or both of the parties may wish to choose a new arbitrator. The taskforce on waiver assessed the implications of this and concluded that arbitrators should be allowed to encourage mediation and settlement. Considering the sensitive position of the arbitrator as potential settlement facilitator, however, the taskforce and the Working Group determined that the parties must give their express agreement prior to the commencement of such a process. This express agreement will be considered an effective waiver of any potential conflict of interest that might arise from the arbitrator's participation in settlement or from any information that the arbitrator may learn in the process. After some debate and consideration of the issue, the Working Group agreed that the express agreement need not be in writing, but could be, for instance, an oral agreement reflected in the minutes of a hearing.

Members of the Working Group were also concerned that settlement discussions should not be used as a means of disqualifying an arbitrator. Accordingly, the waiver remains effective even if the mediation is unsuccessful, subject to the general principle that an arbitrator shall resign if he develops doubts as to his or her ability to remain impartial and independent for the remainder of the proceedings.

3.5 Duty of arbitrators and parties

The first two drafts of the Guidelines specified that the parties should have some obligation to disclose to a prospective arbitrator any relevant relationship between the arbitrator and the parties or any company affiliated with the party. Parties to an arbitration should make an effort to disclose promptly any findings made when researching arbitrators and their affiliations, in order to bring any potential conflicts to light and to reduce the risk of using a challenge to the arbitrator's independence to obstruct an arbitrator's decision. In the *LCIA News*, Adrian Winstanley called this proposal 'innovative' and 'constructive'.[20]

Several people commented that this placed an uneven burden on the parties and that the arbitrator must assume some responsibility for uncovering obvious conflicts. In response to these concerns, General Standard 7(c) clarifies that the parties and the arbitrators share the obligation to make reasonable enquiries to uncover any potential conflicts of interest at the outset of the arbitration.

---

20 Adrian Winstanley, 'International Bar Association Conference 2002, Durban: A view from an administering institution', *LCIA News* (Vol 7, Issue 4, December 2002), p 24.

4 Practical application of the General Standards – the Lists

In developing Guidelines for impartiality and independence, the Working Group considered that, in addition to the General Standards, it was important to provide specific, practical guidance to arbitrators, parties and institutions. This practical guidance took the form of three lists, originally called: Black, Grey and White. After discussion with various individuals and institutions, the Working Group eventually decided to designate the lists as Red, Orange and Green, in accordance with the well-recognised colours of the traffic light.

4.1 First Draft Report

The First Draft Report considered a variety of situations derived from the case law of numerous jurisdictions, as well as the experience of Working Group members. The Report then categorised the situations according to the type of challenge they posed to the impartiality and independence of arbitrators. The Red List contained serious conflict of interest situations. The Orange List gave examples of situations in which a conflict of interest may arise, and so disclosure was necessary to allow the parties to make a fully informed decision regarding the decision to appoint or to retain an arbitrator. The Green List enumerated situations in which there was no basis for challenging the arbitrator's impartiality and independence and, accordingly, no need for disclosure.

4.2 The Red List

The Red List is a non-exhaustive enumeration of specific situations that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. Initially all of the situations on the Red List were designated as non-waivable. This proposal met with a great deal of criticism and commentary. The ICC Germany/DIS Report noted that the draft constituted an 'unacceptable inroad to party autonomy'. This was also the predominant concern among those who thought that parties should be able to waive even some serious conflicts. The taskforce considering this issue concluded that there are some situations of evident or apparent bias that cannot be effectively waived. Nonetheless, even under common law principles, the parties should have the capacity to waive certain serious conflict of interest situations. The taskforce thus proposed that some situations on the Red List should be waivable; however, waiver should be considered an exception, rather than a regular solution to the Red List situations. This approach would balance party autonomy with the common law principle that a party cannot waive an actual conflict of interest.

The Working Group eventually decided to separate the Red List into waivable and non-waivable situations. Severe conflicts, such as when the party and arbitrator are identical or when the arbitrator has a significant financial interest in the outcome of the dispute, cannot be waived. Other serious conflicts that appear in the Red List, however, might be waived in exceptional circumstances, so long as several conditions are met. When considering what situations should be waivable, the Working Group tried to balance the interests of party autonomy while also promoting confidence in the independence of the institution of international arbitration.

4.3 The Green and Orange Lists

The structure and contents of the Green and Orange Lists – which straddle the line between situations to be disclosed and those situations beyond the disclosure requirement – generated many comments and provoked substantial debate, not only about the particular situations, but also about the basic principles governing disclosure under the Guidelines. A taskforce considered the global issue of how the Green and Orange Lists should be defined. The taskforce attempted to balance the desire of the parties and the institutions that prospective arbitrators make full and frank disclosure, along with the equally understandable concern on the part of prospective arbitrators and the parties appointing them that any such disclosure, no matter how peripheral it may be, might result in automatic disqualification. This taskforce concluded that the Orange List should be viewed as a 'disclosure' list, but that any disclosure of such situations would not automatically disqualify the prospective arbitrator. This would remove any suggestion that disclosure raises a rebuttable presumption of disqualification. The purpose of disclosure is to reveal information that can begin a dialogue about whether a conflict exists and whether an arbitrator can act independently and impartially. Disclosure of the situations respects party autonomy by giving parties relevant information so that they may decide how to deal with specific circumstances relating to the potential conflicts of prospective arbitrators.

4.4 Time limits

The taskforce also considered that with some situations on the Orange List, a potential conflict of interest situation might not exist after the passage of a period of time. It was proposed that no disclosure of such circumstances should be required after a lapse of three years. Accordingly, those same situations or relationships that occurred more than three years ago would generally not require disclosure. (In effect, they would be considered to be on the Green List.)

Many comments regarding the proposed time limits were made in response to the Second Draft at the Arbitration and ADR Committee meeting in San Francisco. Some commentators suggested that three years was somewhat arbitrary and did not account for the range of individual circumstances. Some thought three years was too short. Others thought it too long. This issue had already been considered by the Working Group, which decided to retain the three-year limits in order to indicate that some potential conflicts would recede with the passage of time. While any specific time limit must be somewhat arbitrary, three years was thought to provide a realistic benchmark for most situations. The Working Group recognises that the three-year limit, however, is only a guideline. It does not provide a bright line cut-off because it cannot capture individual circumstances that might make disclosure proper even after a lapse of time. Accordingly, reference must always be made to the General Standards when determining whether disclosure would be appropriate.

4.5 Barristers who practise as arbitrators

The First Draft of the Guidelines required disclosure of the situation in which the arbitrator and another arbitrator or counsel for one of the parties were in the same barristers' chambers. In effect, this meant that barristers were treated the same way as partners in a law firm. Numerous barristers expressed concern over this provision because they wished to distinguish the unique independence of members of the Bar. In response to comments from the LCIA as well as individual barristers who practise as arbitrators, the taskforce for the Green and Orange Lists considered the position of members of the English Bar and that of practitioners from other common law jurisdictions, who maintain what are known as 'door tenancies' in London.

While the peculiar nature of the constitution of barristers' chambers is well recognised and generally accepted in England by the legal profession and by the courts, it is acknowledged by the Working Group that, to many who are not familiar with the workings of the English Bar, particularly in light of the content of the promotional material which many chambers now disseminate, there is an understandable perception that barristers' chambers should be treated in the same way as law firms. It is because of this perception that the Working Group decided to keep on the Orange List, and thus subject to disclosure, the situation in which the arbitrator and another arbitrator or counsel for one of the parties are members of the same barristers' chambers.

Nonetheless, it is useful to explain generally how barristers' chambers function, as this might affect the ultimate consideration of whether a conflict

exists. The vast majority of English barristers practise as individual sole practitioners, within what are known as 'Chambers'. The working expenses (salaries of clerks, rent and other outgoings) are shared among the members of the chambers in question. ('Door tenants' will typically make a small contribution to chambers out of such fees as they may earn.) The share of these outgoings attributable to a particular barrister generally reflects the seniority and the earnings of the barrister concerned relative to other members of chambers, but income is not shared among the members of chambers, as it would be in the case of a partnership. It is right to point out that in other common law jurisdictions (eg New Zealand) such operational arrangements do not obtain: barristers in those jurisdictions may well enter into separate arrangements for the leasing of premises; they do not typically share office facilities or operate a clerk system; and there are no chambers promotional materials. There is a clear and obvious distinction to be drawn between barristers and law firms operating in these jurisdictions.

Moreover, most sets of chambers, members of which practise as international arbitrators, maintain procedures that make it impossible to undertake general conflict searches of those members' individual current or concluded case lists. As well as separate clerking facilities, these chambers also provide secure dedicated fax and direct line telephone facilities for international arbitration practitioners, so as to ensure that communication of sensitive information remains confidential.

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

5 IBA Rules of Ethics

In 1987, the IBA published Rules of Ethics for International Arbitrators (the 'IBA Rules of Ethics'). According to the Introductory Note, the IBA Rules of Ethics seek to establish internationally acceptable guidelines for the manner in which impartiality and independence may be assessed. The IBA Rules of Ethics are brief and contain nine basic rules. Rule 3 (Elements of Bias) and Rule 4 (Duty of Disclosure) concern the matters considered by the Working Group. With the IBA's adoption of new Guidelines, Rules 3 and 4 of the IBA Rules of Ethics are no longer applicable. Nevertheless, it is worth comparing the Guidelines with those Rules, which often had a stricter standard:

For instance, Rule 3.3 provides:

> 'Any current direct or indirect business relationship between an arbitrator and a party, or with a person who is known to be a potentially important witness, will normally give rise to justifiable doubts as to a prospective arbitrator's impartiality or independence. He should decline to accept an appointment in such circumstances unless the parties agree in writing that he may proceed. Examples of indirect relationships are where a member of the prospective arbitrator's family, his firm, or any business partner has a business relationship with one of the parties.'

Rule 3.5 states:

> 'Continuous and substantial social or professional relationships between a prospective arbitrator and a party, or with a person who is known to be a potentially important witness in the arbitration, will normally give rise to justifiable doubts as to the impartiality or independence of a prospective arbitrator.'

The duty of disclosure is also quite rigid and 'failure to make such disclosure creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification even though the non-disclosed facts or circumstances would not of themselves justify disqualification'. Rule 4 also lists specific facts and circumstances that must be disclosed, including any past or present business relationship, whether direct or indirect with the parties or any representative of a party; the nature and duration of any substantial social relationships with any party or any person known to be likely to be an important witness in the arbitration; and the nature of any previous relationship with any fellow arbitrator including prior joint service as an arbitrator.

5.1 Comparison with requirements in the different jurisdictions

Almost every National Report noted that the IBA Rules of Ethics define the elements of bias more broadly and/or present more stringent disclosure requirements than do the relevant principles of the individual jurisdictions.

The National Reports identified a number of specific instances of differences between the IBA Rules of Ethics and the standards applied in the individual jurisdictions:

- The National Reports for Switzerland and the United States stated that Rule 3.3 creates a more restrictive standard of impartiality and independence by classifying 'any direct or indirect' business relationship as giving rise to an appearance of bias.
- The assumption that any 'continuous and substantial social or professional relationship' in Rule 3.5 would create an appearance of bias also goes further than the case law of the United States.

- Under French law, the traditional rule was that non-disclosure did not automatically constitute an appearance of bias, and arbitrators were not required to make inquiries into any possible appearance of bias. A recent decision, however, takes a stricter position against an arbitrator's failure to disclose, although it is still unclear whether the failure to disclose would alone constitute a ground for annulment of an award.[21]
- The IBA Rules of Ethics go far beyond case law in Singapore, which has traditionally assumed bias only where the tribunal has a pecuniary or proprietary interest in the subject matter of the dispute.
- The IBA Rules of Ethics surpass Canadian standards by requiring disclosure of any prior appointment as an arbitrator and any present relationships with counsel 'regardless of magnitude'.

5.2 Conclusion of the Working Group

From a survey of the National Reports, it appeared that the IBA Rules of Ethics are generally more stringent than the standard practice in most jurisdictions. The Working Group therefore concluded that the IBA Rules of Ethics should not be treated as a minimum standard for these Guidelines.

These Guidelines strive to set forth the best practice with regard to preserving the impartiality and independence of international arbitrators. As the landscape of international arbitration has evolved since the publication of the 1987 IBA Rules of Ethics, the Working Group recommends that, in situations in which the Rules of Ethics and the Guidelines may conflict, the Guidelines serve as the basis for the conduct of arbitrators and parties.

21 Rev arb 2003, No 4, p 1231 (Fremarc c/ITM Entreprises).

Doc. num. 67

INTERNATIONAL CENTRE FOR

SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal

v.

Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3)

DECISION ON THE CHALLENGE TO THE PRESIDENT OF THE COMMITTEE

Introduction

1. On 21 November 2000, an ICSID Tribunal consisting of Judge Francisco Rezek, President, Judge Thomas Buergenthal and Mr. Peter Trooboff unanimously dismissed a claim brought by Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and its parent company, now Vivendi Universal ("the Claimants") against the Argentine Republic. On 20 March 2001, the Claimants requested annulment of the award pursuant to Article 52 of the ICSID Convention. Under Article 52 (3), the Chairman of the Administrative Council appointed three members of the Panel of Arbitrators, the undersigned and Mr. Yves Fortier, C.C., Q.C., as an *ad hoc* Committee to consider the request. The three members agreed that Mr. Fortier would be the President of the Committee.[1] At its first session in Washington on 21 June 2001, all members made declarations in terms of Rule 6 of the Arbitration Rules. Mr. Fortier qualified his declaration in one respect, and the Respondent reserved the right to challenge him. Subsequently it did so.

---

[1] On the election of the President by members of an *ad hoc* Committee see C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) pp. 1013–1014 (§345).

Chapter V of the Convention is entitled "Replacement and Disqualification of Conciliators and Arbitrators". Article 56 provides that once a Commission or Tribunal has been constituted and has begun its proceedings, its composition shall remain unchanged, subject to contingencies such as the death, incapacitation or resignation of a member. Articles 57 and 58 of the Convention deal with the procedure to be followed in case of a proposal to disqualify any member of a Commission or Tribunal. In particular Article 58 states that a proposal to disqualify a conciliator or arbitrator is to be decided "by the other members of the Commission or Tribunal . . . provided that where those members are equally divided, or in the case of a proposal to disqualify a sole conciliator or arbitrator, or a majority of the conciliators or arbitrators, the Chairman shall take that decision". Arbitration Rule 9 deals with issues of disqualification of arbitrators in further detail.

3. Chapter V does not refer to disqualification of the members of *ad hoc* Committees. Nor does Article 52. Article 52 (4) stipulates that:

> "The provisions of Articles 41–45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply *mutatis mutandis* to proceedings before the Committee."

Chapter V is not mentioned, although it deals with questions that could well arise with respect to the membership of Committees. However Rule 53, which is entitled "Rules of Procedure", states:

> "The provisions of these Rules shall apply *mutatis mutandis* to any procedure relating to the interpretation, revision or annulment of an award and to the decision of the Tribunal or Committee."

The effect is to apply the procedure referred to in Arbitration Rule 9 to proposals to disqualify any member of a Committee. Pursuant to Rules 9 and 53, the undersigned were called on promptly to decide on the Respondent's proposal.

4. Before doing so Mr. Fortier made an explanation of his position in terms of Rule 9 (3). This was circulated to the Parties, who were given a brief period to comment on it. The Claimants made no observations. By

letter of 12 September 2001 the Respondent confirmed its earlier challenge and made certain additional observations, which are discussed below.

Competence of Members of the Committee to Decide on a Disqualification Proposal

5. An initial question concerns our competence to decide on the proposal. Although neither Party raised the issue, it might be argued that the failure of Article 53 (4) of the Convention to refer to Chapter V or to apply it to the disqualification of members of *ad hoc* Committees was deliberate. If so, the Administrative Council was arguably incompetent to achieve by a Rule what the Convention itself specifically did not achieve and thus by implication precluded. It is necessary to consider this question before turning to the circumstances of the present case.

6. The rule-making powers of the Administrative Council are set out in Article 6 of the Convention. This provides, *inter alia*, that:

> "(1) Without prejudice to the powers and functions vested in it by other provisions of this Convention, the Administrative Council shall:
>
> . . .
>
> "(c) adopt the rules of procedure for conciliation and arbitration proceedings (hereinafter called the Conciliation Rules and the Arbitration Rules);
>
> . . .
>
> "The decisions referred to in sub-paragraphs (a), (b), (c) and (f) above shall be adopted by a majority of two-thirds of the members of the Administrative Council.
>
> "(2) The Administrative Council may appoint such committees as it considers necessary.
>
> "(3) The Administrative Council shall also exercise such other powers and perform such other functions as it shall determine to be necessary for the implementation of the provisions of this Convention."

The Council consists of one representative of each Contracting State (Article 4).

7. It is not entirely clear from the Convention whether annulment requests and proceedings pursuant to such requests under Article 52 come within the term "arbitration proceedings" in Article 6 (1) (c), or whether they are to be considered as distinct. There are indications both ways. On the one hand annulment proceedings occur before a separate *ad hoc* Committee, separately constituted; on the other hand, the role of the Committee is narrowly defined and could be seen an ancillary to the arbitration function of ICSID as a whole. Nothing turns on this, however, since in any event the Council has power under Article 6 to regulate the procedures to be applied on a request for annulment, procedures which are only skeletally set out in Article 52. In particular it would have such power under Article 6 (3), on the basis that to establish orderly procedures for dealing with annulment requests can plainly be regarded as "necessary for the implementation of the provisions of this Convention". No doubt any such Rules must be consistent with the terms of the Convention and with its object and purpose. But subject to this, the judgement whether they are necessary is a matter for the Council.

8. Article 52 (3) provides that no member of an *ad hoc* Committee can have been a member of the Tribunal which rendered the award. In addition no member may have the same nationality as any of the members of the Tribunal or of either Party or have been nominated to the Panel of Arbitrators by either of the States concerned. This covers some issues relating to the independence of members of *ad hoc* Committees but it does not do so exhaustively. Although such members must be Panel members (and may therefore be presumed to have the general qualities required), they may still have or have had particular links with the parties to an annulment proceeding which would disqualify them from sitting. Yet it is not clear that the Chairman of the Administrative Council would have inherent power to decide such issues in the absence of any article or rule to that effect. It would clearly be appropriate for the Administrative Council under Article 6 (3) to provide a procedure for challenging the appointment of an *ad hoc* Committee member. It seems equally clear that the Council has actually done so. Although Arbitration Rule 9 itself refers to Article 57 of the Convention (which does not apply to disqualification of Committee members), Rule 9 is sufficiently self-contained and can be given effect without relying on powers expressly conferred by the Convention itself on

other bodies. There can be no doubt as to the competence of the Administrative Council to apply the Arbitration Rules *mutatis mutandis* to proceedings relating to the interpretation, revision or annulment of an award, since this can clearly be seen as "necessary for the implementation of the provisions of this Convention". Nor—if such a characterisation is relevant—is there any difficulty in describing proceedings on a request for disqualification, including the identification of those who will make the decision, as procedural questions for the purposes of Rule 53.

9. The intention of the Administrative Council to apply Arbitration Rule 9 to the membership of *ad hoc* Committees can be inferred from the history of the Rules. Rule 53 of the initial Arbitration Rules of 1968 provided that:

> "Chapter II to V (excepting rules 39 and 40) of these Rules shall apply *mutatis mutandis* to any procedure relating to the interpretation, revision and annulment of an award, and Chapter VI shall similarly apply to the decision by the Tribunal or Committee."[2]

Rule 39 concerned provisional measures; Rule 40, ancillary claims. These corresponded to Articles 46 and 47 of the Convention, which likewise were not applied by Article 52 (4) to annulment proceedings. Apart from these two Rules, the only significant exclusion from former Arbitration Rule 53 was Chapter I, which dealt with the establishment of the Tribunal, and which included the procedures for dealing with challenges. In 1984, the Administrative Council adopted a new set of Arbitration Rules, including Rule 53 in the terms set out above. The substantial effect of new Arbitration Rule 53 as compared with its predecessor was to apply *mutatis mutandis* the provisions of Chapter I and of Rules 39 and 40 to annulment procedures. We are informed that Parties to the Convention, who were given the opportunity to comment on the new Rules, made no comments on Rule 53. The new Rules were adopted without debate or dissent.[3]

10. Thus it can be inferred that the intention of the Council in 1984 was to apply all the Arbitration Rules, so far as possible, to annulment

---

[2] For the text of the 1968 Arbitration Rules see 1 *ICSID Reports* p. 63.

[3] See *ICSID Annual Report 1985*, p. 18.

proceedings, including Rule 9. In our view the only reason why the procedure laid down in Arbitration Rule 9 could not be applied to members of *ad hoc* Committees *mutatis mutandis* would be if to apply such a procedure was inconsistent with the Convention, having regard to its object and purpose. We see no reason to regard it as such.

11. As to the object and purpose of the Convention, there is no difficulty. *Ad hoc* Committees have an important function to perform in relation to awards (in substitution for proceedings in national courts), and their members must be, and appear to be, independent and impartial. No other procedure exists under the Convention, expressly or impliedly, for deciding on proposals for disqualification. The only question then is whether it is literally inconsistent with the terms of the Convention, given that Chapter V is not applied by Article 52 to annulment, for the Rules to step in and make equivalent provision. Admittedly, the catalogue of provisions incorporated by reference in Article 52 (4) appears a considered one. The provisions incorporated are not only concerned with the powers of Committees. They apply to a range of questions, including the status of decisions made. On the other hand the matter of disqualification might simply have been overlooked, and other aspects of Chapter V are clearly apt to be applied to *ad hoc* Committees.

12. The point is noted as follows by Schreuer's *Commentary*:

> "the application of Arbitration Rules 8–12 to annulment proceedings is only possible on the assumption that the omission of the Convention's Chapter V from the list of provisions in Art. 52(4) was unintentional. If the omission of Arts. 56–58 from Art. 52(4) is interpreted as a deliberate exclusion, it is not permissible to reintroduce these Articles under the guise of the corresponding Arbitration Rules... If this were otherwise, one could introduce the procedures for interpretation, revision and annulment in respect of decisions on annulment by way of applying the pertinent Arbitration Rules, a result that is clearly not intended by the Convention."[4]

[4] C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) p. 1042 (§422).

But as Schreuer also notes,[5] the *travaux préparatoires* of the Convention do not suggest that there was any particular reason for excluding the application of Chapter V. It appears that no State party at the time of the adoption of Arbitration Rule 53 suggested any such reason. That Rule was adopted unanimously and was treated by the Members of the Administrative Council as uncontroversial. In the circumstances, the unanimous adoption of Arbitration Rule 53 can be seen, if not as an actual agreement by the States parties to the Convention as to its interpretation, at least as amounting to subsequent practice relevant to its interpretation.[6]

13. For all these reasons, we accept that Arbitration Rule 53 was within the competence of the Administrative Council under Article 6 (3) of the Convention, to the extent that it applies Chapter V *mutatis mutandis* to proposals to disqualify any member of an *ad hoc* Committee.

The Question of Disqualification

14. We turn then to the particular question raised by the challenge to Mr. Fortier. The governing standard here is not in doubt. It is set forth in Article 14 of the Convention, which is applied to members of annulment Committees by Article 57 of the ICSID Convention. Article 14 provides as follows:

> "(1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators."

Neither Mr. Fortier's moral character nor his competence in the field of law have been questioned by the Respondent. The issue centres only on the question of his independence and impartiality with respect to the parties to the dispute, specifically the Claimants, i.e. on whether he "may be relied upon to exercise independent judgment".

---

[5] Ibid., p. 1039 (§412).

[6] Cf. Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Art. 31 (3).

15. Arbitration Rule 6, as applied to *ad hoc* Committees by Arbitration Rule 53, requires from each of the members a declaration that there is to the best of their knowledge no reason why they should not serve, and a "statement of . . . past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties". In his statement of 18 June 2001, Mr. Fortier advised that one of the partners in his law firm Ogilvy Renault had been engaged by Vivendi's predecessor, Compagnie Générale des Eaux, to advise on certain matters relating to taxation under Quebec law. Mr. Fortier had had no personal involvement in the work, which was wholly unrelated to the present case.

16. In response to certain questions put by the Respondent at the first session, Mr. Fortier affirmed that the remuneration involved was *de minimis*. He subsequently provided a memorandum from his firm stating that the work done for Vivendi S.A. had "always been very limited and, in relative terms, is inconsequential to our firm's total billing". The responsible tax partner of the firm provided a further memorandum outlining in general terms the nature of the work done and specifying the fees charged. According to this statement, fees of approximately $216,000 had been billed, of which the great majority (approximately $204,000) concerned work done in the period 1995–1999. The work was done for Vivendi S.A. but on instructions from a United States law firm which was acting generally in the matter. The work remaining to be done by Ogilvy Renault in respect of the matter was trivial; it concerned only the winding up of the arrangements in question and would involve fees of not more than $2000. The partner undertook that he would not accept any further instructions from Vivendi S.A. until after the completion of this Committee's mandate.

17. In its statement of 12 September 2001 the Respondent noted that the retainer from Compagnie Générale des Eaux was a continuing one and stated that the amounts charged on that retainer since 1995 "cannot be considered by the Republic of Argentina as *de minimis*". It also stressed the importance of the present proceedings. In these circumstances it affirmed its challenge under Article 14 of the Convention. It had originally relied, *inter alia*, on the following provisions of the Code of Ethics for International Arbitrators (International Bar Association, 1987):

> Rule 3.1: The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence. Partiality arises where an

> arbitrator favours one of the parties, or where he is prejudiced in relation to the subject-matter of the dispute. Dependence arises from relationships between an arbitrator and one of the parties, or with someone closely connected with one of the parties.
>
> Rule 3.2: Facts which might lead a reasonable person, not knowing the arbitrator's true state of mind, to consider that he is dependent on a party create an appearance of bias. The same is true if an arbitrator has a material interest in the outcome of the dispute, or if he has already taken a position in relation to it. The appearance of bias is best overcome by full disclosure as described in Article 4 below.

Rule 4 establishes, in effect, the obligation of arbitrators to declare all facts or circumstances that may give rise to justifiable doubts.

18. Consistently with this Code of Ethics, Arbitration Rule 6 of the ICSID Arbitration Rules, which is directly applicable here, imposes the obligation to declare "past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties". The fundamental principle is that arbitrators shall be and remain independent and impartial; in terms of Article 14 (1) of the Convention, they must be able to be "relied on to exercise independent judgment". Exactly the same principle applies to the members of *ad hoc* Committees. The role of the other members of this Committee is to determine whether there is "a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14".

19. Certain initial points should be made. First, although various legal entities within the Vivendi group have been mentioned (Compagnie Générale des Eaux, Vivendi S.A., Vivendi Universal), it does not appear that there is any relevant distinction between them for present purposes. Accordingly we approach the question on the basis that one of the claimant companies, or at any rate a company within the Vivendi group, is a client of Mr. Fortier's law firm in an as yet uncompleted matter. The great bulk of the work was done before the present proceedings were commenced and only a minor amount of work remains to be done. Mr. Fortier at no stage has had any personal involvement with the work or with the Claimant companies in relation thereto, and the work done bears no relationship to the present dispute.

20. Secondly, a question arises with respect to the term "manifest lack of the qualities required" in Article 57 of the Convention. This might be thought to set a lower standard for disqualification than the standard laid down, for example, in Rule 3.2 of the IBA Code of Ethics, which refers to an "appearance of bias". The term "manifest" might imply that there could be circumstances which, though they might appear to a reasonable observer to create an appearance of lack of independence or bias, do not do so manifestly. In such a case, the arbitrator might be heard to say that, while he might be biased, he was not *manifestly* biased and that he would therefore continue to sit. As will appear, in light of the object and purpose of Article 57 we do not think this would be a correct interpretation.

21. Decisions on a proposal to disqualify an arbitrator under Article 57 have been made in two previous cases. In the *Amco Asia* case, the Respondent challenged the Claimant's party-appointed arbitrator, Mr. Rubin, on a number of grounds. Prior to his appointment as arbitrator (but after the commencement of the arbitration) Mr. Rubin had personally given a limited amount of tax advice to the principal shareholder in the Claimant company. His law firm had also, prior to the commencement of the arbitration, had a profit sharing arrangement with the lawyers acting for the Claimants. During the period of that arrangement neither the shareholder nor the Claimant had been clients of either law firm. In their unpublished decision of 14 June 1982,[7] the other two arbitrators (Professors Goldman and Foighel) first affirmed by reference to the object and purpose of the Convention, that . . .

> "an absolute impartiality . . . of all the members of an arbitral tribunal, is required, and it is right to say that no distinction can and should be made, as to the standard of impartiality, between the members of an arbitral tribunal, whatever the method of their appointment."[8]

But they went on to say that this requirement did not preclude the appointment as an arbitrator of a person who has had, before his appointment, some relationship with a party, unless this appeared to create a risk of inability to

---

[7] ICSID Case ARB/81/1, *Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, Decision on the proposal to disqualify an arbitrator, of 24 June 1982, unpublished.

[8] As cited by M. Tupman, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration", *ICLQ*, v. 38, 1989, p.26 at p. 45.

exercise independent judgment. In this context, in their view, the existence of some prior professional relationship in and of itself did not create such a risk "whatever the character—even professional—or the extent of said relations."[9] As to Article 57, they laid stress on the term "manifest", which in their view required "not a possible lack of the quality, but . . . a highly probable one."[10] On this basis they rejected the challenge. In their view, legal advice (with a fee, in 1982, of Can$450) given by someone who had never been "regular counsel of the appointing party" was minor and had no bearing on the reliability of the arbitrator; nor could the links between the two law firms "create any psychological risk of partiality".[11] Thus Mr. Rubin's lack of reliability was not manifest; indeed, in their view, it was not even reasonably apprehended.

22. The decision has been strongly criticized.[12] To the extent that it concerned a personal relationship of legal advice given by the arbitrator to a party or to a related person after the dispute in question had arisen, it can in our view only be justified under the *de minimis* exception. That the advice was given on an unrelated matter, though a relevant factor, can hardly be sufficient. The fact remains that a lawyer-client relationship existed between the claimant and the arbitrator personally during the pendency of the arbitration; this must surely be a sufficient basis for a reasonable concern as to independence, unless the extent and content of the advice can really be regarded as minor and wholly discrete.

23. The second decision under Article 57 was given on 19 January 2001 in the *Zhinvali* case, which is still pending. There the challenge was based on the existence of occasional, purely social, contacts between the arbitrator in question and an executive instrumental in the claimant's investment. The other two arbitrators stressed the absence of any professional or business relationship between the arbitrator and the person concerned, and concluded that to suggest that a merely occasional personal contact could manifestly affect the judgment of an arbitrator, in the

[9] Ibid.
[10] Ibid.
[11] Ibid.
[12] Ibid., p. 51.

absence of any further facts, was purely speculative.[13] They accordingly dismissed the challenge.

24. On the crucial question of the threshold test, the *travaux préparatoires* of Article 57 give little guidance. Schreuer says only that the requirement that the lack of impartiality must be manifest "imposes a relatively heavy burden of proof on the party making the proposal".[14] Some guidance is however to be obtained from general authorities in the field of international arbitration. According to Fouchard, Gaillard & Goldman, the existence of business relations between an arbitrator and one of the parties does not necessarily lead to the existence of a relationship of dependency that would justify a challenge.[15] They note, realistically, the large number of possibilities that exist for arbitrators to have or have had some "professional contact" with the parties. In this respect, an illustrative case is that of *Philipp Brothers*,[16] where it was stressed that a professional party could not be allowed to challenge *en bloc* all other professionals within his or her milieu. The authors also refer to an ICC arbitration where counsel acting for one of the parties belonged to the same firm as the president of the arbitral tribunal. The Paris *Cour d'appel* held that belonging to such an "association of interests" as a large law firm with multiple divisions and specializations does not imply economic dependency sufficient to justify disqualification.[17]

25. It is not necessary to consider the implications of the term "manifest" in Article 57 for cases in which there is any dispute over the facts, since there is none in the present case. On the one hand it is clear that that term cannot preclude consideration of facts previously undisclosed or unknown, provided that these are duly established at the time the decision is made. On the other hand, the term must exclude reliance on speculative

---

[13] ICSID Case ARB/00/1, *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator, 19 January 2001 (Davis Robinson, Seymour J. Rubin), unpublished.

[14] Schreuer, *Commentary*, p. 1200, §16, and see ibid., p. 1199, §14 for a review of the *travaux*. On the meaning of the term "manifestly" in Arts. 36 (3) and 52 of the Convention see ibid., pp. 458–460, §§45–47, pp. 932–936, §§137–146, respectively. It is implicit in what we have said that the term may have a different meaning in these different contexts.

[15] *Traité d'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1999, pp. 584.

[16] TGI Paris, 28 October 1988 and 29 June 1989, *Rev. arb.* 1990, p. 497.

[17] Judgment of 28 June 1991, *Rev. arb.* 1992, p. 568, reported by P. Bellet; cited by Fouchard, Gaillard & Goldman, pp.584–585.

assumptions or arguments—for example, assumptions based on prior and in themselves innocuous social contacts between the challenged arbitrator and a party. But in cases where (as here) the facts are established and no further inference of impropriety is sought to be derived from them, the question seems to us to be whether a real risk of lack of impartiality based upon those facts (and not on any mere speculation or inference) could reasonably be apprehended by either party. If (and only if) the answer is yes can it be said that the arbitrator may not be relied on to exercise independent judgment.[18] That is to say, the circumstances actually established (and not merely supposed or inferred) must negate or place in clear doubt the appearance of impartiality. If the facts would lead to the raising of some reasonable doubt as to the impartiality of the arbitrator or member, the appearance of security for the parties would disappear and a challenge by either party would have to be upheld. Once the other arbitrators or Committee members had become convinced of this conclusion, there would no longer be room for the view that the deficiency was not "manifest".

26. Turning to the facts of the present case, it is true that a partner of Mr. Fortier's had (and still has) the Claimants or one of their affiliates as a client. But we do not think that this, in and of itself, is enough to justify disqualification in the circumstances of this case. Relevant on the other hand are the following facts: (a) that the relationship in question was immediately and fully disclosed and that further information about it was forthcoming on request, thus maintaining full transparency;[19] (b) that Mr. Fortier personally has and has had no lawyer-client relationship with the Claimants or its affiliates; (c) that the work done by his colleague has nothing to do with the present case; (d) that the work concerned does not consist in giving general legal or strategic advice to the Claimants but concerns a specific transaction, in which Ogilvy Renault are not the lead firm; (e) that the legal relationship will soon come to an end with the closure of the transaction concerned.

---

[18] For examples of the application of a test of this kind to diverse facts see e.g. *AT & T Corporation v. Saudi Cable Co.* [2000] 2 Lloyd's Rep. 127; *In re Medicaments and Related Classes of Goods (No. 2)* [2001] 1 WLR 700.

[19] Mr. Fortier declined, in our view reasonably, to provide details of his overall remuneration with Ogilvy Renault. Disclosure of that information, confidential to him and his partners, was not necessary in order to decide on the proposal for disqualification.

27. In these specific circumstances we see no reason to regard Mr. Fortier's independence as in any way impaired by the facts disclosed. We therefore do not need to rely on any *de minimis* rule as a basis for our conclusion. We note that the Respondent does accept in principle the existence of such a rule.[20] While we agree with the Respondent that the amount of fees earned in the transaction since its inception is not *de minimis*, it is the case that only a small amount will have been charged for the last stages of the work, in the period 2000–2002. This is the relevant period for the purposes of the present annulment request. If necessary, the *de minimis* rule would have provided a further basis for rejecting the proposal for disqualification.

Conclusions

28. To summarise, we agree with earlier panels which have had to interpret and apply Article 57 that the mere existence of some professional relationship with a party is not an automatic basis for disqualification of an arbitrator or Committee member. All the circumstances need to be considered in order to determine whether the relationship is significant enough to justify entertaining reasonable doubts as to the capacity of the arbitrator or member to render a decision freely and independently. In the present case, for the reasons given above, the continuing relationship between another partner of Ogilvy Renault and Vivendi is not significant enough for this purpose. Accordingly the proposal for disqualification submitted by the Respondent must be dismissed.

Professor James Crawford SC *Professor José Carlos Fernández Rozas*

3 October 2001

[20] See above, paragraph 17.

Doc. num. 68

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

1818 H STREET, NW | WASHINGTON, DC 20433 | E.U.A.
TÉLÉPHONE (202) 458 1534 | TÉLÉCOPIE (202) 522 2615
WWW.WORLDBANK.ORG/ICSID

20 octobre 2016

Par courriel

Monsieur Víctor Pey Casado
et Fondation President Allende
c/o Monsieur Juan E. Garcés
Calle Zorrilla no. 11, primero derecha
Madrid – 28014
Espagne

Réf: Víctor Pey Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili
(Affaire CIRDI No. ARB/98/2 – Nouvel examen)

Monsieur Garcés,

J'accuse réception de votre communication en date du 18 octobre 2016 et des documents qui y sont joints.

Nous attirons l'attention de Monsieur Pey Casado et de la Fondation Président Allende sur le fait que le tribunal constitué dans la procédure de resoumission a rendu sa sentence le 13 septembre 2016. Aucune des procédures prévues aux articles 49, 50, et 51 de la Convention CIRDI n'étant actuellement pendante devant ce tribunal, les demandes formulées au paragraphe (II) de la lettre de M. Pey Casado et la Fondation Président Allende ne peuvent lui être soumises.

Nous confirmons par ailleurs que si une partie à une affaire d'arbitrage CIRDI estime qu'une erreur matérielle figure dans la sentence rendue par le tribunal dans cette affaire, il lui est loisible de déposer une requête pour en demander la correction conformément aux dispositions prévues à l'article 49 de la Convention CIRDI.

Par souci de transparence et afin d'éviter toute confusion ultérieure, la correspondance échangée après la sentence sur les questions évoquées ci-dessus est jointe à la présente lettre dont la République du Chili est mise en copie. Dans toute correspondance future et dans le but de faciliter la transmission des communications, nous remercions les destinataires de cette lettre de bien vouloir se mettre en copie.

Nous transmettons la présente lettre à Messieurs Berman, Veeder et Mourre pour leur parfaite information.

Je vous prie d'agréer, Monsieur Garcés, l'expression de mes salutations distinguées.

Meg Kinnear
Secrétaire général

Pièces jointes
Cc (avec pièces jointes) :

- République du Chili
  s/c M. Carlos Álvarez Voullième, Directeur
  Mme Liliana Macchiavello
  Mme Victoria Fernández-Armesto
  Agence de Promotion des Investissements – InvestChile
  Ahumada 11, Piso 12
  Santiago du Chili, Chili

  et

  M. Paolo Di Rosa,
  Mme Gaela Gehring Flores
  Mme Mallory Silberman
  Arnold & Porter LLP
  601 Massachusetts Ave. NW
  Washington, D.C. 20001, É.-U.

  et

  M. Jorge Carey
  M. Gonzalo Fernández
  M. Juan Carlos Riesco
  Carey & Cia.
  Isidoro Goyenechea 2800 Piso 43
  Las Condes, Santiago, Chili

- Sir Franklin Berman, KCMG, QC,
- M. V. V. Veeder, QC
- Me Alexis Mourre

Doc. num. 69

Juan E. Garcés, Abogado
ZORRILLA, 11 - 1° - DCHA.
TELÉF. 91 360 05 36 - FAX: 91 5311989
E-mail: 100407.1303@compuserve.com
28014 MADRID

Madrid, le 18 octobre 2016

Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI
M. le Secrétaire du Tribunal arbitral
Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende v. République du Chili (Affaire No. ARB-98-2). Nouvelle soumission du différend

Madame la Secrétaire Générale, Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral,

Par la présente les parties Demanderesses ont l'honneur :

(I) de signaler deux erreurs dans la formulation de la Sentence du 13 septembre 2016, figurant au §198 et au point 2 du Dispositif, dont elles devront engager au plus tard le 28 octobre 2016 la procédure régie par l'article 49(2) de la Convention. Il est essentiel, pour que les Demanderesses puissent déposer la demande formelle, que cette démarche soit présentée devant un Tribunal arbitral dont l'impartialité et l'indépendance découlent de critères objectifs irréprochables ;

(II) de demander respectueusement au présent Tribunal arbitral a) d'assurer la *full disclosure* des informations requises le 13 octobre 2016, b) de permettre aux parties Demanderesses d'être entendues au sujet d'un conflit d'intérêts concernant la République du Chili et MM. les arbitres Sir Franklin Berman, QC, et VV. Veeder, Q.C., membres des Essex Court Chambers, c) de suspendre les délais prévus dans les articles 49(2), 51(2) et 52(2) de la Convention du CIRDI jusqu'à ce que soit prise une décision à propos de l'invitations faite aux arbitres de soumettre leur démission volontaire conformément aux articles 6(2) et 8(2) du Règlement d'arbitrage et l'article 14 de la Convention.

Les antécédents et les fondements des deux demandes sont les suivants.

I

L'erreur dans le §198 et le Dispositif de la Sentence du 13 septembre 2016

1. Conformément aux articles 49(2) de la Convention et 49(1)(c)(ii) du Règlement d'arbitrage, sur requête d'une des parties « *le Tribunal peut (...) corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci* ».

2. L'erreur suivant figure dans la phrase finale du §198 de la Sentence de 2016 :

> *« Le Tribunal terminera avec une dernière observation avant de passer à un autre sujet: si la prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien avait*

> *effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation - et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen.* »

3. La notion d'une « *prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien* » dénote un porte-à-faux majeur.

4. En effet, au grand dam des Demanderesses, le dossier arbitral démontre que, malgré leurs efforts pour amener l'Etat du Chili au moins à sursoir à la prise de cette décision, puis à son exécution, l'ensemble a été confirmé par toutes les instances des juridictions chiliennes, comme on peut le lire dans la Sentence arbitrale de 2008 :

> *455. Les demanderesses soulignent également que leurs recours auprès du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire visant à mettre en cause la compatibilité de la Décision n°43 avec la procédure judiciaire introduite en 1995 ont tous été rejetés. Elles indiquent avoir attiré en vain l'attention du* Contralor general *sur l'incompatibilité de la Décision n°43 avec l'action intentée devant la Première Chambre civile de Santiago. Leur demande de rétractation des décrets de paiement de l'indemnisation accordée par la Décision n°43, déposée le 29 juillet 2002, aurait également été rejetée in* limine litis *le 14 octobre 2002. Par ailleurs, la demande de mesures conservatoires des demanderesses déposée auprès de la Première Chambre civile de Santiago à l'encontre de la Décision n°43 a été rejetée le 2 octobre 2001397 et la requête déposée par les demanderesses auprès de la Cour suprême le 5 juin 2002 arguant d'un conflit de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire a été déclarée irrecevable. Enfin, les parties demanderesses indiquent que leur recours en protection constitutionnelle pour violation de leur droit de propriété sur la rotative Goss, porté devant la Cour d'appel de Santiago, a lui aussi été déclaré irrecevable et sans fondement par cette dernière le 6 août 2002.*
>
> *456. Le rejet de l'ensemble de ces recours est constitutif, selon les demanderesses, d'un déni de justice à l'origine d'un différend né après l'entrée en vigueur de l'API, lorsque, d'une part, les parties demanderesses ont déposé un recours en rétractation devant le Contralor le 29 juillet 2002 et lorsque, d'autre part, la Première Chambre civile de Santiago a rejeté leur demande de mesures conservatoires le 2 octobre 2001.*[1]

5. Ainsi, à l'évidence, le sujet d'une hypothétique *nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien* de la Décision n° 43 du Ministère des Biens Nationaux, du 28-04-2000, qui avait accordé des compensations pécuniaires à des tiers non propriétaires de l'investissement, ne figure pas dans la partie de la Sentence initiale de 2008, ferme et définitive, ayant l'autorité de la chose jugée :

> *« Comme d'autres démarches ou manipulations auxquelles des parties à l'arbitrage croient devoir ou pouvoir recourir* pendente lite *pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral (v., par exemple, la Décision n°43 du 28 avril 2000, ou les tentatives faites pour obtenir de Madrid une interprétation*

[1] Sentence arbitral du 8 mai 2008, §§455, 456, références omisses

favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres"[2].

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

7. La propriété de l'investissement par les investisseurs espagnols, que ce soit en 1972 (achat de 100% des actions de CPP S.A. par M. Pey), en 1990 (cession de 90% des actions à la Fondation), en 1995 (décision de la justice chilienne restituant le 100% des titres de propriété de CPP S.A. à M. Pey), en 2000 (adoption de la Décision 43), en 2004 (introduction de la demande complémentaire pour déni de justice), a été statuée par le Tribunal arbitral initial qui, dans sa Sentence, a rejeté la totalité des exceptions sur la compétence présentées par la Défenderesse et a prononcé, avec l'autorité de la chose jugée, les points 1, 2 et 3 du Dispositif, dont les fondements sont, entre autres, les paragraphes

> « *180. Le Tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des preuves, est parvenu à la conclusion que M. Pey Casado a acheté l'intégralité des actions de la société CPP S.A. au cours de l'année 1972* »,
>
> « *196. Au vu des éléments qui précédent, le Tribunal est en mesure de conclure que M. Pey Casado a effectivement fait l'acquisition, pour la somme de 1,28 million USD, de la totalité des titres de la société CPP S.A., qui elle-même possédait l'intégralité du capital de la société EPC Ltda.* »,
>
> « *215.* ***Le 29 mai 1995****, au vu 'de la valeur probante des antécédents', la Huitième a accepté d'ordonner la restitution des documents demandés. Après examen du dossier, le Tribunal correctionnel a estimé que M. Pey Casado ne pouvait prouver sa qualité de propriétaire qu'à l'aide des éléments du dossier judiciaire qu'il* [le Tribunal] *détenait, reconnaissant par là même que M. Pey Casado était effectivement l'acquéreur et le propriétaire des actions»* (soulignement ajouté).
>
> « 229. *Le Tribunal conclut que, au moment où a été effectuée la saisie du journal El Clarín* [le 11-09-1973], *M. Pey Casado devait être considéré comme le seul propriétaire légitime des actions de la société CPP S.A.* »,
>
> « *235. Le Tribunal conclut des développements qui précèdent que la condition d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI est bien satisfaite en l'espèce*» [aux dates du dépôt et de l'enregistrement de la Requête d'arbitrage le 6 novembre 1997 et le 24 avril 1998, respectivement],
>
> « *520. Le Tribunal arbitral ayant constaté que, contrairement à la thèse de la défenderesse, M. Pey Casado avait bien établi son titre de propriété, il est superflu de rouvrir ici cette discussion* »,
>
> « *525. De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation a démontré qu'elle était en possession de 90% des actions de CPP S.A., qui lui ont été transmises par M. Pey*

[2] Ibid., 2008, page 103, note 270

Casado au moyen d'écritures passées entre ***le 6 octobre 1989 et le 27 mai 1990****. Cette transmission a été parfaite à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture,* ***le 27 avril 1990*** *»* (soulignement ajouté).

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

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

9. La Sentence communiquée le 13 septembre 2016 se réfère, quant à elle, à la question de la nullité de droit public du Décret n° 165, entre autres, dans les §§53, 54, 56-60, 62, 64, 65, 71, 75, 79, 88, 98, 144, 196, 197, et même dans le commencement du §198 :

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

10. Bref, la Sentence arbitral de 2008 ayant reconnu et déclaré, avec l'autorité de la chose jugée, que les propriétaires de l'investissement étaient M. Pey Casado et la Fondation espagnole, et que cet investissement était protégé par l'API (points 1 à 3 du Dispositif), faire dépendre - dans la phrase finale du §199 de la Sentence de 2016- «*la propriété* » des investisseurs espagnols d'une décision des juridictions internes qui, dans un futur indéterminé, pourrait déclarer la « *nullité de la Décision 43* », est une erreur compte tenu qu'il s'agit a) d'un sujet incongru et manifestement contraire aux points 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence de 2008, b) d'une modification de cette Sentence interdit par l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage, qui dispose « *le nouveau Tribunal ne procède pas à un nouvel examen de toute partie non annulée de la sentence* ».

11. Pour ces motifs, la phrase finale du §199 est une erreur.

**

L'erreur figurant dans le Dispositif de la Sentence du 13 septembre 2016

12. Le point 2 du Dispositif, bien que renvoyant expressément au §704 de la Sentence initiale, déforme considérablement sa signification par absence de spécificité.

13. En effet, ledit §704, annulé par la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 et dont l'articulation avec le point 3 du Dispositif de la Sentence de 2008 a été donc éliminée avec l'autorité de la chose jugée, traite clairement et exclusivement du dommage moral:

> *« 704. Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne la demande relative au dommage moral. Outre le fait que les demanderesses n'ont pas apporté de preuves permettant l'évaluation d'un tel préjudice le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante.* »

14. En conséquence, le point 2 du Dispositif contient une erreur, il ne peut pas s'appuyer sur le §704 de la Sentence initiale a) puisque ce paragraphe a été invalidé par le Comité *ad hoc* et b) parceque son but et sa portée ont trait exclusivement au dommage moral.

15. Néanmoins, une demande de correction du §199 et du point 2 du Dispositif de la Sentence communiquée le 13-09-2016 ne peut pas être déposée dans le délai des 45 jours suivants, c'est-à-dire le 18 octobre 2016 au plus tard, du fait de circonstances spécifiques connues après la communication de la Sentence, c'est-à-dire un conflit d'intérêt entre la République du Chili et les deux arbitres membres des Essex Court Chambers qui des conséquences apparentes sur leur impartialité et indépendance. Des circonstances que l'on exposera ci-après.

***

II

Le conflit d'intérêt entre la République du Chili et les deux arbitres membres des *Essex Court Chambers*.

1. Le standard que en matière de conflits d'intérêt la République du Chili et le Centre ont appliqué aux parties Demanderesses dans la présente procédure arbitral

16. Le 18 décembre 2013 la partie Défenderesse a communiqué au présent Tribunal arbitral son opinion à ce sujet[3] :

> *46. Article 14(1) of the Convention mandates that arbitrators "*be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, **who may be relied upon to exercise independent judgment**.*"*[4] *As Professor Schreuer has noted, of the three qualities listed in Article 14(1), "*only the requirement of reliability to exercise independent judgment has played a role in practice.*"*[5]
>
> *47. Although the English version of the Convention states that an arbitrator must be a person "*who may be relied upon to exercise independent judgment,*"*[6] *ICSID tribunals —as well as the Centre itself— repeatedly have recognized that an arbitrator must also be relied upon to be impartial.*[7] *The requirement of independence*

[3] Voir la lettre de la partie Défenderesse du 18 décembre 2013
[4] 88 ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).
[5] RA-10, CHRISTOPH SCHREUER ET AL., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Art. 57 ¶ 18 (2d. ed. 2009) ("Schreuer, *Commentary*, Art. 57").
[6] ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).
[7] RA-7, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007), ¶ 28 (Salacuse, Nikken) ("*Suez (Challenge)*"); *see also* RA-4, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30

*and impartiality not only is an approach that "*accords with that found in many arbitration rules,*"[8] but is also one that is mandated by the terms of the ICSID Convention. As many tribunals have acknowledged, the Spanish version of Article 14(1) refers to an arbitrator's "*impartiality*"[9] rather than independence. "*Since the [ICSID Convention] by its terms makes both language versions equally authentic, [both] the standards of independence and impartiality [apply] in making our decisions."[10] (…)*

*48. While "*the precise nature of the distinction [between independence and impartiality] is not always easy to grasp[,] [g]enerally speaking independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties.*"[11]*

*49. As the Chairman of the Administrative Council recently emphasized in his decisions to disqualify arbitrators in the Blue Bank v. Venezuela and Burlington Resources v. Ecuador arbitrations, to prove that an arbitrator lacks independence or impartiality, the party requesting disqualification need not demonstrate actual bias. In both cases, the Chairman of the Administrative Council made the following (identical) statement: "*Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather, **it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias**.*"[12] The Urbaser v. Argentina tribunal, which the Chairman of the Administrative Council cited in support of his rulings in Blue Bank and Burlington Resources,[13] explained: "*The requirements of independence and impartiality serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case. In order to be effective this protection does not require that actual bias demonstrate a lack of independence or impartiality.*"[14] Instead,* "[a]n appearance of such bias from a reasonable and informed third person's point of view is sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."[15] *As Professor Sands himself noted in the context of challenges based on arbitrators who serve simultaneously as counsel,* "the test is not what we think, but what a reasonable observer would think.*"[16]

*50. Although many claims of partiality have been based on relationships between arbitrators and the parties (or arbitrators and counsel), other circumstances may be "*sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality.*"[17] As the Conoco Phillips tribunal recently held, justifiable doubts can arise out of any*

(Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, 27 February 2012), ¶ 54 (Keith, Abi-Saab) ("*ConocoPhillips (Challenge)*"); RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 36.

[8] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28.

[9] ICSID Convention, Art. 14(1) (Spanish) (stating that arbitrators "deberán . . . inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio").

[10] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28; *see also* RA-4, *ConocoPhillips (Challenge)*, ¶ 54; RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶36.

[11] RA-7, Suez (Challenge), ¶ 29.

[12] RA-2 Blue Bank (Challenge), ¶ 59 (emphasis added); RA-3, Burlington Resources (Challenge), ¶ 66 (ICSID Administrative Council Chairman Kim).

[13] RA-2, Blue Bank (Challenge), ¶ 59; RA-3, Burlington Resources (Challenge), ¶ 66 (citing RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43).

[14] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43.

[15] Id.

[16] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43.

[17] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43

circumstances leading a reasonable person to conclude that an arbitrator might be "influenced by factors other than those related to the merits of the case."[18] *(...).*

*53. (...) as the recent decisions by the Chairman of the Administrative Council in the Blue Bank and Burlington Resources cases confirm, there is little practical difference between the standard derived from the IBA Guidelines applied in Perenco and the one set forth in Article 57 of the ICSID Convention. As the PCA stated in Perenco, under the IBA Guidelines, "*Judge Brower would be disqualified if 'circumstances . . . have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts' as to Judge Brower's impartiality or independence."[19] *Under the General Standard of the IBA Guidelines, justifiable doubts exist "*if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision."[20] *This is an "*appearance test."[21] *Accordingly, a finding that the arbitrator "*is actually biased . . . or has actually prejudged the merits of the dispute is not necessary in order for the challenge to be sustained . . . ."[22]

*54. The standard for impartiality is evaluated the same way in the Article 57 context. As the Chairman of the Administrative Council held in the recent Blue Bank and Burlington Resources decisions: "*Independence and impartiality both 'protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case.'"[23]
For disqualification due to the lack of one of these qualities, "[t]he applicable legal standard is an 'objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party.'"[24] Proof of actual dependence or bias is not required; "rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias."[25] *(...).*

*55. The "*appearance*" standard is employed in numerous jurisdictions. As the Working Group that drafted the IBA Guidelines explained, in preparing the Guidelines,* "[t]he members of the Working Group submitted 13 National Reports from the following jurisdictions: Australia, Belgium, Canada, England, France, Germany, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Singapore, Sweden, Switzerland, and the United States."[26] *These reports covered a wide range of issues, including whether "an 'appearance' test or something similar is applied . . .."*[27] *Out of the 13 surveyed,* "[a]ll of the jurisdictions agree that a challenge to the impartiality and

---

[18] RA-4, ConocoPhillips (Challenge), ¶ 55. As Professor Schreuer has noted, one example of issue conflict "arises in investment arbitrations when an arbitrator is also involved as counsel in another pending case. Challenging parties in those types of situations argue that if an arbitrator also acts as counsel in another investment case, involving similar legal issues, an unbiased approach cannot be maintained." RA-10, Schreuer, Commentary, Art. 57, ¶ 34.
[19] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (quoting RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(b)).
[20] RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(c). This interpretation also has been accepted in the Article 57 context.
[21] RA-11, IBA Guidelines, Explanation to General Standard 2(b); *see also* RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶¶ 42–44.
[22] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (emphasis in original).
[23] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.
[24] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 60; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 67 (quoting RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶¶ 39–40).
[25] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.
[26] RA-12, *Background Information on the IBA Guidelines*, pp. 436–437
[27] *Id.* p. 437.

> independence of an arbitrator depends on the appearance of bias and not actual bias."[28]

17. En acceptant la démission volontaire le 13 janvier 2013 de l'arbitre proposé par les Demanderesses, le prof. Philippe Sands, le Tribunal arbitral a assumé l'application du standard et des tests ci-dessus proposés par la République du Chili.

18. Le 5 juillet 2014 la République du Chili a également récusé M. le Secrétaire du Tribunal arbitral au motif suivant :

> *Chile took note of the disclosures made at the First Session by Claimants' counsel and by the Secretary of the Tribunal, Mr. Paul-Jean LeCannu, concerning (a) the ongoing status of Mr. LeCannu's father as a consultant to one of Claimants' counsel's law firms, Gide Loyrette Nouel, and (b) Mr. LeCannu's own role as an intern at Gide Loyrette Nouel years ago.*

19. En révélant ce rapport avec le Cabinet Gide, les Demanderesses appliquaient loyalement, sans réserve ni restriction aucunes, le Principe Général nº 7 de la IBA relatif aux conflits d'intérêt dans l'arbitrage international :

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

20. En acceptant la récusation du Secrétaire Général formulée par l'Etat du Chili, le Centre a fait une application extrêmement extensive dans le système CIRDI des incompatibilités établies dans lesdits Principes de l'IBA relatifs aux conflits d'intérêt.

***

2. <u>Les circonstances spécifiques en l'espèce</u>

21. Depuis le commencement du présent arbitrage en 1997 l'Etat du Chili n'a cessé de tenter de placer le Tribunal sous son contrôle, direct ou indirect, ou, alternativemnt, de saborder la procédure arbitrale, ce qui a abouti à prolonger la procédure et maximiser les coûts.[29]

22. En résumé, très abrégé, il est attesté dans la présente phase de la procédure[30] que

- **Le 5 mai 1998,** la représentation de la République du Chili a exigé du Secrétaire Général du CIRDI l'annulation de l'enregistrement de la Requête, en déclarant qu'il demanderait la nullité de la Sentence à venir si celle-ci ne lui était pas favorable.[31]

---

[28] *Id.*, p. 441.

[29] Voir la pièce CRM89, 2005-09-19 <u>Mémoradum rélatif à la mauvaise foi du Chili</u>

30 Voir la <u>Brève synthèse raisonnée de la méthode mise en oeuvre par la représentation du Chili afin de faire échec à l'arbitrage: placer le Tribunal sous influence, prolonger la procédure et maximiser les coûts</u>, du 27 juin 2014, pièce CM-00

31 Ibid, p. 4.13.1.2

- **Le 29 juillet 1998,** la représentation de la République du Chili a désigné, en qualité d'arbitre, « *el distinguido jurista mexicano Don Jorge Witker Velásquez*», en passant sous silence qu'il était chilien *iure soli* et *iure sanguinis*.[32]

- **Le 18 novembre 1998,** la représentation du Chili a nommé comme arbitre M. Galo Leoro-Franco, Grand-Croix de l'Ordre Bernardo O'Higgins, la plus haute décoration de la République du Chili.[33]

- **Le 30 novembre 1998,** le Ministre chilien de l'Economie a adressé une lettre à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI où il attaque le Centre pour avoir enregistré la **Requête d'arbitrage.**[34]

- **Le 2 février 1999**, lors de l'acte de constitution du Tribunal, le représentant du Chili a reconnu qu'**antérieurement au 20 avril 1998** (date de l'enregistrement de la Requête), le Ministre de l'Economie du Chili s'était déplacé au CIRDI afin d'insister personnellement pour que la **Requête** introduite le 7 novembre 1997 ne soit pas enregistrée.[35]

- **Le 2 février 1999,** également, la représentation de la République du Chili a remis en main propre au Tribunal arbitral une copie de la lettre du Ministre chilien de l'Economie[36], datée du 30 novembre 1998 et adressée à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI, où après avoir attaqué le Centre pour avoir enregistré la **Requête** l'auteur affirmait : "*nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal*", et menaçait de "***demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)***" au cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulerait pas l'enregistrement de la Requête.

- **Avril 2001,** la représentation de la République du Chili s'oppose avec succès à la désignation par le Centre de Madame Gabrielle Kauffmann-Kohler comme Présidente du Tribunal arbitral.

- **Le 2 avril 2001,** le représentant du Chili demande au Tribunal arbitral de lui communiquer le détail d'une réunion à huis-clos du Tribunal, les opinions qui y ont été émises, le compte-rendu, l'enregistrement, les notes prises pendant la réunion ou, alternativement, que chacun des arbitres communique au Chili «*une version précise et détaillée de ce qui a été discuté et décidé pendant cette réunion ou ces réunions, tout ceci certifié par Monsieur le Secrétaire du Tribunal…* ».

- **Le 21 août 2002**[37], la Chambre des Députés du Chili tient une séance spéciale sur la présente procédure arbitrale. Les partis gouvernementaux approuvent une motion demandant que la République du Chili ne respecte pas une éventuelle décision du Tribunal arbitral favorable aux investisseurs espagnols.

---

[32] *Ibid*, p.4.13.1.7
[33] Voir la lettre de l'agent du Chili adressée au Centre le 18 novembre 1998
[34] Pièce C-M01, Mémoire initial des Demanderesses du 17 mars 1998, §4.13.1.10
[35] Pièce C-M01, ibid, §4.13.1.1.1
[36] Lettre du Ministre chilien de l'Economie du 20 novembre 1998, pièce ci-jointe n° 1; Pièce C-M01f, **Mémoire** du 17 mars 1998, §4.13.1.10
[37] Pièce C208

- **Le 24 août 2005**, la représentation de la République du Chili demande la récusation de l'entier Tribunal arbitral, après que, le 27 juin 2005, celui-ci ait fait connaitre aux Parties, par l'intermédiaire du Centre, qu'il avait rédigé un projet de Sentence, et le 12 août 2005 que les membres du Tribunal arbitral devaient se réunir début septembre afin de la finaliser.

- **Le 26 août 2005**, M. Leoro Franco, arbitre désigné par la République du Chili donne sa démission au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné.

- **Le 8 septembre 2005**, le Centre informait les membres du Tribunal et les parties Demanderesses qu'une réunion *ex parte* s'était tenue le 2 septembre 2005 à Washington D.C. entre, d'une part, le Secrétaire Général du Centre et, d'autre part, le Ministre de l'Economie du Chili –en sa qualité d'envoyé personnel du Président du Chili-, l'Ambassadeur du Chili aux EE.UU., ainsi que d'autres membres d'une délégation chilienne, dont M. Jorge Carey, représentant personnel du Président du Chili dans la présente phase de la procédure arbitrale.

Ces infractions à la Convention et aux Règles de l'arbitrage sont mentionnées dans la partie de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard, pp. 729, 34-37) qui a condamné le Chili pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, condamnation que la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 (L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri), p. 353, a déclarée *res iudicata.*

- **Le 17 mai 2006**[38]**,** la représentation de la République du Chili s'oppose avec succès à la nomination par le Centre de Mme. Brigitte Stern, en qualité d'arbitre du Tribunal arbitral en remplacement de M. Leoro Franco.

- **Le 6 janvier 2014,** la représentation de l'Etat du Chili a récusé l'arbitre nommé par les Demanderesses, le Prof. Philippe Sands, qui le 10 janvier 2014 a décidé de s'écarter du Tribunal *« to allow these proceedings to continue without the distraction posed by my involvement (…) the interest of the parties and the ICSID system ».*[39]

3. <u>Un conflit d'intérêts entre deux arbitres et la République du Chili</u>

23. Lorsque les Demanderesses ont dû nommer un arbitre conformément à l'art. 37(2)(b)), elles ont toujours pris soin de préserver la neutralité et l'indépendance des arbitres à l'égard de toutes les parties. Ainsi, lorsque le 20 mai 2013 elles ont demandé à M. Albert Jan van den Berg sa disponibilité pour le nommer arbitre, celui-ci a répondu affirmativement et, respectueux des principes de l'arbitrage international, a immédiatement dévoilé aux Demanderesses l'information permettant à ceux-ci de considérer la possibilité d'un conflit d'intérêts. Les courriels échangés avec M. van den Berg sont les suivants:

De: Albert Jan van den Berg [mailto:ajvandenberg@hvdb.com]
Enviado el: martes, 21 de mayo de 2013 21:09
Para: 'JGarces'
Asunto: RE: A M. van den Berg. Réf. Affaire CIRDI N° ARB/98/2

Monsieur,

[38] Lettre de la République du Chili du 30 mai 2006, accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/240506_fr.pdf
[39] Voir la lettre de démission du Prof. Philippe Sands du 10 janvier 2014

Concernant le sujet susmentionné, je suis disposée à servir en tant qu'arbitre.

J'ai, par le passé, eu l'occasion d'œuvrer en tant qu'avocat dans le cadre de l'affaire « République du Chili contre Azeta B.V. », ayant été déférée aux juridictions néerlandaises. Ce dossier concernait des procédures d'exécution forcée lors d'un jugement rendu à Rotterdam en 1984 contre la République du Chili. Ces procédures judiciaires furent conclues par un jugement de la cour d'appel d'Amsterdam le 29 janvier 2013. Celui-ci n'a pas été frappé d'un recours en cassation.
Salutations distinguées,

Albert Jan van den Berg
Hanotiau & van den Berg
IT Tower, 9th Floor
480 Avenue Louise, B.9
1050 Brussels
Belgium

Les Demanderesses lui ont répondu :

De: JGarces [mailto:100407.1303@compuserve.com]
Enviado el: jueves, 23 de mayo de 2013 16:56
Para: 'Albert Jan van den Berg'
Asunto: A M. van den Berg. Réf. Affaire CIRDI N° ARB/98/2

Madrid, le 23 mai 2013

A Monsieur Albert Jan van den Berg
Bruxelles
Belgique

Monsieur,
Je vous remercie de votre réponse rapide et positive à notre demande du 20 mai dernier.

Je vous écris aujourd'hui avec une très profonde tristesse.

Je n'avais la moindre idée du fait que vous aviez été avocat de la République du Chili dans l'affaire Azeta B.V., ce dont vous avez eu la gentillesse de m'informer. Je vous en suis gré, car bien au-delà de notre volonté, cela pourrait dans l'avenir créer des situations objectivement embarrassantes pour vous, ou l'une ou l'autre de parties, dans l'étape à venir de cette procédure d'arbitrage où nous nous sommes trouvés face à des situations tout à fait inattendues et regrettables.

En effet, en déposant la demande en 1997 nous n'avions pas anticipé que la partie contraire allait soulever des prétextes –aussi arbitraires qu'injustifiés- visant à empêcher de siéger dans le Tribunal des juristes aussi éminents et divers que Gabrielle Kaufman-Kohler, Pierre Lalive, Mohammed Bedjaoui, Brigitte Stern, Emmanuel Gaillard, et d'autres.

Compte tenu de ces précédents, nous aimerions que vous compreniez combien, à notre grand regret, nous considérons qu'il est sage de nous désister de notre proposition du 20 mai dernier.
Veuillez me croire, Monsieur van den Berg, c'est après mûre réflexion et avec mal au cœur que je vous fait part de cette conclusion.

Avec mes salutations les plus distinguées

Dr. Juan E. Garcés
Représentant légal des parties demanderesses dans l'affaire CIRDI N° ARB/98/2.

4. *Nemo iudex in causa sua*

24. Le General Standard nº 2 des Principes de l'IBA relatifs aux conflits d'intérêt dans l'arbitrage international affirme:

> *(a) An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator, if he or she has any doubt as to his or her ability to be impartial or independent*
>
> *(d) Justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's impartiality or independence in any of the situations described in the Non-Waivable Red List*

25. Le General Standard nº 3 dispose

> *(d) Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.*

L'explication de l'IBA à ce standard est la suivante:

> *(d) In determining which facts should be disclosed, an arbitrator should take into account all circumstances known to him or her. If the arbitrator finds that he or she should make a disclosure, but* ***that professional secrecy rules or other rules of practice or professional conduct prevent such disclosure, he or she should not accept the appointment, or should resign****.* (Soulignement ajouté).

C'est ce qu'à confirmé le prof. Philip Sands en démissionant volontairement du présent Tribunal arbitral le 14 janvier 2014 lorsque le Chili lui a posé une question relative à des éventuelles rélations profesionnelles avec quelqu'un qui n'était même pas l'une des parties dans la présente procédure:

> *These proceedings involve only a very limited phase (quantum, following the findings on jurisdiction and liability). They can and should be addressed expeditiously and without undue distraction, as I expected to be the case when I accepted appointment. It hardly seems appropriate to expend undue effort in taking the matter raised by the Claimant to decision. This is all the more so where* ***the Respondent has raised issues that would require correction and/or response by reference to information that is subject to professional confidentiality (and could not be provided without permission obtained from third parties, which in certain respects would certainly not be granted)****.*[40] (Soulignement ajouté).

26. Les Principes de l'IBA placent dans la *Non-Waivable Red List* la circonstance suivante :

> 1.4 *The arbitrator or his or her firm* ***regularly advises the party****, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm* ***derives significant financial income therefrom****.* (Soulignement ajouté).
>
> La *Part II: Practical Application of the General Standards* de ces Principes de l'IBA indique

[40] Voir la lettre de démission du professeur Philippe Sands

> *2. (…) The Non-Waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, acceptance of such a situation cannot cure the conflict.*

27. Les deux prémisses du principe 1.4 sont présentes dans la procédure où siègent deux arbitres membres des Essex Court Chambers : des membres de ces *chambers* conseillent régulièrement à la République du Chili, et ils perçoivent des revenus financiers significatifs de l'Etat chilien, ou d'organismes et institutions qui en dépendent.

28. Les très expermimentés arbitres du présent Tribunal arbitral savent que ce principe n'admet pas d'exception et, en conséquence, le devoir des arbitres de rechercher, avec la *due diligence* à laquelle ils sont tenus, l'existence de posibles conflits d'intérêt, de les réveler sans délai au Centre et aux parties, leur permettant ainsi évaluer leur éventuelle incidence dans l'intégrité de la procédure.

29. Dans le système CIRDI,

> *"The prohibition against a conflict of interest and the disclosure obligation continue after the appointment. If the facts that could cast doubt on the arbitrator's independence and impartiality arise during the course of the proceeding, the arbitrator is expected to reveal them promptly [Shihata, I. F.I.: The experience of ICSID in the Selection of Arbitrators, News from ICSID, Vol. 6/1, pp 5, 6 (1989)]. In Holiday Inns v. Morocc, the arbitrator appointed by the Claimants disclosed that four years after the registration of the request he had become a director of one of the Claimants. He had to resign in accordance with art. 56(3) (see Art. 56, para 38)"*[41]

30. Dans l'affaire CIRDI *Azurix c. Argentina* le President du Tribunal arbitral, M. Yves Fortier, PC CC OQ QC, révéla en début de procedure que sa *law firm* avait quelques rapports avec l'une des parties et aussitôt demissionna de sa firme, avec effet immédiat, '*so that [he would] serve as president in a capacity of unquestionable independence unaffected by events of which [he had] no knowledge or information and over which [he had] no control*'[42],

31. Dans l'affaire CIRDI *Lemire v. Ukraine* l'arbitre nommé par l'investisseur, M. Jan Paulson, révéla que sa *law firm* venait de recevoir des instructions de la part de l'Etat défendeur dans un arbitrage different auprès de la Cour Internationale de Justice. Et bien que M. Paulson n'était pas personnelement concerné dans l'autre arbitrage et qu'il était d'avis que le mandat à *sa law firm* n'affectait pas à son impartialité, il offrit sa démission aux parties et leur demanda de s'exprimer à cet égard[43].

32. Or, en l'espèce, les rapports, directes et indirects, existant entre la République du Chili et des membres et personnés liées aux Essex Court Chambers ont été occultés au Centre et parties Demanderesses.

33. Le Gouvernement du Chili a attendu à ce que la Sentence arbitrale soit communiquée le 13 septembre 2016 pour dévoiler, cinq jours après, des circonstances comprises

---

[41] SCHREUER (Ch.): The ICSID Convention. A Commentary (2001), pages 516-517, Art. 41, para 23

[42] Challenge, Decision of 25 February 2005

[43] Challenge, Decision of 23 December 2008, §§20-22

dans le point 1.4 de la *Non-Waivable Red List* des Principes de l'IBA relatifs aux conflits d'intérêt dans l'arbitrage international:

> "*une recherche secrète et 'avancée' de conseils internationaux, qui travaillent déjà depuis des mois- jusqu'à maintenant dans la discretion totale- (...) Aujourd'hui, pour la première fois [le Gouvernement] revèle les noms (...)* ***Il s'agit de*** ***Alan Boyle*** *(...)* ***de même que*** ***Samuel Wordsworth*** ***-avocat du Chili*** *(...)* ***il est membre du cabinet prestigieux*** ***Essex Courts Chambers.*** (Soulignement ajouté)[44]

Les deux circonstances prévues au point 1.4 de la *Non-Waivable Red List* surviennent, rappelons-le, lorsque

> 1.4 ***The*** *arbitrator* ***or his*** *or her* ***firm regularly advises the party****, or an affiliate of the party,* ***and*** *the arbitrator* ***or his*** *or her* ***firm derives significant financial income therefrom****.* (Soulignement ajouté).

34. Il est connu qu'en l'absence du consentement de toutes les parties certaines des spécificités propres au système des *barristers* anglais pratiquant l'arbitrage ne s'appliquent pas dans le système CIRDI.

35. C'est un membre des Essex Court Chambers, M. D.A.R. Williams, QC, qui en sa qualité de président du Tribunal de l'affaire *Hrvatska c. Slovenia* a statué que

> *For an international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies. (...).*[45]

36. M. VV.Veeder, QC, quant à lui, en sa qualité de présidant du Tribunal arbitral dans l'affaire *Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela,* a démissionné volontairement du fait qu'un autre membre de l'Essex Court Chambers avait des rapports avec l'une des parties[46] :

> *On May 20, 2005, the Parties informed the Centre that they had jointly appointed Mr. V.V. Veeder, a British national, as the third and presiding arbitrator (...) on May 7, 2007, the hearing on jurisdiction took place in London (...) the following persons*

---

[44] Pièces ci-annexées nos. 2et 3: "*una sigilosa y 'adelantada' búsqueda de* ***asesores*** *internacionales, quienes ya* ***llevan meses trabajando*** *-hasta ahora, bajo absoluta reserva- (...) hoy por primera vez [*el Gobierno*] revela los nombres (...)* ***Se trata de*** *(...)* ***Alan Boyle*** *(...) [*que*] al igual que* ***Samuel Wordsworth*** ***-abogado de Chile*** *(...)-* ***es miembro de*** *la prestigiosa oficina* ***Essex Courts Chambers****.*"[44] (Subrayado añadido).

[45] *Hrvatska c. Slovenia*, ICSID Case N° ARB/05/24, Tribunal's Ruling, 6 Mai 2008, p. 23, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf

[46] ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction, 22 August 2008, pages 7-9, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0888.pdf

> *appeared as legal counsel and representatives for the Claimant: (…) Prof. Greenwood of Essex Chambers. (…) The following persons appeared on behalf of the Respondent as its legal counsel and representatives: Messrs. (…) Kelby Ballena (…) Mr. Paolo Di Rosa and Ms. Gaela Gehring Flores of Arnold & Porter LLP (…). During the session, after hearing the Parties' positions regarding the participation of Prof. Greenwood in the case, the President of the Tribunal submitted his resignation. His resignation was accepted by his two co-arbitrators, Judge Brower and Mr. Paulsson (…).*

37. Or, dans la présente procédure, les représentants de la République du Chili –précisément MM. Kelby Ballena, Mr. Paolo Di Rosa, Ms. Gaela Gehring Flores, Arnold & Porter LLP- ont plaidé pendant plus de deux ans devant M. V.V.Veeder, QC, et tous ont maintenu sous silence les rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers.

38. *Res ipsa loquitur*. Tous le savaient, tous se sont tus …

39. Ces faits, discriminatoires et biaisés à l'égard des parties Demanderesses, soulèvent des questions quant à l'impartialité et l'indépendance exigés par les arts. 14(1) et 52(1)(d) de la Convention et l'art. 6(2) du Règlement d'arbitrage

40. Cette coïncidence unanime, objective, dans le silence a eu des conséquences matérielles graves pour les Demanderesses.

41. Toutefois, conformément à l'art. 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI les arbitres ont l'obligation continue

> ***« de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance »,***

42. De même, bien que les Principes de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêt dans l'arbitrage international ne soient pas obligatoires, dans le système CIRDI on considère que *they may serve as useful references in a challenge under the ICSID Convention*[47] et doivent, donc, être respectés.

43. La Règle générale 3(a) des principes de l'IBA dispose :

> *"(a) If facts or circumstances exist that may**, in the eyes of the parties**, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns of them.* (Soulignement ajouté).

44. Le commentaire à la Règle générale 3(e) des principes de l'IBA est le suivant :

> *"(e)* ***Disclosure*** *or disqualification (as set out in General Standards 2 and 3)* ***should not depend on the particular stage of the arbitration****. In order to determine whether the arbitrator should disclose, decline the appointment or refuse to continue to act, the facts and circumstances alone are relevant, not the current stage of the*

[47] Voir le site internet du CIRDI dans http://bit.ly/2e5wWVF

> *proceedings, or the consequences of the withdrawal. (…) no distinction is made by these Guidelines depending on the stage of the arbitral proceedings. While there are practical concerns, if an arbitrator must withdraw after the arbitration has commenced, a distinction based on the stage of the arbitration would be inconsistent with the General Standards."* (Soulignement ajouté)

45. Le commentaire à la Règle Général 4(b) des principes de l'IBA affirme que les ***facts and circumstances arising in the course of the arbitration should be disclosed to the parties by virtue of the arbitrator's ongoing duty of disclosure.***

46. La Règle Générale nº 7(2) des principes de l'IBA dispose:

> "*[a]n arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify* ***any conflict of interest****, as well as* ***any facts or circumstances*** *that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence.* ***Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries***". (Soulignement ajouté).

47. Alors que les Règles 3.1.4, 3.2.1 et 3.2.3 des principes de l'IBA rendent obligatoire révéler les faits relatifs à si

> *The arbitrator's law firm has, within the past three years, acted for or against one of the parties, or an affiliate of one of the parties, in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator*
>
> *The arbitrator's law firm is currently rendering services to one of the parties, or to an affiliate of one of the parties, without creating a significant commercial relationship for the law firm and without the involvement of the arbitrator*

a) l'absence de *full disclosure* dans la présente phase de la procédure de la part de la République du Chili et de deux des arbitres;
b) le fait que les travaux de membres des Essex Courts Chambers pour la République du Chili n'aient pas été interrompus afin d'assurer la pleine indépendance des deux arbitres ;
c) que ceux-ci n'aient pas démissionné de leur *chamber* ni offert aux parties de démissionner du présent Tribunal ;
d) leur silence continu depuis la date de leur désignation à l'égard des rapports de membres de leur *chamber* avec l'Etat du Chili;
e) l'absence d'un « *écran éthique* » ou « *une muraille chinoise* »[48] avec les membres de cette *chamber* rémunérés par le Chili,

ont créée à l'apparence objective

1. de proximité, d'intensité, de dépendance et de signification des rapports, directs ou indirectes, entre l'Etat du Chili et les Essex Court Chambers ;
2. d'absence de transparence ;

[48] En ce qui concerne les '*ethical screens*', voir C. Nakajima & E. Sheffield, Conflicts of Interest and Chinese Walls (London, Butterworths Lexis Nexis, 2002); C. Hollander & S. Salzedo, Conflicts of Interest & Chinese Walls (London, Sweet & Maxwell, 2000)

3. que les services que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, reçoivent de membres appartenant aux Essex Court Chambers pourraient porter sur des conseils stratégiques,
4. que ces services pourraient garder des rapports, directs ou indirects, avec le présent arbitrage,
5. que les montants des rétributions versées par la République du Chili à des membres desdites *Chambers* et leur dates pourraient être inavouables au Tribunal arbitral dans sa présente composition.

48. En conclusion, il est aisé de comprendre que, dans ces circonstances, seule la certitude de l'impartialité et l'indépendance du Tribunal arbitral justifie que les Demanderesses puissent formuler la demande en rectification et en révision que leur accorde la Convention du CIRDI.

***

En conséquence, les Demanderesses sollicitent respectueusement

a) que Messieurs les arbitres membres des Essex Court Chambers fassent droit à la demande de *full disclosure* des rapports de la République du Chili avec des membres de ces *Chambers*, sollicitée le 13 octobre 2016 par les parties Demanderesses,

b) que le Tribunal arbitral

i. suspende provisoirement le cours des délais prévus dans les articles 49(2), 51(2) et 52(2) de la Convention du CIRDI jusqu'à ce que soit resolu ce qui concerne le conflit d'intérêts,

ii. permette aux parties Demanderesses, en application du principe *audiatur et altera pars*, d'être entendues au sujet du conflit d'intérêts concernant la République du Chili et MM. les arbitres Sir Franklin Berman, QC, et VV. Veeder, Q.C., membres des Essex Court Chambers,

iii. et accepte, conformément à l'article 8(2) du Règlement d'arbitrage, la très respectueuse invitation que les parties Demanderesses formulent ici à MM. Sir Franklin Berman, QC, et VV. Veeder, Q.C., de soumettre au Secrétaire Général du CIRDI leur démission volontaire comme arbitres du Tribunal arbitral qui devrait connaître des procédures à venir en vue de la correction des erreurs de formulation dans la Sentence et, le cas échéant, de révision de celle-ci (arts. 59(2) et 52 de la Convention).

Je vous prie, Madame la Secrétaire générale du CIRDI et Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral, de croire à mes sentiments les meilleurs.

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey-Grebe
et de la Fondation espagnole Président Allende

1. PIECES ANNEXEES

1. Lettre du Ministre chilien de l'Économie du 20 novembre 1998 au Secrétaire général du CIRDI affirmant que "*nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal*", et menaçant de "***demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)***" au cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulerait pas l'enregistrement de la Requête.

2 et 3. Le Gouvernement du Chili dévoile, cinq jours après la communication de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, qu'il maintient des relations régulières avec des membres des Essex Courts Chambers. Ces déclarations du Gouvernement chilien ont été publiées le 18 septembre 2016 dans la presse de Santiago du Chili

Doc. num. 70

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

1818 H STREET, NW | WASHINGTON, DC 20433 | E.U.A.
TÉLÉPHONE (202) 458 1534 | TÉLÉCOPIE (202) 522 2615
WWW.WORLDBANK.ORG/ICSID

Par courriel

8 novembre 2016

M. Víctor Pey Casado
et Fondation Presidente Allende
s/c Me Juan E. Garcés
Garcés y Prada, Abogados
Calle Zorrilla n° 11, primero derecha
Madrid – 28014
Espagne

et

Me Carole Malinvaud
Me Alexandra Munoz
Gide Loyrette Nouel
22, cours Albert 1er
75008 Paris
France

République du Chili
s/c M. Carlos Álvarez Voullième, Directeur
Mme Liliana Macchiavello
Mme Victoria Fernández-Armesto
Agence de Promotion des Investissements – InvestChile
Ahumada 11, Piso 12
Santiago du Chili, Chili

et

M. Paolo Di Rosa,
Mme Gaela Gehring Flores
Mme Mallory Silberman
Arnold & Porter LLP
601 Massachusetts Ave. NW
Washington, D.C. 20001, É.-U.

et

M. Jorge Carey
M. Gonzalo Fernández
M. Juan Carlos Riesco
Carey & Cia.
Isidoro Goyenechea 2800 Piso 43
Las Condes, Santiago, Chili

Réf: **Víctor Pey Casado et Fondation Presidente Allende c. République du Chili**
(Affaire CIRDI No. ARB/98/2 – Nouvel examen - Rectification)

Mesdames, Messieurs,

Je fais suite au courriel de la Défenderesse du 4 novembre 2016 et au courriel des Demanderesses du 5 novembre 2016, tous deux adressés au Secrétaire général du CIRDI, ainsi qu'à la Demande en rectification des Demanderesses en date du 27 octobre 2016 (la « Demande »).

Dans leur Demande, les Demanderesses demandent que le Secrétaire général, dès l'enregistrement de la Demande, suspende provisoirement la procédure de rectification jusqu'à ce qu'une décision sur l'interprétation de la Sentence rendue le 8 mai 2008 soit rendue.

Dans son courriel du 4 novembre 2016, la Défenderesse demande au Secrétaire général, avant l'enregistrement de la Demande, de lui accorder une période de « *quatre semaines pour préparer et soumettre sa réponse et ses observations concernant la ligne de conduite procédurale appropriée compte tenu des circonstances sans précédent découlant des récentes soumissions des Demanderesses* » [traduction de l'anglais].

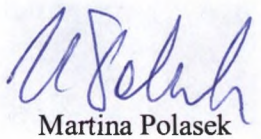
Dans leur courriel du 5 novembre 2016, les Demanderesses s'opposent à la demande de la Défenderesse.

Les articles 49(2) et 49(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI prévoient:

> *(2) Dès réception de la requête et du droit de dépôt, le Secrétaire général doit immédiatement :*
>
> *(a) enregistrer la requête ;*
>
> *(b) informer les parties de l'enregistrement ;*
>
> *(c) transmettre à l'autre partie copie de la requête et de tout document joint ; et*
>
> *(d) transmettre à chaque membre du Tribunal copie de la notification de l'enregistrement, ainsi que copie de la requête et de tout document joint.*
>
> *(3) Le Président du Tribunal consulte les autres membres quant à la nécessité de réunir le Tribunal pour l'examen de la requête. Le Tribunal fixe un délai pour la présentation des observations des parties concernant la requête et détermine la procédure à suivre pour son examen.*

Les Parties ont été informées par lettre du 8 novembre 2016 que la Demande de rectification a été enregistrée et transmise aux membres du Tribunal conformément à l'article 49(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Conformément à l'article 49(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, les Parties sont invitées à soumettre au Tribunal toute requête concernant la procédure, la conduite et le calendrier de l'instance en rectification.

Nous vous prions de bien vouloir agréer, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.



Martina Polasek
Secrétaire général par intérim

Cc: Membres du Tribunal

Doc. num. 71

PIÈCE 16

Par courriel

M. Juan E. Garcés,
Abogado,
Calle Zorrilla no. 11, primero derecha
Madrid – 28014
Espagne
Le 17 octobre 2016

V. V. Veeder QC

Essex Court Chambers
24 Lincoln's Inn Fields
London WC2A 3EG
England

Telephone: (Int +44) 207 813-8000
Arbitrator Fax: (Int +44) 207 813-2024
Arbitrator E-mail: vvveeder@londonarbitrators.net

Cher M. Garcés,

Réf: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili
(Affaire CIRDI No. ARB/98/2 – Nouvel examen)

Je me réfère à : (i) votre lettre du 20 septembre 2016 (adressée à Mme la Secrétaire générale du CIRDI) ; (ii) votre lettre du 13 octobre 2016 (adressée à Sir Frank Berman et moi-même) ; et (iii) la lettre du 12 octobre 2016 de Mme la Secrétaire Générale (adressée à vous-même).

Je confirme ce que Mme la Secrétaire Générale vous a écrit dans sa lettre : à ma connaissance, aucune circonstance n'est survenue, depuis ma déclaration du 31 janvier 2014 jusqu'à la sentence du 13 septembre 2016, justifiant d'être notifiée en application de l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

Je confirme, aussi, que je n'ai eu aucune relation professionnelle d'affaires ou autre avec les parties dans cet arbitrage.

Si je comprends bien les questions que vous m'avez posées dans votre seconde lettre, vous demandez des informations confidentielles concernant d'autres barristers exerçant leurs professions d'avocats au sein de Essex Court Chambers.

Etant donné que tous les barristers de Essex Court Chambers (comme d'autres chambers en Angleterre et au Pays de Galles) exercent à titre individuel et ne constituent donc pas une « law firm », un « partnership » ou une « company », je regrette de ne pas être en mesure de vous répondre. D'après le *Code of Conduct* du Bar Standards Board, chaque barrister est independant et « *must keep the affairs of each client confidential* » (Core Duty 6). En bref, ces informations confidentielles, quelles qu'elles soient, ne peuvent être ni ne sont connues de moi.

Je vous prie d'agréer, mon cher confrère, l'expression de mes salutations distinguées.

V.V.Veeder QC

cc. Mme la Secrétaire générale, CIRDI; et les parties.

Doc. num. 72

CIRDI Affaire ARB/98/2

REQUÊTE EN CORRECTION D'ERREURS MATERIELLES CONTENUES DANS LA SENTENCE DU 13 SEPTEMBRE 2016

EN L'AFFAIRE

VICTOR PEY CASADO ET

FONDATION ESPAGNOLE «PRÉSIDENTALLENDE »

contre LA REPUBLIQUE DU CHILI

que les parties Demanderesses soumettent à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI conformément à l'article n° 49(2) de la Convention de Washington.

Washington, le 27 octobre 2016

TABLEAU DES MATIERES

I. ERREURS MATERIELLES 3

Erreur n° 1 3

Erreur n° 2 6

Erreur n° 3 9

Erreur n° 4 10

II. LE CONFLIT D'INTERETS APPARENT ENTRE LA REPUBLIQUE DU CHILI ET LES DEUX MEMBRES DU TRIBUNAL ARBITRAL EGALEMENT MEMBRES DES ESSEX COURT CHAMBERS 12

1. Un fait parvenu à la connaissance des Demanderesses après la Sentence du 13 septembre 2016 12

2. Les agissements continus de la République du Chili pour placer le Tribunal arbitral sous influence 17

3. Les Demanderesses ont voulu éviter le conflit d'intérêts et le dommage qui en découle 20

4. Le conflit d'intérêts apparent entre les arbitres membres des Essex Court Chambers et la République du Chili 21

NORMES APPLICABLES DANS LE CAS D'ESPÈCE 22

1. La Convention du CIRDI 22

2. Les Principes de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international sont appliqués dans le système CIRDI 24

3. M. V. V. Veeder a agi conformément aux Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts dans une affaire CIRDI, et a démissionné en conséquence 29

4. Le Bar Council of England and Wales et les *barristers* dans l'arbitrage international appliquent les Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts 30

5. Le Code Ethique de l'Ordre des Avocats du Chili qualifie de conflit d'intérêts objectif une situation comme celle crée dans la présente procédure entre l'Etat du Chili et des arbitres membres des Essex Court Chambers 31

6. La République du Chili, le Tribunal arbitral et le Centre ont appliqué aux parties Demanderesses les Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts 32

7. Nemo iudex esse debet in causa sua 35

8. Révéler ou se démettre en cas de confidentialité 36

III. DEMANDE DE SUSPENSION PROVISOIRE DE LA REQUÊTE EN RECTIFICATION DES ERREURES MATERIELLES DANS LA SENTENCE DU 13 SEPTEMBRE 2016, JUSQU'À CE QUE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 50 DE LA CONVENTION LE TRIBUNAL ARBITRAL SE SOIT PRONONCÉ SUR LA DEMANDE DU 7 OCTOBRE 2016 EN INTERPRÉTATION DE LA SENTENCE INITIALE DU8 MAI 2008 39

DEMANDE ADRESSÉE AU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL 44

PIECES ANNEXEES 46

Madame la Secrétaire Générale,

Les parties Demanderesses ont l'honneur de soumettre

(I) la demande d'inscription conditionnelle de la présente Requête en correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016 – une Requête formulée afin de préserver leurs droits dans le délai établi à l'article 49(2) de la Convention (§§1 à 27),

(II) le conflit d'intérêts apparent existant entre la République du Chili et les deux arbitres du Tribunal arbitral également membres des Essex Court Chambers (§§28 à 91),

(III) la demande de suspendre provisoirement la suite processuelle de la présente Requête après l'avoir enregistrée et en informer la République du Chili[1], jusqu'à ce que le Tribunal arbitral se soit prononcé sur la Demande du 7 octobre 2016 en interprétation de la Sentence initiale du 8 mai 2008 conformément à l'article 50 de la Convention, afin de gagner du temps et limiter les frais (§§92 à 112).

I. ERREURS MATERIELLES

1. Conformément aux articles 49(2) de la Convention et 49(1)(c)(ii) du Règlement d'arbitrage, sur requête d'une des parties « *le Tribunal peut (...) corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci* ».

2. La version officielle en espagnol de cet article est plus large : "*los errores materiales, aritméticos* ***o similares*** *del mismo*" (soulignement ajouté).

Erreur n° 1

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

> *« Le Tribunal terminera avec une dernière observation avant de passer à un autre sujet: si la prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que*

[1] Règlement d'introduction des instances, article 6(2) « *Toute instance prévue à la Convention est réputée avoir été introduite à la date à laquelle la requête a été enregistrée* » ; article 7: « *La notification de l'enregistrement d'une requête : (a) indique que la requête a été enregistrée* (…) ».

> *l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation - et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen* » (soulignement ajouté).

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

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

6. Or, la Sentence initiale du 8 mai 2008[2] démontre que, malgré leurs efforts pour amener l'État du Chili au moins à sursoire à la prise de cette Décision n° 43, puis à son exécution, l'ensemble a été confirmé par toutes les instances des juridictions chiliennes, comme on peut le lire dans la Sentence arbitrale de 2008 :

> *455. Les demanderesses soulignent également que leurs recours auprès du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire visant à mettre en cause la compatibilité de la Décision n°43 avec la procédure judiciaire introduite en 1995 ont tous été rejetés. Elles indiquent avoir attiré en vain l'attention du* Contralor general *sur l'incompatibilité de la Décision n°43 avec l'action intentée devant la Première Chambre civile de Santiago. Leur demande de rétractation des décrets de paiement de l'indemnisation accordée par la Décision n°43, déposée le 29 juillet 2002, aurait également été rejetée in* limine litis *le 14 octobre 2002. Par ailleurs, la demande de mesures conservatoires des demanderesses déposée auprès de la Première Chambre civile de Santiago à l'encontre de la Décision n°43 a été rejetée le 2 octobre 2001 et la requête déposée par les demanderesses auprès de la Cour suprême le 5 juin 2002 arguant d'un conflit de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire a été déclarée irrecevable. Enfin, les parties demanderesses indiquent que leur recours en protection constitutionnelle pour violation de leur droit de propriété sur la rotative Goss, porté devant la Cour d'appel de Santiago, a lui aussi été déclaré irrecevable et sans fondement par cette dernière le 6 août 2002.*
>
> *456. Le rejet de l'ensemble de ces recours est constitutif, selon les demanderesses, d'un déni de justice à l'origine d'un différend né après l'entrée en vigueur de l'API, lorsque, d'une part, les parties demanderesses ont déposé un recours en rétractation devant le Contralor le 29 juillet 2002 et lorsque, d'autre part, la Première Chambre civile de Santiago a rejeté leur demande de mesures conservatoires le 2 octobre 2001.*[3]

7. Ainsi, à l'évidence, le sujet d'une prétendue ***nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien*** de la Décision n° 43, ne figure pas dans la partie de la Sentence

[2] Sentence arbitral du 8 mai 2008, Pièce ND06
[3] Ibid., §§455, 456, références omisses

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

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

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

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

> *« 525. De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation a démontré qu'elle était en possession de 90% des actions de CPP S.A., qui lui ont été transmises par M. Pey Casado au moyen d'écritures passées entre* ***le 6 octobre 1989 et le 27 mai 1990****. Cette transmission a été parfaite à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture,* ***le 27 avril 1990*** *»* (soulignement ajouté).

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

> *« Comme d'autres démarches ou manipulations auxquelles des parties à l'arbitrage croient devoir ou pouvoir recourir* pendente lite *pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral (v., par exemple, la Décision n°43 du 28 avril 2000, ou les tentatives faites pour obtenir de Madrid une interprétation favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres"*[4].

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

[4] Ibid., 2008, page 103, note 270

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

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

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

**

Erreur n° 2

12. Le §61 de la Sentence du 13 septembre 2016 affirme que

> *« Les Demanderesses (...) font valoir que, tout au contraire, le paragraphe 78 de la Sentence Initiale montre simplement qu'à la connaissance du Tribunal Initial, la validité du Décret n° 165 n'avait jamais été mise en question* ***devant les*** *tribunaux chiliens*100."
>
> *"The Claimants instead submit that paragraph 78 of the First Award demonstrates merely the awareness of the First Tribunal that to its knowledge, the validity of Decree No. 165 had never been put into question* ***before the*** *Chilean courts.*100"
>
> *"En cambio, las Demandantes afirman que el párrafo 78 del Laudo demuestra simplemente la percepción del Primer Tribunal de que, según su conocimiento, nunca se había cuestionado la validez del Decreto N.° 165* ***ante los*** *tribunales chilenos*100."
>
> (Soulignements ajoutés.)

La note à pied de page n° 100 renvoie aux§§205-210 du Mémoire en réplique du 9 janvier 2015.

13. Or le §207 du Mémoire en réplique du 9 janvier 2015 ne contient pas la préposition « *devant* » mais une autre dont les présupposés et les sens sont très différents en l'espèce, il affirme:

> *« le Tribunal ne se prononce pas lui-même sur la validité du Décret n°165 et se contente de constater qu'à sa connaissance celui-ci n'avait pas été remis en cause* ***par*** *les juridictions chiliennes. »*

14. Le Tribunal initial a étudié très soigneusement la demande des investisseurs espagnols auprès de la 1ère Chambre civile de Santiago du 4 octobre 1994 et ses développements postérieurs, où l'une des questions discutées était la constatation de la nullité constitutionnelle *ab initio, ex officio*, imprescriptible, du Décret confiscatoire n° 165 de 1975:

> [Note 409] « *Selon les parties demanderesses, cette procédure interne, qui vise à obtenir la restitution de la rotative Goss, n'a donné lieu à aucune « sentence » (V. Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 107). Les décisions invoquées par la défenderesse ne peuvent de fait être qualifiées de jugement sur le fond de l'affaire (V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 110 et ss.). Après que le Conseil national de Défense a répondu à la requête du 4 octobre 1995 en invoquant le défaut de qualité pour agir de la partie demanderesse (annexe 100 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003*[5]*), la Première Chambre civile a rendu le 20 décembre 1996 une première décision comportant six questions et demandant aux parties de rassembler des preuves précises au soutien de leurs prétentions, dans un certain délai (décision de la Première Chambre civile de Santiago du 20 décembre 1996 (annexe 102 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)). Le 31 janvier 1997, le conseil de M. Pey Casado demande à ce que soit substitué un premier élément de preuve, que soit retiré un second élément et ajouté un nouvel élément de preuve proposé par la partie demanderesse (requête de M. Pablo Vermehren Dominguez, au nom de M. Pey Casado, en date du 31 janvier 1997 (annexe 103 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003). L'élément de preuve en question visait à déterminer si la rotative Goss faisait partie de l'inventaire des biens meubles auquel se réfère l'article 4 du décret suprême n° 165 de 1975 (Ibid.) ; cette requête est, d'après la défenderesse, rejetée par la Première Chambre civile le 26 avril 1999 (décision de la Première Chambre civile de Santiago du 26 avril 1999 (annexe 104 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)).*
>
> *« Le 23 juin 1999, M. Pey Casado, par l'intermédiaire de son avocat, informe la Cour de l'existence d'un arbitrage concernant les « biens et crédits » de la société CPP S.A., à l'exception de la rotative Goss, objet du litige porté devant la Cour (annexe 105 au contre-mémoire de la défenderesse sur la compétence). A cette même date, l'avocat de M. Pey Casado demande également à la Cour de bien vouloir ordonner au Ministère de la Défense nationale d'indiquer les motifs de l'occupation des locaux*

[5] Cette réponse du Conseil de Défense de l'Etat (« *le Fisc* ») et les échanges successif entre les parties que le Tribunal initial a étudiés et cités dans la Sentence initiale figurent, dans la nouvelle soumission de la Demande, comme pièces CM11, CRM35, CRM36, CRM37, CRM38, CRM39, CRM40, CRM41, CRM44, CRM51, CRM53, CRM71, CRM72, CRM73, CRM78, apportées par les Demanderesses

du journal Clarin et de produire les documents correspondants (v. Id.). Il demande également à la Cour que soit nommé un expert afin d'établir l'état de conservation de la rotative Goss et de déterminer sa valeur de remplacement dans le cas où la restitution serait impossible (requête de M. Pablo Vermehren Dominguez, au nom de M. Pey Casado, en date du 23 juin 1999 (annexe 105 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)). Le 27 juillet 1999, le Procureur de Santiago fait valoir quant à lui auprès de la Cour que M. Pey Casado n'a pas prouvé qu'il était propriétaire de la rotative Goss ou de la société EPC Ltée (Observations du Procureur de Santiago en date du 27 juillet 1999 (annexe 106 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)). Les 10 et 13 août 1999, la Première Chambre civile aurait tenté sans succès de localiser la rotative Goss, l'inspection ordonnée s'étant révélée infructueuse (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 117).

« L'appel formé par M. Pey Casado contre la décision du 20 décembre 1996 a pu être rejeté le 4 octobre 2002 par la Cour d'appel de Santiago (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 117-118 et annexe 109 au contre-mémoire) mais il ne s'agit pas d'une décision sur le fond. »

[Note] *« 439 Demande de M. Pey Casado devant la Première Chambre civile de la Cour d'appel de Santiago du 4 octobre 1995 (annexe 48 au contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003) »,*

[Note 548] « *Demande initiale de M. Pey Casado du 4 octobre 1995 devant la 1ère Chambre civile du Tribunal de Santiago (annexe 48 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003). V. supra paras.459 et ss* »,

§634. « Les demanderesses ont introduit une procédure judiciaire le 4 octobre 1995 devant la Première Chambre civile de Santiago visant à obtenir la restitution de la rotative Goss. Comme le Tribunal l'a indiqué de manière plus détaillée en plus ci-dessus, même si certaines décisions concernant des questions d'ordre probatoire ont été rendues dans cette procédure, la Première Chambre civile ne s'était pas prononcée sur le fond lorsqu'est intervenue la Décision n°43 et lorsque les demanderesses ont déposé leur demande complémentaire devant le Tribunal arbitral le 4 novembre 2002 »,

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

15. Bien évidemment, au §603 la Sentence initiale du 4 mai 2008 a affirmé :

« *A la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause* ***par*** *les juridictions internes (..)* » (soulignement ajouté),

et au §658 :

« La première [question] est celle de savoir si l'absence de toute décision ***par*** *les juridictions chiliennes pendant une période de sept années (1995-2002), d'une part,*

et l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice » (soulignement ajouté).

16. Cette erreur dans le §61 de la deuxième Sentence est susceptible d'avoir des conséquences pratiques négatives envers les Demanderesses lorsqu'il s'agira, le cas échéant, d'interpréter et d'exécuter les §§2 à 5 du Dispositif de la Sentence de 2016. Par exemple, le traitement de la prescription des actions relatives au Décret n° 165 n'est pas indifférent au fait que les Demanderesses *n'aient jamais mis en question devant les tribunaux chiliens la validité du Décret n° 165*, comme l'affirme par erreur le §165 de la Sentence. En effet, le mot « devant » permet de supposer que la Sentence pourrait reprocher aux Demanderesses de ne pas avoir soulevé la nullité de droit public de ce Décret devant les tribunaux chiliens.

17. En conséquence, **les Demanderesses sollicitent respectueusement que soit corrigée dans le §61 l'erreur : le mot « *par* » [les tribunaux] devant remplacer le mot erroné « *devant* » [les tribunaux] dans toutes les trois versions de la Sentence.**

**

Erreur n° 3

18. Le §66 de la Sentence du 13 septembre 2016 affirme que

> *« Les Demanderesses soutiennent que le prétendu abandon par M. Pey Casado, ou la prétendue élimination par la Défenderesse du jugement du 24 juillet 2008 et de son dossier judiciaire des archives du Tribunal de Santiago, sont sans incidence sur le déni de justice résultant de l'absence de décision dans l'affaire de la rotative Goss, qui a été consommé* ***par*** *la Sentence Initiale du 8 mai 2008*[107]*. 107 CR, paras. 158-60."*
>
> "*The Claimants contend that the claimed discontinuance by Mr Pey Casado, or the purported eradication of the judgment of 24 July 2008 and of its case file from the records of the Santiago court by the Respondent, do not affect the denial of justice resulting from the absence of decision in the Goss press case, as consummated* ***by*** *the First Award of 8 May 2008*.107"
>
> *"Las Demandantes sostienen que la terminación reclamada por el Sr. Pey Casado, o la presunta erradicación de la sentencia de fecha 24 de julio de 2008 y de su documentación del expediente del juzgado de Santiago por parte de la Demandada, no afectan la denegación de justicia resultante de la ausencia de una decisión en el caso de la rotativa Goss, tal como fuera consumada* ***por*** *el Primer Laudo de fecha 8 de mayo de 2008*107"
> (Soulignements ajoutés.)

19. La note 107 renvoie aux§§158-60 du Mémoire en réplique du 9 janvier 2015, dont le §159 ne contient pas la préposition « par » mais une autre, à savoir « ***depuis*** »:

> *« On rappellera en effet que le déni de justice est, pour utiliser des termes chers au Chili, consommé* ***depuis*** *la Sentence du 8 mai 2008 »*

20. Énoncer que la Sentence initiale du 8 mai 20108 aurait *consommé le déni de justice* à l'égard des investisseurs espagnols, comme l'affirme le §66 de la Sentence de 2016, est une erreur. Les Demanderesses n'ont jamais soutenu cela, pas plus que la Sentence initiale, mais, bien au contraire, il est surabondamment dit dans la présente phase de la procédure par les Demanderesses que le déni de justice à l'égard des investisseurs espagnols a été un dessein délibéré mis en pratique, sans solution de continuité, par l'Etat du Chili, jamais par la Sentence initiale de 2008.

21. L'erreur indiquée dans le §66 provoque la confusion quant aux positions des Demanderesses. Elle pourrait également rendre difficile ou impossible des développements ultérieurs en relation ou en application des §§ 2 à 5 du Dispositif de la Sentence de 2016. Dès lors que celle-ci affirme que les Demanderesses auraient soutenu que c'est la Sentence initiale de 2008 qui a consommé le déni de justice, au cas où la Sentence de 2008 aurait l'autorité de la chose jugée l'Etat du Chili aurait le loisir de s'appuyer sur ce §66 pour proclamer que la responsabilité de toute éventuelle conséquence découlant du déni de justice incomberait à qui les Demanderesses elles-mêmes, selon ce §66 de la Sentence de 2016, attribuent la consommation du déni de justice, i. e. à la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 et non pas à l'Etat chilien.

22. En conséquence, **les Demanderesses sollicitent respectueusement de corriger cette erreur dans le §66 des trois versions de la Sentence de 2016, le mot erroné « *par* » [la Sentence initiale] devant être remplacé par le mot « *depuis* » [la Sentence initiale].**

**

Erreur n° 4

23. Le point 2 du Dispositif de la Sentence est rédigé de la manière suivante :

> *« 2) Que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI*[387] ;
>
> 387 Pièce R-27, Sentence Initiale, 8 mai 2008, para. 704 ' *... le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante'* ».

24. Ce §704 de la Sentence initiale traite clairement et exclusivement de la demande relative au dommage moral:

> *« 704. Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne* ***la demande relative au dommage moral****. Outre le fait que les demanderesses n'ont pas apporté de preuves permettant l'évaluation d'un tel préjudice le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante* » (soulignement ajouté).

25. Le §704 et le traitement de la demande relative au dommage moral font partie du Chapitre VIII et ils sont articulés avec le point 4 du Dispositif de la Sentence initiale. Tous ont été annulés par la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, avec l'autorité de la chose jugée. Leur maintien, par le biais du renvoi, dans le Dispositif de la Sentence de 2016 est susceptible de créer des confusions dans son interprétation et application éventuelles.

26. En conséquence, **les Demanderesses sollicitent respectueusement de corriger cette erreur dans le point 2) du Dispositif de la Sentence de 2016, d'y supprimer les renvois à la partie annulée par le Comité ad hoc de la Sentence initiale, à savoir la phrase « *comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial* » et la note à pied de page n° 387, et de remplacer le pronom « sa » par l'article « La ».**

27. En résumé, les Demanderesses soumettent respectueusement au Tribunal arbitral la demande de corriger quatre erreurs dans la Sentence de 2016 :

a) Dans le §199, supprimer le paragraphe final ou, subsidiairement, remplacer les quatre mots -« de la Décision n° 43 »- par les trois mots -**«du Décret 165 »,**
b) Dans le §61, la préposition correcte **« *par* »** [les tribunaux] doit remplacer la préposition erronée « *devant* » [les tribunaux] ,
c) Dans le §66, la préposition erronée « *par* » [la Sentence initiale] devrait être remplacé par la préposition correcte **« *depuis* »** [la Sentence initiale],
d) Dans le point 2) du Dispositif, les renvois à la partie annulée par le Comité *ad hoc* de la Sentence initiale, à savoir la phrase **« *comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial* »** et la note à pied de page n° 387, doivent être supprimés, et le pronom « sa » doit être remplacé par l'article « **La**».

******

28. Ceci étant dit, les Demanderesses constatent un conflit d'intérêts apparent entre deux arbitres du Tribunal arbitral et la République du Chili, et elles considèrent que ce conflit devra être résolu avant que le Tribunal arbitral puisse se prononce valablement sur le bien-fondé de la demande de correction de la Sentence, telle que spécifiée ci-dessus.
Les faits et circonstances, les fondements de cette allégation, seront exposés dans la section suivante.

***

II. LE CONFLIT D'INTERETS APPARENT ENTRE LA REPUBLIQUE DU CHILI ET LES DEUX MEMBRES DU TRIBUNAL ARBITRAL EGALEMENT MEMBRES DES ESSEX COURT CHAMBERS

1. Un fait parvenu à la connaissance des Demanderesses après la Sentence du 13 septembre 2016

29. Le Gouvernement du Chili a attendu que la Sentence arbitrale soit communiquée le 13 septembre 2016 pour dévoiler, cinq jours après, un fait susceptible d'être compris dans le point 1.4 de la *Non-Waivable Red List* des Principes de l'IBA relatifs aux conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, à savoir:

> *The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income there from.*

30. En effet, le 18 septembre 2016 le Gouvernement du Chili a dévoile

> "*une recherche secrète et 'avancée' de conseils internationaux, qui travaillent déjà depuis des mois- jusqu'à maintenant dans la discretion totale- (...) Aujourd'hui, pour la première fois [*le Gouvernement*] revèle les noms (...) Il s'agit d'Alan Boyle (...),* [qui] *de même que Samuel Wordsworth -avocat du Chili (...) est membre du cabinet prestigieux Essex Courts Chambers* (soulignement ajouté)[6].

[6] Déclaration du Ministre des Affaires Etrangères du Chili, publiée dans la presse chilienne le dimanche 18 septembre 2016: "*una sigilosa y* 'adelantada' *búsqueda de asesores internacionales, quienes ya llevan meses trabajando -hasta ahora, bajo absoluta reserva- (...) hoy por primera vez [*el Gobierno*] revela los nombres (...) Se trata de (...) Alan Boyle (...) [*que*] al igual que Samuel Wordsworth -abogado de Chile (...)- es miembro de la prestigiosa oficina Essex Courts Chambers",* pièces ci-annexées nos. 1 et 2

31. Cette information a été ultérieurement confirmée aux investisseurs espagnols par d'autres sources dignes de foi.

32. Le 20 septembre 2016, les investisseurs espagnols ont sollicité de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI[7] que les très distingués arbitres Sir Frank Berman, QC et M. V.V. Veeder, QC, également membres des Essex Court Chambers, révèlent pleinement sans tarder (*full disclosure*)

> *« 1. si dans les Essex Court Chambers il y aurait des membres, des assistants ou d'autres personnes qui recevraient des instructions, de financement ou qui seraient impliqués, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, avec la République du Chili,*
>
> *2. si la République du Chili a dévoilé au Tribunal la nature et l'envergure des éventuels rapports financiers ou d'autre nature qu'elle a pu avoir avec des membres des Essex Court Chambers -les parties Demanderesses sont en mesure d'affirmer catégoriquement qu'elles n'en ont eu absolument d'aucune sorte avant la nomination des arbitres dans le Tribunal de la présente procédure arbitrale, ni après-,*
>
> *3. si l'un et l'autre des deux arbitres a mené, et à quelle date, une enquête raisonnable – en vertu de leur devoir de* due diligence- *afin d'identifier des conflits d'intérêts, des faits ou des circonstances raisonnablement susceptibles de soulever des doutes légitimes quant à leur impartialité dans la présente procédure arbitrale où la République du Chili a été condamnée pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, par la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard), condamnation confirmée par la Décision du Comité ad hoc du 18 décembre 2012 (L.Y. Fortier QC, P. Bernardni, A. El-Kosheri),*
>
> *4. le cas échéant, à quelle date l'un et l'autre des arbitres aurait eu connaissance, le cas échéant, d'éventuels rapports de la République du Chili avec des membres, des assistants ou d'autres personnes des Essex Court Chambers,*
>
> *5. si des membres ou des associés des Essex Court Chambers représentent le Chili d'une manière régulière,*
>
> *6. si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,*
>
> *7. si une law firm-Chamber ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci,*
>
> *8. si une law firm-Chamber associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci.*

[7] Pièce n° 3

33. Les deux arbitres ont adressé une communication à Mme. la Secrétaire Générale indiquant:

> *« Sir Franklin and M. Veeder ont chacun confirmé qu'aucune circonstance n'est survenue depuis justifiant d'être notifiée au Secrétaire général aux termes de l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ».*[8]

34. Les deux arbitres n'ont ainsi répondu à aucune des questions formulées par les Demanderesses.

35. Le 10 octobre 2016 les Demanderesses ont porté à la connaissance de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI, par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale,

> « *que postérieurement à la date de la communication de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, elles ont eu connaissance, de sources dignes de foi, que la République du Chili aurait entretenu des relations suivies avec des membres des Essex Courts Chambers après que deux de ses membres - Sir Frank Berman, QC, et M. V.V. Veeder, QC- aient été nommés arbitres du présent Tribunal arbitral, et, en particulier, pendant le délibéré de ladite Sentence »,*

et ont sollicité de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI de confirmer

> *« si la République du Chili aurait accompli son obligation de révéler au CIRDI avoir eu une relation quelconque, directe ou indirecte, avec les Chambers dont sont membres deux des trois arbitres du présent Tribunal, avant et pendant le développement de la nouvelle soumission du différend entre l'Etat du Chili et les Demanderesses, initiée le 16 juin 2013 ».*[9]

36. Le 12 octobre 2016 Mme. la Secrétaire Générale a répondu aux investisseurs espagnols:

> *« Le CIRDI confirme que, conformément aux articles 13.1 et 13.2 de l'Ordonnance de procédure no. 1, toute correspondance reçue de la Défenderesse dans cette affaire a été transmise aux Demanderesses ainsi qu'au Tribunal. (...)Nous avons pris note de la demande adressée par M. Pey Casado et la Fondation Presidente Allende à la République du Chili. Nous notons que cette dernière n'était pas en copie de votre courrier. Il appartient à M. Pey Casado et à la Fondation Presidente Allende, s'ils le souhaitent, de contacter directement la République du Chili afin de lui faire part de cette demande ».*[10]

37. Le lendemain 13 octobre, les investisseurs ont demandé, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à la République du Chili et à Messieurs les arbitres membres des Essex Court Chambers de leur faire savoir, de même qu'au Centre, au plus tard le 17 octobre

---

[8] Pièce n° 4, lettre de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols
[9] Pièce n° 5, lettre des investisseurs espagnols, le 10 octobre 2016, à M. Président du Conseil administratif du CIRDI par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI
[10] Pièce n° 6, réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols

1. *si l'Etat du Chili, ou un organisme dépendant de celui-ci, est un client actuel ou antérieur de membres des Essex Court Chambers, et à quelles dates,*

2. *si la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, est un client régulier ou occasionnel de membres des Essex Court Chambers, et à quelles dates,*

3. *le nombre de millions de dollars que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, aurait versé à des membres et des personnes en rapport avec les Essex Court Chambers jusqu'au 13 septembre 2016, et les dates des paiements correspondants –notamment à partir des dates où les deux arbitres ont été nommés dans le présent Tribunal arbitral,*

4. *les montants financiers engagés par la République du Chili, ou par un organisme dépendant de celle-ci, pour une période à venir avec des membres de ces Chambers, et les dates des accords correspondants,*

5. *si les services que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, reçoivent de membres appartenant aux Essex Court Chambers portent sur des conseils stratégiques ou des transactions spécifiques,*

6. *si les travaux de membres des Essex Court Chambers pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, sont effectués dans les lieux où les deux arbitres dans la présente procédure sont installés ou ailleurs, et depuis quelles dates,*

7. *si les membres des Essex Court Chambers au service de la République du Chili ont mis en place un ethical screen ou une Chinese Wall comme bouclier desdits deux arbitres à l'égard des autres travaux, et à quelles dates,*

8. *quels sont les membres, les assistants ou autres personnes desdites Chambers qui reçoivent des instructions, des financements ou qui seraient impliqués, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, avec la République du Chili ou un organisme dépendant de celle-ci,*

9. *si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,*

10. *si une law firm-Chamber ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci, et depuis quelles dates,*

11. *si une law firm-Chamber associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers, mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci et à quelles dates*[11]

38. Le 17 octobre les deux arbitres ont répondu aux investisseurs espagnols, en synthèse,

[11] Pièces nos. 7 et 8, lettres des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'attention de la République du Chili et de Messieurs les arbitres, respectivement

Sir Franklin Berman QC:

> *You are, I am sure, aware that an English barristers ' chambers is not a law firm, and that all barristers in chambers operate in strict independence of one another, with the sole exception of the circumstance in which more than one of them is retained by the same client to act in the same matter. I would not therefore in any case be able to answer your questions, as the governing rules impose on each barrister the strictest confidence over the affairs of his clients, so that it would be prohibited for me to make enquiries of fellow members of chambers about the work undertaken by them.*[12]

M. V. V. Veeder QC:

> *« Si je comprends bien les questions que vous m'avez posées dans votre seconde , vous demandez des informations confidentielles concernant d'autres barristers exerçant leurs professions d'avocats au sein de Essex Court Chambers.*
>
> *Etant donné que tous les barristers de Essex Court Chambers (comme d'autres chambers en Angleterre et au Pays de Galles) exercent à titre individuel et ne constituent donc pas une 'law firm', un 'partnership' ou une 'company', je regrette de ne pas être en mesure de vous répondre. D'après le Code of Conduct du Bar Standards Board, chaque barrister est independant et 'must keep the affairs of each client confidential' (Core Duty 6). En bref, ces informations confidentielles, quelles qu'elles soient, ne peuvent être ni ne sont connues de moi. »*[13]

39. Le lendemain 18 octobre par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du Centre les investisseurs ont réitéré leurs questions à la République du Chili[14], qui, les ayant reçues, continue à ne pas répondre.

40. Un conseil de la République du Chili a rendu publique le 25 octobre 2016 que celle-ci ne serait pas disposée à révéler volontairement ses rapports avec les Essex Court Chambers[15]:

> *"the letter reflects a misunderstanding of the nature of barristers' chambers in the UK (...) Chile will not be filing a response to the letter unless it is requested to do so by ICSID*

41. Il est objectivement manifeste, évident à ce jour, que les rapports entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers sont maintenues dans l'opacité la plus absolue à l'égard du Centre, du Tribunal arbitral et des parties Demanderesses espagnoles, et que les réponses sont objectivement concordantes dans l'opacité.

---

[12] Pièce nº 9, lettre de Sir Franklin Berman QC au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016, répondue le lendemain, pièce nº 10

[13] Pièce nº 11, lettre de M. V. V. Veeder QC au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016

[14] Pièces nos 12 et 13, lettre des investisseurs espagnols du 18 octobre à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI et réponse de celle-ci du 20 octobre 2016, respectivement

[15] Déclaration d'un conseil de l'Etat du Chili publiée le 25 octobre 2016 dans *Global Arbitration Review*, pièce nº 17 accessible dans http://bit.ly/2dLayCK

42. Or, cette opacité totale -qui selon lesdites réponses, s'imposerait en vertu de normes des barreaux des avocats d'Angleterre et Gales-, et l'absence absolue de transparence qui en découle, est-elle acceptable dans le système d'arbitrage du CIRDI ? Nous exposerons *infra* les raisons pour lesquelles elle ne saurait être acceptable dans les circonstances concrètes du présent arbitrage.

2. Les agissements continus de la République du Chili pour placer le Tribunal arbitral sous influence

43. Cette opacité est encore moins acceptable dans le système CIRDI dès lors que la Sentence arbitrale de 2008 a condamné la République Défenderesse pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, à l'égard des investisseurs espagnols, consistant à occulter les effets majeurs sur l'orientation de l'arbitrage d'une décision de justice.

44. L'une des circonstances spécifiques et uniques du présent arbitrage, depuis son commencement le 6 novembre 1997, ont été les agissements continus de l'Etat du Chili visant à placer le Tribunal arbitral sous son contrôle, direct ou indirect, ou, alternativement, de saborder la procédure arbitrale, ce qui a abouti à prolonger la procédure et maximiser les coûts.[16] Il ne s'agit pas ici « d'accusations » mais de faits patents et avérés. En résumé, très abrégé, il a été attesté devant le présent Tribunal arbitral[17] que

- **Le 5 mai 1998,** la représentation de la République du Chili a exigé du Secrétaire Général du CIRDI l'annulation de l'enregistrement de la Requête, en déclarant qu'il demanderait la nullité de la Sentence à venir si celle-ci ne lui était pas favorable.[18]

- **Le 29 juillet 1998,** la représentation de la République du Chili a désigné, en qualité d'arbitre, « *el distinguido jurista mexicano Don Jorge Witker Velásquez*», en passant sous silence qu'il était chilien *iure soli* et *iure sanguinis*.[19]

- **Le 18 novembre 1998,** la représentation du Chili a nommé comme arbitre M. Galo Leoro-Franco, Grand-Croix de l'Ordre Bernardo O'Higgins, la plus haute décoration de la République du Chili.[20]

---

[16] Voir la pièce CRM89, 2005-09-19 Mémorandum relatif à la mauvaise foi du Chili

17 Voir la Brève synthèse raisonnée de la méthode mise en œuvre par la représentation du Chili afin de faire échec à l'arbitrage: placer le Tribunal sous influence, prolonger la procédure et maximiser les coûts, du 27 juin 2014, pièce CM-00

18 *Ibid*, p. 4.13.1.2

[19] *Ibid*, p.4.13.1.7

[20] Voir la lettre de l'agent du Chili adressée au Centre le 18 novembre 1998

- **Le 30 novembre 1998,** le Ministre chilien de l'Économie a adressé une lettre à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI où il attaque le Centre pour avoir enregistré la **Requête d'arbitrage.**[21]

- **Le 2 février 1999**, lors de l'acte de constitution du Tribunal, le représentant du Chili a reconnu qu'**antérieurement au 20 avril 1998** (date de l'enregistrement de la Requête), le Ministre de l'Économie du Chili s'était déplacé en personne au CIRDI afin d'insister personnellement pour que la **Requête** introduite le 6 novembre 1997 ne soit pas enregistrée.[22]

- **Le 2 février 1999,** également, la représentation de la République du Chili a remis en main propre au Tribunal arbitral une copie de la lettre du Ministre chilien de l'Économie[23], datée du 30 novembre 1998 et adressée à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI, où après avoir attaqué le Centre pour avoir enregistré la **Requête** l'auteur affirmait : "*nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal*", et menaçait de "***demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)***" au cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulerait pas l'enregistrement de la Requête.

- **Avril 2001,** la représentation de la République du Chili s'oppose avec succès à la désignation par le Centre de Madame Gabrielle Kauffmann-Kohler comme Présidente du Tribunal arbitral.

- **Le 2 avril 2001,** le représentant du Chili demande au Tribunal arbitral de lui communiquer le détail d'une réunion à huis-clos du Tribunal, les opinions qui y ont été émises, le compte-rendu, l'enregistrement, les notes prises pendant la réunion ou, alternativement, que chacun des arbitres communique au Chili «*une version précise et détaillée de ce qui a été discuté et décidé pendant cette réunion ou ces réunions, tout ceci certifié par Monsieur le Secrétaire du Tribunal…* ».

- **Le 21 août 2002**[24], la Chambre des Députés du Chili tient une séance spéciale sur la présente procédure arbitrale. Les partis gouvernementaux approuvent une motion demandant que la République du Chili ne respecte pas une éventuelle décision du Tribunal arbitral favorable aux investisseurs espagnols.

- **Le 24 août 2005**, la représentation de la République du Chili demande la récusation de l'entier Tribunal arbitral, après que, le 27 juin 2005, celui-ci ait fait connaitre aux Parties, par l'intermédiaire du Centre, qu'il avait rédigé un projet de Sentence, et le 12 août 2005 que les membres du Tribunal arbitral devaient se réunir début septembre afin de finaliser la Sentence.

---

[21] Pièce C-M01, Mémoire initial des Demanderesses du 17 mars 1998, §4.13.1.10
[22] Pièce C-M01, ibid, §4.13.1.1.1
[23] Lettre du Ministre chilien de l'Économie du 20 novembre 1998, pièce ci-jointe n° 12; Pièce C-M01f, Mémoire du 17 mars 1998, §4.13.1.10
[24] Pièce C208, procédure arbitrale initiale

- **Le 26 août 2005**, M. Leoro Franco, arbitre désigné par la République du Chili, donne sa démission au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné.

- **Le 8 septembre 2005**, le Centre, à la demande du Juge M. Bedjaoui, informait les membres du Tribunal et les parties Demanderesses qu'une réunion *ex parte* s'était tenue le 2 septembre 2005 à Washington D.C. entre, d'une part, le Secrétaire Général du Centre et, d'autre part, le Ministre de l'Économie du Chili –en sa qualité d'envoyé personnel du Président du Chili-, l'Ambassadeur du Chili aux EE.UU., ainsi que d'autres membres d'une délégation chilienne demandant le renversement immédiat du Tribunal arbitral régulièrement constitué.

- **M. Jorge Carey, représentant personnel du Président du Chili dans la présente phase de la procédure arbitrale, a également participé à cette réunion *ex parte* de 2005 visant le renversement du Tribunal arbitral, qui a été suivie de la destitution du Juge M. Bedjaoui, ancien Président de la Cour Internationale de Justice, par M. Paul Wolfowitz, Président alors du Conseil administratif du CIRDI, sans aucune motivation (se pliant donc à une interférence de l'État du Chili dans la procédure arbitrale[25] ontologiquement contraire à la raison d'être et à la finalité de la Convention de dépolitiser la solution des différends en matière d'investissements étrangers).**

- Ces infractions à la Convention et aux Règles de l'arbitrage sont mentionnées dans la partie de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard, pp. 729, 34-37) qui a condamné le Chili pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, condamnation que la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 (L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri), p. 353, a déclarée *res iudicata.*

- **Le 17 mai 2006[26],** la représentation de la République du Chili s'oppose avec succès à la nomination par le Centre de Mme. Brigitte Stern, en qualité d'arbitre du Tribunal arbitral en remplacement de M. Leoro Franco.

- **Le 6 janvier 2014,** la représentation de l'Etat du Chili a récusé l'arbitre nommé par les Demanderesses, le Prof. Philippe Sands, qui le 10 janvier 2014 a décidé de démissionner volontairement du Tribunal *« to allow these proceedings to continue without the distraction posed by my involvement (...) in the interest of the parties and the ICSID system ».*[27]

[25] La décision de M. Paul Wolfowitz du 21 février 2006 et quelques-uns des agissements de l'État hôte pour renverser le Tribunal arbitral à partir d'août 2005 sont accessibles dans http://www.italaw.com/cases/829
[26] Lettre de la République du Chili du 30 mai 2006, accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/240506_fr.pdf
[27] Voir la lettre de démission du Prof. Philippe Sands du 10 janvier 2014

3. Les Demanderesses ont voulu éviter le conflit d'intérêts et le dommage qui en découle

45. Lorsque les Demanderesses ont dû nommer un arbitre conformément à l'art. 37(2)(b)), elles ont toujours pris soin de préserver la neutralité et l'indépendance des arbitres à l'égard de toutes les parties. Ainsi, lorsque le 20 mai 2013 elles ont demandé à M. Albert Jan van den Berg sa disponibilité pour être arbitre dans la présente phase de la procédure, celui-ci a répondu affirmativement et, respectueux des principes de l'arbitrage international, a immédiatement dévoilé aux Demanderesses l'information permettant à ceux-ci de considérer la possibilité d'un conflit d'intérêts. Les courriels échangés avec M. van den Berg sont les suivants:

De: Albert Jan van den Berg [mailto:ajvandenberg@hvdb.com]
Enviado el: martes, 21 de mayo de 2013 21:09
Para: 'JGarces'
Asunto: RE: A M. van den Berg. Réf. Affaire CIRDI N° ARB/98/2

Monsieur,

Concernant le sujet susmentionné, je suis disposée à servir en tant qu'arbitre.

J'ai, par le passé, eu l'occasion d'œuvrer en tant qu'avocat dans le cadre de l'affaire « République du Chili contre Azeta B.V. », ayant été déférée aux juridictions néerlandaises. Ce dossier concernait des procédures d'exécution forcée lors d'un jugement rendu à Rotterdam en 1984 contre la République du Chili. Ces procédures judiciaires furent conclues par un jugement de la cour d'appel d'Amsterdam le 29 janvier 2013. Celui-ci n'a pas été frappé d'un recours en cassation.
Salutations distinguées,

Albert Jan van den Berg
Hanotiau & van den Berg
IT Tower, 9th Floor
480 Avenue Louise, B.9
1050 Brussels
Belgium

Les Demanderesses lui ont répondu :

De: JGarces [mailto:100407.1303@compuserve.com]
Enviado el: jueves, 23 de mayo de 2013 16:56
Para: 'Albert Jan van den Berg'
Asunto: A M. van den Berg. Réf. Affaire CIRDI N° ARB/98/2

Madrid, le 23 mai 2013

A Monsieur Albert Jan van den Berg
Bruxelles
Belgique

Monsieur,
Je vous remercie de votre réponse rapide et positive à notre demande du 20 mai dernier.

Je vous écris aujourd'hui avec une très profonde tristesse.

Je n'avais la moindre idée du fait que vous aviez été avocat de la République du Chili dans l'affaire Azeta B.V., ce dont vous avez eu la gentillesse de m'informer. Je vous en suis gré, car bien au-delà de notre volonté, cela pourrait dans l'avenir créer des situations objectivement embarrassantes pour vous, ou l'une ou l'autre de parties, dans l'étape à venir de cette procédure d'arbitrage où nous nous sommes trouvés face à des situations tout à fait inattendues et regrettables.

En effet, en déposant la demande en 1997 nous n'avions pas anticipé que la partie contraire allait soulever des prétextes –aussi arbitraires qu'injustifiés- visant à empêcher de siéger dans le Tribunal des juristes aussi éminents et divers que Gabrielle Kaufman-Kohler, Pierre Lalive, Mohammed Bedjaoui, Brigitte Stern, Emmanuel Gaillard, et d'autres.

Compte tenu de ces précédents, nous aimerions que vous compreniez combien, à notre grand regret, nous considérons qu'il est sage de nous désister de notre proposition du 20 mai dernier.
Veuillez me croire, Monsieur van den Berg, c'est après mûre réflexion et avec mal au cœur que je vous fais part de cette conclusion.

Avec mes salutations les plus distinguées

Dr. Juan E. Garcés
Représentant légal des parties demanderesses dans l'affaire CIRDI N° ARB/98/2.

46. Si avant de signer la déclaration prévue à la Règle d'arbitrage n° 6 Sir Franklin Berman QC et M. V. V. Veeder QC avaient révélé que des membres des Essex Court Chambers recevaient des instructions et du financement de l'Etat du Chili, ou d'organismes et institutions qui en dépendent, il est certain que les Demanderesses n'auraient pas nommé arbitre M. Veeder. Il est également certain qu'elles auraient été attentives aux motifs pour lesquels Sir Franklin entendait qu'il n'y avait aucun conflit d'intérêts apparent entre lui et la partie Défenderesse, et que, le cas échéant, elles l'auraient invité à démissionner volontairement ou, à défaut, à soumettre l'apparence de conflit d'intérêt au remède de la Règle n° 9 (récusation). Leur silence maintenu pendant plus de deux ans, cumulé à celui de l'Etat Défendeur, a objectivement réussi à priver les investisseurs espagnols de l'un des remèdes établis dans la Convention et destiné à leur permettre, avant que soit déclarée close la procédure le 17 mars 2016, de préserver l'intégrité de celle-ci, gagner du temps et réduire les coûts.

47. Le conflit d'intérêts apparent entre l'Etat hôte et les deux arbitres membres des Essex Court Chambers a infligé un grand dommage aux investisseurs espagnols, irréversible dans le cas de l'entrepreneur M. Victor Pey Casado qui a appris ce conflit alors qu'il est âgé de cent et un ans.

4. Le conflit d'intérêts apparent entre les arbitres membres des Essex Court Chambers et la République du Chili

48. La République du Chili ayant dévoilé après le prononcé de la Sentence du 13 septembre 2016 un fait constitutif d'un conflit d'intérêts, il n'est plus possible de

l'invoquer ici dans le cadre de la Règle d'arbitrage n° 9 -récusation des arbitres- mais de la Règle n° 8(2) –démission volontaire des arbitres- en rapport avec l'article 14 de la Convention (*offrir toute garantie d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice des fonctions arbitrales*), sous réserve explicite du remède que prévoit l'article 52 de la Convention (annulation de la sentence du 13 septembre 2016).

NORMES APPLICABLES DANS LE CAS D'ESPÈCE

1. La Convention du CIRDI

49. Il est impératif, conformément à la Convention du CIRDI, que les arbitres *doivent offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions* (articles 14 et 40(2)).

Il est, en effet, généralement accepté que dans le système CIRDI les arbitres doivent être indépendants et impartiaux.[28]

50. L'obligation de révéler complètement les circonstances d'un possible conflit d'intérêts est permanente dans le système CIRDI,

> *"The prohibition against a conflict of interest and the disclosure obligation continue after the appointment. If the facts that could cast doubt on the arbitrator's independence and impartiality arise during the course of the proceeding, the arbitrator is expected to reveal them promptly [Shihata, I. F.I.: The experience of ICSID in the Selection of Arbitrators, News from ICSID, Vol. 6/1, pp 5, 6 (1989)]. In Holiday Inns v. Morocc, the arbitrator appointed by the Claimants disclosed that four years after the registration of the request he had become a director of one of the Claimants. He had to resign in accordance with art. 56(3) (see Art. 56, para 38)"*[29]

51. Ceci est d'autant plus impératif depuis l'introduction dans le Règlement d'arbitrage de la disposition régissant la première session du Tribunal suivant laquelle chaque arbitre doit signer une déclaration indiquant :

> « *Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou*

---

[28] *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 December 2013, §65; *Repsol S.A. and Repsol Butano S.A. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser (Spanish), 13 December 2013, §70; *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 November 2013, §58, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3009.pdf ; *Abaclat and Others v. Argentine Republic* , ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, 4 February 2014, §74

[29] SCHREUER (Ch.): The ICSID Convention. A Commentary (2001), pages 516-517, Art. 41, §23

circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance » (Règle d'arbitrage 6(2), soulignement ajouté).

52. Selon le Président du Conseil administrative du CIRDI[30],

> *« 59... Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias.*[31]
> *60. The applicable legal standard is an 'objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party'*[32]*. As a consequence, the subjective belief of the party requesting the disqualification is not enough to satisfy the requirements of the Convention.*
> *61. Finally, regarding the meaning of the word 'manifest' in Article 57 of the Convention, a number of decisions have concluded that it means 'evident' or 'obvious.'*
> *62. The Chairman notes that the Parties have referred to other sets of rules or guidelines in their arguments such as the IBA Guidelines. While these rules or guidelines may serve as useful references, the Chairman is bound by the standard set forth in the ICSID Convention.*[33]
> (Soulignements ajoutés).

53. Dans l'affaire *Caratube*[34], les deux co-arbitres ont conclu à l'égard d'information connue par l'arbitre et qui ne figurait pas dans le dossier que:

> *[I]t remains that Mr. Boesch is privy to information that would possibly permit a judgment based on elements not in the record in the present arbitration and hence there is an evident or obvious appearance of lack of impartiality as this concept is understood without any moral appraisal: a reasonable and informed third party observer would hold that Mr. Boesch, even unwittingly, may make a determination in favor of one or as a matter of fact the other party that could be based on such external knowledge.*

54. Dans son étude sur les arbitres internationaux, les travaux préparatoires de la Convention du CIRDI et les articles de celle-ci où il est question du terme « *manifeste* », Karel Daele a conclu que ce terme équivaut à *easily recognizable*, *clear*, *obvious* et/ou *self evident*, et qu'une définition stricte de ce terme ne concordait clairement pas avec le fait que '*nowhere in the legislative history of the Convention, is*

---

[30] *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, cité, §§59-62

[31] Dans le même sens, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales del Agua SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007, §30 (Suez I); et les Décisions dans les affaires CIRDI *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*; *Repsol S.A. and Repsol Butano S.A. v. Republic of Argentina*, *Abaclat and Others v. Argentine Republic*

[32] Dans le même sens, *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee, 3 October 2001, §20: "*In such a case, the arbitrator might be heard to say that, while he might be biased, he was not manifestly biased and that he would therefore continue to sit. As will appear, in light of the object and purpose of Article 57, we do not think this would be a correct interpretation.*"

[33] Voir dans le même sens *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, 12 August 2010, §43.

[34] *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/13/13, Decision on the Proposal for Disqualification of Mr Bruno Boesch, 20 March 2014, §24

there any indication that anything less than the full and complete possession of the [independence and impartiality] would be sufficient".[35]

2. Les Principes de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international sont appliqués dans le système CIRDI

55. Ces Principes ne sont pas obligatoires mais *may serve as useful references,* affirme le CIRDI[36], et sont régulièrement appliqués par le Centre et les Tribunaux du CIRDI, surtout après la réforme en 2006 de la Règle n° 6 et la décision citée de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI dans l'affaire *Blue Bank* du 12 November 2013.

56. Dans *Blue Bank* et *Burlington*, le Président du Conseil administratif du CIRDI a considéré ces Principes comme étant des "*useful references*"[37].

Dans l'affaire *Alpha Projekt* les deux co-arbitres les ont qualifiés d'"*instructive*"[38] et dans l'affaire *Urbaser*, *"a most valuable source of inspiration*"[39].

57. Les Principes de l'IBA sont d'application dans le système CIRDI

i. quel que soit le stade de la procédure[40] :

> *« The first General Standard, entitled "General Principle," provides as follows:*
> *Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so during the entire arbitration proceeding until the final award has been rendered or the proceeding has otherwise finally terminated.*
>
> *The second General Standard, entitled "Conflict of Interest" provides as follows:*

---

[35] Daele (K.), *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer 2012), §§ 5-027, 5-028

[36] Voir le site internet du CIRDI dans http://bit.ly/2e5wWVF

[37] *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, cite, §62; *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, cit., §69.

[38] *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, 19 March 2010, §56.

[39] *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Cambell McLachlan, 12 August 2010, §37

[40] Commentaire à la Règle générale 3(e) des principes de l'IBA: *"(e)* ***Disclosure*** *or disqualification (as set out in General Standards 2 and 3)* ***should not depend on the particular stage of the arbitration****. In order to determine whether the arbitrator should disclose, decline the appointment or refuse to continue to act, the facts and circumstances alone are relevant, not the current stage of the proceedings, or the consequences of the withdrawal. (...) no distinction is made by these Guidelines depending on the stage of the arbitral proceedings. While there are practical concerns, if an arbitrator must withdraw after the arbitration has commenced, a distinction based on the stage of the arbitration would be inconsistent with the General Standards."* (Soulignement ajouté)

(a) An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator if he or she has any doubts as to his or her ability to be impartial or independent
(b)The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, unless the parties have accepted the arbitrator in accordance with the requirements set out in General Standard (4).
(c)Doubts are justifiable if a reasonable person and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision. [. . .]

As Judge Brower points out, the stage of proceedings (which are neither at a very early, or a very late stage) is "wholly irrelevant" to this challenge.
Applying the IBA Guidelines, I have not taken the stage of proceedings into account in determining this challenge.[41]

[Dans le cas présent, un fait constitutif du conflit d'intérêts a été porté à la connaissance des investisseurs espagnols après la communication de la Sentence du 13 septembre 2016]

ii. quelle que soit l'expérience et la réputation des arbitres :

«Claimant argues that Judge Brower's "experience and standing are relevant when evaluating his independence and impartiality." The justifiable doubts test is objective and applies universally to all arbitrators, irrespective of whether they are chairs, sole arbitrators or party-appointed arbitrators (see General Standard 5). There is nothing in the IBA Guidelines that supports a special deference to the subjective positions of arbitrators based on their level of experience or standing in the international community. Judge Brower no doubt has extensive experience in international arbitration and is highly regarded in the field, but this fact is irrelevant in applying the IBA.

Indeed, given Judge Brower's experience and reputation, it can be assumed that he must have been aware of the risks his interview could entail as far as raising justifiable doubts regarding his impartiality or independence.[42]

[Sir Franklin Berman QC et M. V. V. Veeder QC ont également une grande expérience et réputation]

iii. sur la base de l'apparence de partialité ou dépendance et non de partialité ou dépendance effectives:

in all of the jurisdictions considered by the Working Group in formulating the Guidelines, there was agreement "that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the appearance of bias and not actual

[41] *Perenco v. Ecuador*, ICSID CASE No. ARB/08/6, Décision du 8 décembre 2009 concernant le Juge Charles Brower, PCA Case No. IR-2009/1, §§39, 40, 65, 66, souligné dans l'original, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0625.pdf
[42] *Perenco v. Ecuador, ibid.* §§62, 63

bias." The Background Information proceeds to explain that: Based on the virtual consensus of the national reports and the discussions of national law, the Working Group decided that the proper standard for a challenge is an "objective" appearance of bias, so that an arbitrator shall decline appointment or refuse to continue to act as an arbitrator if facts or circumstances exist that form a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. If an arbitrator chooses to accept or continue with an appointment once such bias has been brought to light, disqualification is appropriate and a challenge to the appointment should succeed. Accordingly, a finding that Judge Brower is actually biased against Ecuador or has actually prejudged the merits of the dispute is not necessary in order for the challenge to be sustained under the IBA Guidelines. [43]

[Dans le cas présent, l'apparence de conflit d'intérêts est d'autant plus significative compte tenu de l'absence de *disclosure* par Sir Franklin Berman QC et à M. V. V. Veeder QC lors de son acceptation comme arbitres en janvier 2014 ou avant la clôture de la procédure le 17 mars 2016, ou après la demande qui leur a été adressée en même temps qu'à la République du Chili par les investisseurs espagnols le 13 octobre 2016]

58. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi c. Argentine* (II) a tenu compte des Principes de l'IBA en rapport avec l'appartenance d'un arbitre à une institution ayant un rapport indirect avec l'une des parties, et a affirmé que

having properly and adequately investigated and established any relationship between [l'institution] *and any of the parties to the arbitrations, it is for the arbitrator personally first to consider such a connection in terms of* ***a voluntary resignation as arbitrator. Such connection must otherwise be properly disclosed to the parties through an adequate amendment of earlier declarations under Rule 6.***

The Respondent has raised the important point that, if this is the decisive element, failure to adequately investigate, disclose and inform is encouraged in this manner, and that as a consequence a nonsense is being made of all duties in this respect, thus undermining the credibility of the entire ICSID process, which the Committee has already stated to underly all of Article 52. The Respondent cites the revision of the Pinochet case in the House of Lords as powerful support. [44]

[L'apparence d'un conflit d'intérêts entre un juge du Tribunal de la House of Lords et l'une des parties, régie par les lois anglaises dans l'affaire de l'extradition de Pinochet pour crimes de lèse Humanité, a été connue après le prononcé de la Sentence de la House of Lords du 25 novembre 1998[45]. Celle-

[43] *Perenco v. Ecuador, ibid.* §§43.44
[44] *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal v Republic of Argentina*, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/97/3, 10 August 2010, §§226, 230, 236, 237, accessible dans http://www.italaw.com/documents/VivendiSecondAnnulmentDecision.pdf
[45] Accessible dans http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm

ci a été annulée le 17 décembre 1998 par un autre tribunal de la House of Lords[46]]

59. Une partie a l'obligation de communiquer au Centre, au Tribunal arbitral et aux autres parties un éventuel conflit d'intérêts le plus tôt possible. De même, les arbitres ont le devoir d'enquêter sur la possibilité d'un tel conflit, de le révéler (*disclose*) et d'en informer les parties selon le Principe Général n° 7 de l'IBA:

> ***Devoirs des arbitres et des parties***
> *(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of* ***any*** *relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and* ***any person or entity*** *with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration.*
> ***The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity****.*
> *(c) In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide* ***any*** *relevant information available to it.*
> *(d) An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify* ***any*** *conflict of interest, as well as* ***any*** *facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence.*
> *Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries.* (Soulignement ajouté).
>
> [En l'espèce, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas menée d'enquête, ni informé le Centre ni les parties Demanderesses, des Rapports existant entre l'Etat Défendeur et des membres des Essex Court Chambers].

60. Les relations entre l'arbitre et une partie font l'objet du Principe Général n° 6 :

> ***(6) Relationships***
> *(a)* ***The arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm****, but when considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists, or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator's law firm, if any, and the relationship of the arbitrator with the law firm,* ***should be considered in each individual case****.*
> *The fact that the activities of the arbitrator's firm involve one of the parties shall not necessarily constitute a source of such conflict, or a reason for disclosure. Similarly, if one of the parties is a member of a group with which the arbitrator's firm has a relationship,* ***such fact should be considered in each individual case****, but shall not necessarily constitute by itself a source of a conflict of interest, or a reason for disclosure.*
> *(b)* ***If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in,*** *or a duty to indemnify a party for,* ***the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party****.* (Soulignement ajouté).

[46] Accessible dans http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm

[En l'espèce, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas révélé les rapports de la République du Chili avec des membres des Essex Court Chambers]

61. Les Principes de l'IBA placent dans la *Non-Waivable Red List* le fait que

> 1.4 *The arbitrator or his or her firm* ***regularly advises the party****, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm* ***derives significant financial income therefrom.*** (Soulignement ajouté).
>
> [Le 18 septembre 2016 le Gouvernement du Chili a rendu publique que des membres des Essex Court Chambers conseillaient la République du Chili de manière régulière[47]]
>
> La *Part II: Practical Application of the General Standards* de ces Principes de l'IBA indique
>
> *2. (...) The Non-Waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, acceptance of such a situation cannot cure the conflict.*
>
> [Dans leur réponse du 17 octobre 2016 les deux arbitres membres des Essex Court Chambers se sont placés eux-mêmes en *iudeces in causa sua*[48]]

62. Dans l'affaire CIRDI *Azurix c. Argentina* le President du Tribunal arbitral, M. Yves Fortier, PC CC OQ QC, révéla en début de procédure que sa *law firm* avait des rapports avec l'une des parties et aussitôt demissionna de sa *law firm*, avec effet immédiat, '*so that [he would] serve as president in a capacity of unquestionable independence unaffected by events of which [he had] no knowledge or information and over which [he had] no control*'[49].

[Dans leur réponse du 17 octobre 2016 les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas révélé les rapports entre des membres de leurs *Chambers* et la République du Chili, ni ont démissionné de celle-ci].

63. Dans l'affaire CIRDI *Lemire v. Ukraine* l'arbitre nommé par l'investisseur, M. Jan Paulson, révéla que sa *law firm* venait de recevoir des instructions de la part de l'Etat défendeur dans un arbitrage différent auprès de la Cour Internationale de Justice. Et bien que M. Paulson n'était pas personnellement concerné dans l'autre arbitrage et qu'il était d'avis que le mandat à *sa law firm* n'affectait pas à son impartialité, il offrit sa démission aux parties et leur demanda de s'exprimer à cet égard[50].

---

[47] Pièces nos. 1et 2
[48] Pièces nos. 9 et 11
[49] Challenge, Decision of 25 February 2005
[50] Challenge, Decision of 23 December 2008, §§20-22

[Les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas révélé aux investisseurs espagnols, ni au Centre, que des membres de leurs *Chambers* avaient des rapports avec la République du Chili dans une affaire auprès de la Cour Internationale de Justice, pas plus qu'ils ont démissionné du Tribunal arbitral]

64. C'est un membre des Essex Court Chambers, M. D.A.R. Williams, QC, qui en sa qualité de président du Tribunal de l'affaire *Hrvatska c. Slovenia* a statué, après avoir pris en considération les Principes de l'IBA, que

> *For an international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies. (...).*[51]

3. M. V. V. Veeder a agi conformément aux Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts dans une affaire CIRDI, et a démissionné en conséquence

65. Il est connu qu'en l'absence du consentement de toutes les parties, certaines des spécificités propres au système des *barristers* anglais pratiquant l'arbitrage ne s'appliquent pas dans le système CIRDI.

66. M. VV.Veeder, QC, en sa qualité de président du Tribunal arbitral dans l'affaire *Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela,* a démissionné volontairement du fait qu'un autre membre de l'Essex Court Chambers avait des rapports avec l'une des parties[52] :

> *On May 20, 2005, the Parties informed the Centre that they had jointly appointed Mr. V.V. Veeder, a British national, as the third and presiding arbitrator (...) on May 7, 2007, the hearing on jurisdiction took place in London (...) the following persons appeared as legal counsel and representatives for the Claimant: (...) Prof. Greenwood of Essex Chambers. (...) The following persons appeared on behalf of the Respondent as its legal counsel and representatives: Messrs. (...) Kelby Ballena (...) Mr. Paolo Di Rosa and Ms. Gaela Gehring Flores of Arnold & Porter LLP (...). During the session, after hearing the Parties' positions regarding the participation of Prof. Greenwood in the case, the President of the Tribunal submitted his resignation. His resignation was accepted by his two co-arbitrators, Judge Brower and Mr. Paulsson (...).*

67. Or, dans la présente procédure, les représentants de la République du Chili – précisément MM. Kelby Ballena, Mr. Paolo Di Rosa, Ms. Gaela Gehring Flores, Arnold & Porter LLP- ont plaidé pendant plus de deux ans devant M. V.V.Veeder,

---

[51] *Hrvatska c. Slovenia*, ICSID Case N° ARB/05/24, Tribunal's Ruling, 6 Mai 2008, p. 23, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf

[52] ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, *Decision on Jurisdiction*, 22 August 2008, pages 7-9, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0888.pdf

QC, et tous –l'Etat du Chili, ses conseils, l'arbitre lui-même- ont maintenu sous silence sur les rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers.

68. *Omnes sapiebant, omnes tacebant …*

69. Ces faits, discriminatoires et biaisés à l'égard des parties Demanderesses, soulèvent des questions raisonnables quant à l'impartialité et l'indépendance exigés par les arts. 14(1) et 52(1)(d) de la Convention et l'art. 6(2) du Règlement d'arbitrage.

70. Cette coïncidence unanime, objective, dans le silence a eu, et aura par la suite, des conséquences matérielles graves pour les investisseurs espagnols et la procédure arbitrale.

4. Le Bar Council of England and Wales et les *barristers* dans l'arbitrage international appliquent les Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts

71. Le *Bar Council of England and Wales* a émis le 6 juillet 2015 une *Information Note Regarding Barristers In International Arbitration*[53] invoquant l'application des Principes de l'IBA à tous les barristers qui agissent en qualité d'arbitre :

> *30. (a) An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator, if he or she has any doubt as to his or her ability to be impartial or independent.*
>
> *(b) The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, which,* ***from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances****, would give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or in dependence, unless the parties have accepted the arbitrator in accordance with the requirements set out in General Standard (4).*
>
> *(c)* ***Doubt is justifiable if a reasonable and informed third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision.***
>
> ***(d) Justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's impartiality or independence in any of the situations described in the Non-Waivable Red List.*** (Soulignement ajouté).

72. Dans les circonstances du cas présent, comme on le voit dans le §§61 *supra* et 81-83 *infra*, la situation des membres des Essex Court Chambers réunit les circonstances pour se trouver dans le cadre de la *Non-Wailable Red List*.

[53] Accessible dans http://www.barcouncil.org.uk/media/376302/bc_information_note_-_perceived_conflicts_in_international_arbitration_-_060715.pdf. paras. 29-34

73. Ni la République du Chili ni les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont répondu à la demande du 13 septembre 2013 de dévoiler les montants versés par l'Etat du Chili, ou d'organismes et institutions qui en dépendent, ni les engagements souscrits avec des membres des Essex Court Chambers pendant le développement de la présente deuxième soumission du différend initiée en juin 2013.

74. En tout cas, on doit tenir compte ici que, comme affirme le prof. William W. Park, Président de la London Court of International Arbitration :

> *Shared profits are not the only type of professional relationships that can create potential conflicts. Senior barristers often have significant influence on the progress of junior colleagues' careers. Moreover, London chambers increasingly brand themselves as specialists in particular fields, with senior 'clerks' taking on marketing roles for the chambers, sometimes travelling to stimulate collective business.*
>
> *Moreover, a barrister's success means an enhanced reputation, which in turn reflects on the chambers as a whole. (note 203: Sceptics also note that salaried legal associates in the United States and other countries assume the conflicts of their firm affiliation even without sharing in profits.)*
>
> *In response to doubts about the ethics of their practice, some barristers suggest that outsiders just do not understand the system, characterising the critiques as naïve. Like a Paris waiter impugning a tourist's ability to speak French in order to distract him from insisting on the correct change, the critique aims to camouflage what is at stake. Often, however, outsiders do understand the mechanics of chambers. They simply evaluate the dangers differently.*[54]

5. Le Code Ethique de l'Ordre des Avocats du Chili qualifie de conflit d'intérêts objectif une situation comme celle crée dans la présente procédure entre l'Etat du Chili et des arbitres membres des Essex Court Chambers

75. La déclaration publique de l'Ordre des Avocats du Chili du 24 octobre 2016 a rappelé les normes du Code Ethique s'appliquant aux conseils chiliens depuis le 1er août 2011[55] :

> *«3º) Par ailleurs, l'article 88 du Code d'Éthique Professionnelle dispose que, par norme générale « Quand plusieurs avocats sont membres de la même équipe professionnelle, quelle que soit la forme associative utilisée, les règles qui*

[54] William W. Park, Rectitude in International Arbitration, in William W. Park (ed.), *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*, (© LCIA; Kluwer Law International 2011, page 516

[55] Pièce nº 18, déclaration publique de l'Ordre des avocats du Chili, 24 octobre 2016, accessible dans https://goo.gl/P9kX8x

disqualifient l'un d'entre eux pour agir dans une affaire, pour raisons de conflit de fonctions ou d'intérêts, disqualifient les autres aussi ».

4°) Ainsi l'extension des disqualifications dérivées de conflits de fonctions et d'intérêts, réglementés par le Code d'Éthique Professionnelle, á d'autres avocats avec lesquels est partagé un bureau professionnel, ne requiert pas l'existence d'une société professionnelle entre eux.

5°) Le « toit en commun » constitue sans aucun doute une forme associative suffisante pour étendre la disqualification d'un avocat aux autres professionnels du bureau lorsque ce lien professionnel suppose le partage de frais, l'utilisation d'une dénomination en commun, une publicité pour le cabinet comme une entité au moyen de sa page web et le fait d'assurer ensemble, même occasionnellement, la défense juridique de certains clients.

76. Il est manifeste que les conseils de la République du Chili membre du Barreau des avocats du Chili n'ont pas respecté ces normes éthiques dans la présente procédure arbitrale, et qu'ils semblent continuer à ne pas les appliquer dans les rapports entre la République et les membres des Essex Court Chambers[56].

6. La République du Chili, le Tribunal arbitral et le Centre ont appliqué aux parties Demanderesses les Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts

77. Le 18 décembre 2013 la République du Chili a communiqué au présent Tribunal arbitral ses exigences à ce sujet dans la présente phase de la procédure[57] :

> *46. Article 14(1) of the Convention mandates that arbitrators "*be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, **who may be relied upon to exercise independent judgment**.*"[58] As Professor Schreuer has noted, of the three qualities listed in Article 14(1), "*only the requirement of reliability to exercise independent judgment has played a role in practice.*"[59]*
>
> *47. Although the English version of the Convention states that an arbitrator must be a person "*who may be relied upon to exercise independent judgment,*"[60] ICSID tribunals —as well as the Centre itself— repeatedly have recognized that an arbitrator must also be relied upon to be impartial.[61] The requirement of independence and impartiality not only is an approach that*

---

[56] Voir la déclaration d'un conseil du Chili publiée dans *Global Arbitration Review* le 25 octobre 2016 : « *the letter* [des Demanderesses du 13 octobre 2013, pièce n° 7] *reflects a misunderstanding of the nature of barristers' chambers in the UK (...)* », pièce n° 17

[57] Voir la lettre de la partie Défenderesse du 18 décembre 2013

[58] 88 ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).

[59] RA-10, CHRISTOPH SCHREUER ET AL., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Art. 57 ¶ 18 (2d. ed. 2009) ("Schreuer, *Commentary*, Art. 57"), souligné dans l'original.

[60] ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).

[61] RA-7, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007), ¶ 28 (Salacuse, Nikken) ("*Suez (Challenge)*"); *see also* RA-4, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30 (Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, 27 February 2012), ¶ 54 (Keith, Abi-Saab) ("*ConocoPhillips (Challenge)*"); RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 36.

"accords with that found in many arbitration rules,"[62] *but is also one that is mandated by the terms of the ICSID Convention. As many tribunals have acknowledged, the Spanish version of Article 14(1) refers to an arbitrator's "*impartiality*"*[63] *rather than independence. "*Since the [ICSID Convention] by its terms makes both language versions equally authentic, [both] the standards of independence and impartiality [apply] in making our decisions."[64] *(…)*

*48. While "*the precise nature of the distinction [between independence and impartiality] is not always easy to grasp[,] [g]enerally speaking independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties*."*[65]

*49. As the Chairman of the Administrative Council recently emphasized in his decisions to disqualify arbitrators in the Blue Bank v. Venezuela and Burlington Resources v. Ecuador arbitrations, to prove that an arbitrator lacks independence or impartiality, the party requesting disqualification need not demonstrate actual bias. In both cases, the Chairman of the Administrative Council made the following (identical) statement: "*Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather, **it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias**.*"*[66] *The Urbaser v. Argentina tribunal, which the Chairman of the Administrative Council cited in support of his rulings in Blue Bank and Burlington Resources,*[67] *explained: "*The requirements of independence and impartiality serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case. In order to be effective this protection does not require that actual bias demonstrate a lack of independence or impartiality.*"*[68] *Instead,* "[a]n appearance of such bias from a reasonable and informed third person's point of view is sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."[69] *As Professor Sands himself noted in the context of challenges based on arbitrators who serve simultaneously as counsel,* "the test is not what we think, but what a reasonable observer would think.*"*[70]

*50. Although many claims of partiality have been based on relationships between arbitrators and the parties (or arbitrators and counsel), other circumstances may be "*sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality.*"*[71] *As the Conoco Phillips tribunal recently held, justifiable doubts can arise out of any circumstances leading a reasonable person to conclude that an arbitrator might be* "influenced by factors other than those related to the merits of the case.*"*[72] *(…).*

*53. (…) as the recent decisions by the Chairman of the Administrative Council in the Blue Bank and Burlington Resources cases confirm, there is little practical difference between the standard derived from the IBA Guidelines applied in Perenco and the one set forth in Article 57 of the ICSID Convention. As the PCA stated in Perenco, under the IBA Guidelines, "*Judge

---

[62] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28.
[63] ICSID Convention, Art. 14(1) (Spanish) (affirmant que les arbitres "*deberán . . . inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*").
[64] RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28; *see also* RA-4, *ConocoPhillips (Challenge)*, ¶ 54; RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶36.
[65] RA-7, Suez (Challenge), ¶ 29.
[66] RA-2 Blue Bank (Challenge), ¶ 59 (emphasis added); RA-3, Burlington Resources (Challenge), ¶ 66 (ICSID Administrative Council Chairman Kim), souligné dans l'original
[67] RA-2, Blue Bank (Challenge), ¶ 59; RA-3, Burlington Resources (Challenge), ¶ 66 (citing RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43).
[68] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43.
[69] Id.
[70] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43.
[71] RA-8, Urbaser (Challenge), ¶ 43
[72] RA-4, ConocoPhillips (Challenge), ¶ 55. As Professor Schreuer has noted, one example of issue conflict "arises in investment arbitrations when an arbitrator is also involved as counsel in another pending case. Challenging parties in those types of situations argue that if an arbitrator also acts as counsel in another investment case, involving similar legal issues, an unbiased approach cannot be maintained." RA-10, Schreuer, Commentary, Art. 57, ¶ 34.

> Brower would be disqualified if 'circumstances . . . have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts' as to Judge Brower's impartiality or independence."[73] *Under the General Standard of the IBA Guidelines, justifiable doubts exist "*if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision."[74] *This is an "*appearance test."[75] *Accordingly, a finding that the arbitrator "*is actually biased . . . or has actually prejudged the merits of the dispute is not necessary in order for the challenge to be sustained . . . ."[76]
>
> *54. The standard for impartiality is evaluated the same way in the Article 57 context. As the Chairman of the Administrative Council held in the recent Blue Bank and Burlington Resources decisions: "*Independence and impartiality both 'protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case.'"[77]
> *For disqualification due to the lack of one of these qualities,* "[t]he applicable legal standard is an 'objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party.'"[78] Proof of actual dependence or bias is not required; "rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias."[79] *(...).*
>
> *55. The "*appearance*" standard is employed in numerous jurisdictions. As the Working Group that drafted the IBA Guidelines explained, in preparing the Guidelines,* "[t]he members of the Working Group submitted 13 National Reports from the following jurisdictions: Australia, Belgium, Canada, England, France, Germany, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Singapore, Sweden, Switzerland, and the United States."[80] *These reports covered a wide range of issues, including whether "an 'appearance' test or something similar is applied . . . ."*[81] *Out of the 13 surveyed,* "[a]ll of the jurisdictions agree that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the appearance of bias and not actual bias."[82]

78. Le 5 juillet 2014 la République du Chili a également demandé la récusation de M. le Secrétaire du Tribunal arbitral au motif suivant :

> *Chile took note of the disclosures made at the First Session by Claimants' counsel and by the Secretary of the Tribunal, Mr. Paul-Jean LeCannu, concerning (a) the ongoing status of Mr. LeCannu's father as a consultant to one of Claimants' counsel's law firms, Gide Loyrette Nouel, and (b) Mr. LeCannu's own role as an intern at Gide Loyrette Nouel years ago.*

79. En révélant ce rapport avec le Cabinet Gide, les Demanderesses appliquaient loyalement, sans réserve ni restriction aucunes, le Principe Général n° 7 de la IBA relatif aux conflits d'intérêts dans l'arbitrage international :

> *A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) (...) any relationship,*

---

[73] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (quoting RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(b)).
[74] RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(c). This interpretation also has been accepted in the Article 57 context.
[75] RA-11, IBA Guidelines, Explanation to General Standard 2(b); *see also* RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶¶ 42–44.
[76] RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (emphasis in original).
[77] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.
[78] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 60; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 67 (quoting RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶¶ 39–40).
[79] RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.
[80] RA-12, *Background Information on the IBA Guidelines*, pp. 436–437
[81] *Id.* p. 437.
[82] *Id.*, p. 441.

including membership of the same barristers' chambers, between its counsel and the arbitrator. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity, and upon any change in its counsel team.

80. En acceptant la récusation du Secrétaire du Tribunal formulée par l'Etat du Chili, le Centre a fait une application extensive dans le système CIRDI des incompatibilités établies dans lesdits Principes de l'IBA relatifs aux conflits d'intérêts.

7. Nemo iudex esse debet in causa sua

81. Les deux circonstances prévues au point 1.4 de la *Non-Waivable Red List* surviennent, rappelons-le, lorsque

The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom. (Soulignement ajouté).

82. Ce principe n'admet pas d'exception et, en conséquence, les arbitres ont le devoir de rechercher, avec la *due diligence* à laquelle ils sont tenus, l'existence de possibles conflits d'intérêts, de les révéler sans délai au Centre et aux parties, leur permettant ainsi d'évaluer leur éventuelle incidence sur l'intégrité de la procédure.

83. Les deux prémisses du Principe 1.4 *Non-Waivable Red List* de l'IBA sont vérifiées dans la présente procédure arbitrale. La première a été dévoilée le 18 septembre 2016[83], la deuxième figure est l'une des questions posées dans les lettres des Demanderesses du 13 octobre 2016[84] qui n'ont pas été répondues.

84. La Règle Générale n° 7(2) des principes de l'IBA dispose:

"*[a]n arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify* ***any conflict of interest****, as well as* ***any facts or circumstances*** *that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence.* ***Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries***". (Soulignement ajouté).

85. La Règle générale 3(a) des principes de l'IBA dispose :

"(a) If facts or circumstances exist that may, ***in the eyes of the parties****, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns of them.* (Soulignement ajouté).

[83] Pièces 1 et 2
[84] Pièces 7 et 8

86. Or, en l'espèce, les faits et circonstances relatifs aux rapports, directes et indirects, existant entre la République du Chili et des membres et des personnes liées aux Essex Court Chambers n'ont pas été dévoilés au Centre, ni aux investisseurs espagnols.

8. Révéler ou se démettre en cas de confidentialité

87. Le General Standard n° 3 des Principes de l'IBA dispose

> *(d) Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.*

88. L'explication de l'IBA à ce standard est la suivante:

> *(d) In determining which facts should be disclosed, an arbitrator should take into account all circumstances known to him or her. If the arbitrator finds that he or she should make a disclosure, but that professional secrecy rules or other rules of practice or professional conduct prevent such disclosure, he or she should not accept the appointment, or should resign.* (Soulignement ajouté).

89. Ce principe a été appliqué par le prof. Philip Sands, l'arbitre nommé par les investisseurs espagnols, en démissionnant volontairement du présent Tribunal arbitral le 14 janvier 2014, après que le Chili lui ait posé une question relative à d'éventuelles relations avec un Etat qui n'était même pas partie dans la présente procédure:

> *These proceedings involve only a very limited phase (quantum, following the findings on jurisdiction and liability). They can and should be addressed expeditiously and without undue distraction, as I expected to be the case when I accepted appointment. It hardly seems appropriate to expend undue effort in taking the matter raised by the Claimant to decision. This is all the more so where* ***the Respondent has raised issues that would require correction and/or response by reference to information that is subject to professional confidentiality (and could not be provided without permission obtained from third parties, which in certain respects would certainly not be granted).***[85] (Soulignement ajouté).

90. Alors que, comme on l'a vu, le commentaire à la Règle Général 4(b) des principes de l'IBA affirme que les ***facts and circumstances arising in the course of the arbitration should be disclosed to the parties by virtue of the arbitrator's ongoing duty of disclosure***,

et que les Règles 3.1.4, 3.2.1 et 3.2.3 des principes de l'IBA rendent obligatoire révéler les faits relatifs à si

[85] Voir la lettre de démission du professeur Philippe Sands

the arbitrator's law firm has, within the past three years, acted for or against one of the parties, or an affiliate of one of the parties, in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator,

The arbitrator's law firm is currently rendering services to one of the parties, or to an affiliate of one of the parties, without creating a significant commercial relationship for the law firm and without the involvement of the arbitrator

dans la phase actuelle de la présente procédure arbitrale initiée en juin 2013

a) l'absence de *disclosure* des faits sollicités par les investisseurs espagnols aussi bien de la part de la République du Chili que des arbitres également membres des Essex Courts Chambers;
b) le silence continu de la République du Chili et de Messieurs les arbitres, depuis la date de leur désignation en janvier 2014, à l'égard des rapports entre l'Etat du Chili et des membres de leurs *chambers*;
c) le fait que les travaux de membres des Essex Courts Chambers pour la République du Chili n'aient pas été interrompus après janvier 2014 afin d'assurer la pleine indépendance des deux arbitres ;
d) le fait que ces derniers n'aient pas démissionné de leurs *chambers,* ni offert aux parties de démissionner du présent Tribunal ;
e) l'absence apparente d'un « *écran éthique* » ou « *une muraille chinoise* »[86] avec les membres desdites *chambers* rémunérés par l'Etat du Chili et recevant des instructions de celui-ci ou d'organismes qui en dépendent,

semblent converger dans le but apparent d'empêcher de vérifier, en l'espèce, des tests tels que ceux appliqués dans le système CIRDI pour évaluer des éventuels conflits d'intérêts et des biais [87], ou d'autres test adaptés aux circonstances en l'espèce,

et ont créée l'apparence objective

1. de proximité, d'intensité, de dépendance et de signification des rapports, directs ou indirects, entre l'Etat du Chili et les Essex Court Chambers ;
2. d'absence de transparence de la part des arbitres membres des Essex Courts Chambers et de la République du Chili;

[86] En ce qui concerne les '*ethical screens*', voir C. Nakajima & E. Sheffield, Conflicts of Interest and Chinese Walls (London, Butterworths Lexis Nexis, 2002); C. Hollander & S. Salzedo, Conflicts of Interest & Chinese Walls (London, Sweet & Maxwell, 2000)

[87] Voir, par exemple, les tests appliqués dans les affaires CIRDI *Fábrica de Vidrios c. Venezuela,* ICSID Case No. ARB/12/21, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, 28 mars 2016;*Conoco v. Venezuela,* ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, du 15 mars 2016 ; *Azurix v Argentina I*, Challenge Decision, 25 February 2005; *Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela,* ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction, 22 August 2008, pages 7-9; *Vivendi v. Argentina I*, Challenge Decision, 3 October 2001; *Lemire v. Ukraine*, cité ; *Suez v. Argentina II*, Challenge Decision, 12 May 2008; *Hrvatska v. Slovenia,* cité, ou *Rompetrol Group NV v. Romania*, Challenge Decision of Counsel, 14 January 2010, cité

3. du fait que les services que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, reçoivent de membres appartenant aux Essex Court Chambers pourraient porter sur des conseils stratégiques,
4. que ces services pourraient garder des rapports, directs ou indirects, avec le présent arbitrage,
5. que les montants des rétributions versées par la République du Chili à des membres desdites *Chambers* et leur date pourraient être inavouables devant le Tribunal arbitral, le Centre et les investisseurs espagnols.

91. Par ces motifs, les Demanderesses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral :

1) **Qu'il fasse droit à la demande adressée à la République du Chili le 13 octobre 2016 de *full disclosure* au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports pendant les trois années antérieures au commencement le 16 juin 2013 de la présente phase de la procédure, et ceux qui existent actuellement, entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers;**
2) **Qu'il fasse droit à ce que Messieurs les arbitres membres des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts posées dans la lettre des Demanderesses du 13 octobre 2016, et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties,**
3) **Que dans le cas où, pour des raisons de confidentialité ou autres, Messieurs les arbitres membres des Essex Court Chambers ne procéderaient pas à cette enquête et/ou à la *full disclosure* de l'information sollicitée, qu'ils soumettent au Secrétaire Général du CIRDI leur démission volontaire (articles 8(2) du Règlement d'arbitrage et 14 de la Convention) comme arbitres du Tribunal arbitral qui devra décider la présente requête en correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016.**

***

III. DEMANDE DE SUSPENSION PROVISOIRE DE LA REQUÊTE EN RECTIFICATION DES ERREURES MATERIELLES DANS LA SENTENCE DU 13 SEPTEMBRE 2016, JUSQU'À CE QUE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 50 DE LA CONVENTION LE TRIBUNAL ARBITRAL SE SOIT PRONONCÉ SUR LA DEMANDE DU 7 OCTOBRE 2016 EN INTERPRÉTATION DE LA SENTENCE INITIALE DU8 MAI 2008

92. Dans la Sentence de 2016 le présent deuxième Tribunal indique qu'il a été sensible « *aux problèmes que les Parties ont rencontrés quant à la façon dont il convient de comprendre exactement ce que le Tribunal Initial a voulu dire (...)* ».[88]

93. La Convention du CIRDI confère au Tribunal établi conformément à l'article 50(1) de la Convention la compétence de résoudre "*Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence* », en l'espèce de la Sentence initiale du 8 mai 2008.

94. La décision qui sera prononcée par ce Tribunal arbitral sur la demande du 7 octobre 2016 en interprétation authentique (*true interpretation)* des points1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale de 2008 aura l'effet négatif de la *res iudicata* entre les mêmes parties, un effet de préclusion concernant tout recours de quelque nature que ce soit.

95. Le 21 octobre 2016 Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI a enregistré la Demande formulée le 7 octobre 2016[89] par les investisseurs espagnols sollicitant, conformément à l'article n° 50 de la Convention du CIRDI, une interprétation des points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 ayant l'autorité de la chose jugée, en particulier que

- « La Sentence de 2008 statue que les dispositions de fond de l'API sont applicables *ratione temporis* aux *«actes étant postérieurs à l'entrée en vigueur du traité* », c'est-à-dire postérieures au 19 mars 1994, **et en particulier à la « *Décision 43* »** (§ 600) (soulignement ajouté);
- « depuis que la Sentence de 2008 a été prononcée (...) la République s'est appliquée de diverses manières à en dénaturer le sens et la portée et à soutenir que la condamnation que celle-ci dispose à l'encontre de la République exclurait toute obligation d'indemnisation pécuniaire aux investisseurs ;
- « Après que la Sentence de 2008 ait été prononcée (...) la République du Chili soutient, sans interruption jusqu'à maintenant, une interprétation de la Sentence qui dans des déclarations publiques du Gouvernement chilien et de ses représentants, de même que dans des disputes légales entre les parties -la plus récente est en cours de développement, comme il sera exposé ci-dessous - nient la substance, le raisonnement et la finalité de la Sentence de 2008. La Défenderesse vise ainsi à rendre impossible ou non effective son exécution ;

[88] Sentence de 2016, pièce 0, §208
[89] Pièces nos. 13 et 14

- « Les Demanderesses soutiennent que, aux effets de ce que disposent les §§ 1 à 3 du Dispositif de la Sentence de 2008, la date critique de la compétence du Tribunal arbitral est celle de l'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994, et que le Tribunal a statué que sa compétence s'étend sur tous les faits surgis ou survenus entre le 29 mars 1994 et la date de la Sentence, le 8 mai 2008 (§§2, 102, 437, 444, 600, 623, 624), ce que le Comité *ad hoc* a confirmé ;

  « Par contre, la Défenderesse soutient que le Tribunal arbitral est seulement compétent sur les faits relatifs au différend surgi en 1995 initialement soumis à l'arbitrage, que la date critique à cette fin est celle de la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses - le 6 novembre 1997- et exclut donc de la compétence du Tribunal arbitral toute question surgie entre les parties après cette date (…)[90] ;

- « Les Demanderesses soutiennent que **la compensation** que dispose le §3 du Dispositif de la Sentence de 2008 vise à placer les victimes de l'infraction dans la position où elles se trouveraient vraisemblablement si elle n'avait pas eu lieu, et dans un contexte tel que celui de l'espèce, elle ne saurait être que **de nature financière** (§§ 28, 79 - de même que dans les §§ 689, 685, 662, 661, 648, 715, note 647, annulés par le Comité *ad hoc*), l'exception étant la compensation sous forme de satisfaction du seul dommage moral (§ 704). Cette interprétation des Demanderesses a été également confirmée par le Comité *ad hoc*.[91]

  La Défenderesse soutient, par contre, que les Demanderesses n'auraient droit à aucune compensation de nature financière[92];

- « Les Demanderesses soutiennent que la Sentence affirme qu'en 1995, en 2000 et en 2004, lorsque les différends respectifs sont nés, la République du Chili avait *l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation des droits des investisseurs (§§* 419-466) (…) ;

  La Défenderesse soutient le contraire, à savoir que ni en 1995, ni en 2000, ni en 2002, ni lorsque la Sentence de 2008 a été prononcée, les Demanderesses n'avaient droit à percevoir une indemnisation pour leur investissement au titre de la violation de l'API.[93] **(…) ;**

  - les parties Demanderesses, (…) signalant ensuite que, du fait de développements ultérieurs à la Sentence de 2008 en matière de preuves relatives aux dommages *ex* art. 4 de l'API et au montant de la compensation, les Demanderesses (…) sont ainsi conduites à solliciter du Tribunal arbitral initial qu'il statue par voie d'interprétation sur le sens, la portée, la finalité et l'exécution des points 1, 2 et 3 de la Sentence de 2008, et déclare:

  b) si les points 2 et 3 du Dispositif doivent être interprétés et exécutés dans le sens que la compensation est de nature financière ;

  c) que la République du Chili doit exécuter les points 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence de 2008 selon l'interprétation du Tribunal arbitral, immédiatement et inconditionnellement, et que toute interprétation, décision ou action légale ultérieure qui présumerait le contraire, ou mettrait en question l'interprétation du Tribunal initial relative aux points 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence de 2008 et à ses fondements, est exclue ».

96. La procédure dans le présent arbitrage, basée sur un traité, est régie par le droit international:

---

[90] « Sentence de 2016, pièce DI-06, § 216 : *« le champ de compétence de ce Tribunal (…) est limité (…) exclusivement au « différend » (…) initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses* [le 6 novembre 1997]. *Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date (…) ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen (…)» ;* §§ 149, 150 »

[91] « Décision du Comité *ad hoc*, pièce DI-07, §§ 29, 30, 31, 65, 66, 229, 258, 504, 569, note 206, 521, 522, 525, y compris pour le dommage moral (§§ 59, 60, 258), pièce jointe DI-07 »

[92] "[Sentence de 2016], Pièce DI-06, §§ 153 à 157"

[93] "[Sentence de 2016], Pièce DI-06,§§ 153 à 157»

The consent [to the arbitration offer under the treaty] must also be deemed to comprise a choice for general international law, including customary international law, if and to the extent that it comes into play for interpreting and applying the provisions of the Treaty[94]

97. Par consequent, les questions relatives à la res iudicata "*have to be resolved by reference to the treaty rules, interpreted by reference to such other rules of public international law as may be applicable between the parties*"[95].

98. Le point de départ théorique pour déterminer les mécanismes de coordination de la procédure en interprétation de la Sentence arbitrale initiale de 2008 et la présente procédure en rectification des erreurs dans celle de 2016 doit être l'API entre l'Espagne et le Chili[96] dont l'article 10 renvoie aux principes de droit international et à la Convention CIRDI:

> Art. 10(3): *"En cas de recours à l'arbitrage international la controverse pourra être portée devant l'un des organes d'arbitrage désignés ci-après au choix de l'investisseur: Au Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) »*
>
> Art. 10(4): "*L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la Partie contractante qui serait partie à la controverse -y compris les règles relatives aux conflits de lois- et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière ».*
>
> Art. 10(5): "*Les sentences arbitrales seront définitives et contraignantes pour les parties à la controverse* ».

99. En conséquence, la *res iudicata* de la Sentence initiale de 2008 ne doit pas être traitée ici comme une question de droit substantiel mais processuel. La présente procédure de rectification des erreurs matérielles contenues dans la Sentence étant déterminée en premier lieu par la Convention CIRDI, elle peut être caractérisée comme un régime de droit international public *sui generis*[97], où le droit international public général doit combler toute éventuelle lacune dans la Convention[98], et l'effet de *res iudicata* de la Sentence initiale de 2008 doit être déterminé en conformité avec le droit international public.

---

[94] *ADC v. Hungary* (ICSID), Award of 2 October 2006, §290

[95] McLachlan (C.)- Shore (L.)- Weiniger (M.), *International Investment Arbitration,* Oxford International Arbitration Series, 2008, 81; Reinisch (A.), *The Future of International Arbitration, in* International Investment Law for the 21st Century, Oxford Univ.Press, 2009, 913

[96] Pièce ND07

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

[98] Heiskanen (V.), *Forbidding Dépeçage: Law Governing Investment Treaty Arbitration,* 32(2) Suffolk Transnat'l L.Rev. (2009), 396

100. Le principe de *res iudicata* fait partie du droit international public général, dans le sens de l'art. 38 du Statut de la C.I.J. Comme celle-ci a affirmé:

> [*a]ccording to a well-established and generally recognized principle of law, a judgment rendered by...a judicial body is* res judicata *and has binding force between the parties to the dispute*[99]

101. Par contre, la grande majorité des autorités internationales assument qu'il n'y a pas un principe général de *lis pendens* en droit international public.[100] En conséquence, le principe de *lis pendens* ne s'applique pas dans l'arbitrage international des investissements.[101]

102. Dans la Sentence de 2016 le présent deuxième Tribunal indique qu'il a éprouvé des difficultés

- « *à comprendre certaines parties de la Sentence Initiale* »[102],

- «*à tirer avec précision les conséquences que le Tribunal Initial a considéré découler de ses conclusions aux paragraphes 659, 665 et 674 (...)* »[103].

103. Le Tribunal prévu à l'article 50 de la Convention recherchera quel est le sens correct devant être attribué aux points nos. 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence Initiale de 2008, notamment à la conclusion du Tribunal Initial au point 2, selon laquelle la République du Chili *« a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice»*, violation au titre de laquelle « l*es demanderesses ont droit à compensation* » selon le point 3.

104. De cette manière la décision à venir du Tribunal ayant la compétence d'apporter l'interprétation authentique sur le sens et la portée de la Sentence initiale de 2008 permettra, au présent deuxième Tribunal, de comprendre les parties de la Sentence initiale qu'il a eu des difficultés à comprendre[104] -difficultés qui ne

---

[99] C.I.J.: *Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal Advisory Opinion*, ICJ Reports (1954), 53; également dans l'affaire *Laguna del Desierto Arbitration (Argentina v. Chile)*, la sentence arbitrale du 21 octobre 1994, 113, I.L.R. (1999), §68, pièce jointe à la lettre des investisseurs espagnols du 23 août 2013

[100] Voir C.P.I.J, *Certain German Interests, Jurisdiction (Germany v. Poland)*, No. 6 (1925), PCIJ (Ser. A), 20; Yannaca (K.)-Small, dans *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1014,1015; Shany (Y.), *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, 158; Sacerdoti (G.), *Case T 8735-01-77, The Czech Republic v. CME Czech Republic B.V. - Expert Opinion of Professor Sacerdoti*, 2(5) T.D.M. (2005),102

[101] F. De Ly (F.)- Sheppard (A.), 25(1) Arb.Int'l (2009), 33

[102] Sentence du 13 septembre 2016, pièce 0, §244

[103] *Ibid*, §211

[104] *Ibid*, §244 : « *Malgré les difficultés qu'il a éprouvées à comprendre certaines parties de la*

partagent pas les Demanderesses mais qui paraissent avoir affecté la Défenderesse-, en particulier –pour ce qui intéresse la présente Requête en rectification d'erreurs- les conséquences que le Tribunal initial a considéré découler de ses conclusions aux paragraphes 659, 665, 674 de la Sentence de 2008.

105. Cette décision à venir devra être reconnue comme obligatoire par toutes les parties et par le Tribunal arbitral devant statuer sur la présente Requête en rectification des possibles erreurs contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016, après avoir résolu le conflit d'intérêts apparent existant entre deux des arbitres et la République du Chili.

106. En effet, une décision a l'effet de *res iudicata* si elle est finale[105]. C'est le cas de la Sentence initiale de 2008 et de la décision à venir du Tribunal compétent pour décider de la demande du 7 octobre 2016 en interprétation de la Sentence initiale. En plus, un consensus existe sur le fait qu'on ne peut attribuer aucun effet de *res iudicata* à une résolution susceptible d'avoir des défauts suffisamment graves pour la réviser ou l'annuler dans sa totalité ou en partie, comme c'est le cas actuellement de la Sentence du 13 septembre 2016 conformément aux articles 51 et 52 de la Convention.

107. Les Demanderesses considèrent ce qui a été signalé ci-dessus comme étant des erreurs matérielles. S'il découlait de la décision du Tribunal arbitral sur la Demande du 7 octobre 2016, en interprétation de la Sentence initiale de 2008, qu'il ne s'agit pas d'erreur, la présente demande en rectification deviendrait sans objet et les Demanderesses en solliciteraient le retrait conformément aux Règles d'arbitrage nos. 43 ou 44 qui s'appliquent, *mutatis mutandi*, à toute décision du Tribunal arbitral selon la Règle n° 53[106].

108. Cependant le délai de 45 jours établi dans l'article 49(2) de la Convention ne pouvant pas être prorogé au-delà du 28 octobre 2016, afin de préserver leurs droits les Demanderesses sont obligées de déposer la présente requête en correction de la Sentence du 13 septembre 2016 avant de connaître la décision du Tribunal arbitral sur la Demande du 7 octobre 2016 en interprétation de la Sentence de 2008. [107]

109. Pour ces raisons, les Demanderesse sollicitent respectueusement qu'après avoir enregistré la présente requête d'interprétation et l'avoir notifiée à la partie Défenderesse, sa suite processuelle soit suspendue provisoirement jusqu'à ce que le Tribunal arbitral prévu à l'article 50 de la Convention communique sa décision

---

Sentence Initiale (...)"

[105] Voir Lowe (V.), 8 A.J.I.C.L. (1996), 42; De Visscher, 1 Rev. Belge Droit Int'l (1965), 5; Grisel in *Mélanges Perrin,* Lausanne, Payot, 1984, 140

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

[107] Voir la lettre de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI adressée aux Demanderesses le 20 octobre 2016, deuxième paragraphe, pièce n° 13

relative à la Requête du 7 octobre 2016 en interprétation de la Sentence du 8 mai 2008.

110. En formulant cette demande les Demanderesses tiennent compte, *mutatis mutandi*, de l'Ordre du Comité *ad hoc* dans l'affaire CIRDI *ATA v Jordan* favorable à la suspension provisoire de la suite processuelle de l'un des remèdes établis aux articles 51et 52 de la Convention à une Sentence arbitrale –en l'espèce, une demande en annulation - jusqu'à ce que le Tribunal arbitral de l'article 50 de la Convention se soit prononcé sur la demande en interprétation de la Sentence initiale:

> *33. It thus appears that ATA opposed successive measures proposed by Jordan, and even by the Secretary-General of ICSID, in order to defer the procedural steps in the annulment case until after the decision on interpretation. In acting that way, it increased unnecessarily the costs of the proceeding for the other Party. The Committee in those circumstances is of the opinion that part of the costs of Jordan must be borne by ATA*[108]

111. Conformément aux normes indiquées dans la Section II *supra*, la suspension provisoire de la suite processuelle ne suspend pas pour autant le devoir de la République du Chili de communiquer au Centre et aux Demanderesses sa réponse aux questions qui lui ont été posées le 13 octobre 2016 relatives à l'apparence de conflit d'intérêt avec les deux arbitres membres des Essex Court Chambers, pas plus que le devoir de ces derniers de mener une enquête raisonnable sur ces questions et en communiquer le résultat au Centre et aux investisseurs espagnols.

112. Par conséquent**, les Demanderesses sollicitent respectueusement la suspension provisoire de la suite processuelle de la présente Requête en correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence de 2016 après son enregistrement et sa transmission à la République du Chili, jusqu'à ce que conformément à l'article 50 de la Convention le Tribunal arbitral prononce sa décision sur la Demande en interprétation de la Sentence initiale du 8 mai 2008, afin de gagner du temps et limiter les frais.**

***

DEMANDE ADRESSÉE AU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL

113. Par ces motifs,

Les parties Demanderesses sollicitent respectueusement de Mme. la Secrétaire Générale

[108] *ATA v Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Annulment proceeding, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding (Judge G. Guillaume, Prof. J. Fernández-Armesto, Prof. Dr. B. Haniatiau), 11 juillet 2011, accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0045.pdf

114. Qu'elle enregistre conditionnellement la présente requête en correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016, formulée dans le délai établi à l'article 49(2) de la Convention afin de préserver leurs droits,

115. Qu'elle informe la partie Défenderesse de l'enregistrement et lui transmette une copie de la requête et des documents joints,

116. Que la suite processuelle de la présente Requête soit provisoirement suspendue, jusqu'à ce que conformément à l'article 50 de la Convention le Tribunal arbitral communique sa décision relative à la Demande du 7 octobre 2016 en interprétation de la Sentence initiale du 8 mai 2008

Je vous prie, Madame la Secrétaire Générale, de croire à mes sentiments dévoués

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey-Grebe
et de la Fondation espagnole Président Allende

PIECES ANNEXEES

Pièce n°

0. Sentence arbitrale du 13 septembre 2016

1. et 2 Le Gouvernement du Chili dévoile le 18 septembre 2016, cinq jours après la communication de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, qu'il maintient des relations régulières avec des membres des Essex Courts Chambers

3. Le 20 septembre 2016 les investisseurs espagnols ont sollicité de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI que les très distingués arbitres Sir Frank Berman QC et M. V.V. Veeder QC et également membres des Essex Court Chambers révèlent pleinement les relations entre les membres de celle-ci et la République du Chili

4. Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, à la lettre des investisseurs espagnols du 20 septembre 2016

5. Lettre des investisseurs espagnols à M. le Président du Conseil administratif du CIRDI, le 10 octobre 2016

6. Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, à la lettre des investisseurs espagnols du 10 octobre 2016

7. Lettre du 13 octobre 2016 des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, à l'attention de la République du Chili

8. Lettre du 13 octobre 2016 des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'attention de Messieurs les arbitres membres des Essex Court Chambers

9. Lettre de Sir Franklin Berman QC au conseil des investisseurs espagnols, le 17 octobre 2016

10. Réponse du conseil des investisseurs espagnols à Sir Franklin Berman QC, le 18 octobre 2016

11. Lettre de M. V. V. Veeder QC au conseil des investisseurs espagnols, le 17 octobre 2016

12. Lettre des investisseurs espagnols à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 18 octobre 2016

13. Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 20 octobre 2016, à la lettre des investisseurs espagnols du 18 octobre 2016

14. Lettre du Ministre chilien de l'Économie du 20 novembre 1998 au Secrétaire général du CIRDI affirmant que "*nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal*", et menaçant de "***demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)***" au

cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulerait pas l'enregistrement de la Requête d'arbitrage formulée par les investisseurs espagnols le 6 novembre 1997

15. Demande en interprétation de la Sentence arbitrale initiale du 8 mai 2008, formulée le 7 octobre 2016 par les investisseurs espagnols conformément à l'art. 50 de la Convention du CIRDII

16. Lettre du 21 octobre 2016 de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI communiquant l'enregistrement de la Demande du 7 octobre 2016 en interprétation de la Sentence arbitrale initiale du 8 mai 2008 conformément à l'article 50 de la Convention du CIRDI

17. Déclaration d'un conseil du Chili publiée dans *Global Arbitration Review* le 25 octobre 2016

18. Ordre des Avocats du Chili : déclaration publique sur les conflits d'intérêts, publiée le 24 octobre 2016

Doc. num. 73

Juan E. Garcés, Abogado
ZORRILLA, 11 - 1° - DCHA.
TELÉF. 91 360 05 36 - FAX: 91 5311989
E-mail: 100407.1303@compuserve.com
28014 MADRID

Madrid, le 18 Novembre 2016

Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral
CIRDI
1818H Street, N.W.
MSN U3-301
Washington DC 20433

Réf: Victor Pev et Fondation "Président Allende" c/ République du Chili (Aff. CIRDI n° ARB 98/2). Procédure en correction d'erreurs matérielles de la Sentence du 13 septembre 2016.

Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral,

Les parties Demanderesses accusent réception des communications du Tribunal arbitral des 16 et 18 novembre 2016.

Elles manifestent leur respectueux désaccord quant au fait que le Tribunal n`ait pas donné suite à la demande formulée le 10 novembre 2016.

Conformément à la Règle d`arbitrage n° 27, les Demanderesses entendent par la présente remplir promptement leur obligation de soulever leur objection à ce sujet et réitèrent respectueusement la demande du 10 novembre dernier, à savoir que

> *vu les faits et fondements figurant dans la Requête du 27 octobre 2016 (pp. 28 à 91), les Demanderesses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral que dans le cadre de la Règle d'arbitrage n° 49(3), préalablement à toute détermination sur la procédure à suivre pour examen de la demande de suspension provisoire de la suite processuelle de la présente procédure,*
>
> *1) Qu'il fasse droit à la demande adressée par les parties requérantes à la République du Chili le 13 octobre 2016 de full disclosure au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports pendant les trois années qui ont précédé le commencement, le 16 juin 2013, de la présente phase de la procédure, et ceux qui existent actuellement, entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers;*
>
> *2) Qu'il fasse droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts posées dans la lettre des Demanderesses du 13 octobre 2016, et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties ;*
>
> *3) Que dans le cas où, pour des raisons de confidentialité ou autres, Messieurs les arbitres membres du Tribunal arbitral et également des Essex Court Chambers ne se considéreraient pas en mesure de procéder à cette enquête et/ou à la full disclosure de l'information sollicitée, qu'ils soumettent à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI leur démission*

volontaire (articles 8(2) du Règlement d'arbitrage et 14 de la Convention) comme arbitres du Tribunal qui devra décider la demande du 27 octobre 2016 de suspension provisoire de la suite processuelle de la requête en correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016.

Veuillez croire, Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'expression de notre considération distinguée

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey-Grebe
et de la Fondation espagnole Président Allende

Doc. num. 74

Juan E. Garcés, Abogado
ZORRILLA, 11 - 1° - DCHA.
TELÉF. 91 360 05 36 - FAX: 91 5311989
E-mail: 100407.1303@compuserve.com
28014 MADRID

[Par courriel]

Le 30 décembre 2016

M. Benjamin Garel
Secrétaire du Tribunal arbitral
CIRDI. Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili (Affaire No. ARB-98-2. Nouvel examen- Rectification)

Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral,

Dans leurs communications antérieures les Demanderesses ont appuyé certains de leurs arguments en faisant référence à la démission de M. V. V. Veeder QC des fonctions d'arbitre présidant l'affaire *Vanessa c. Venezuela* (ICSID Case N° ARB(AF)/04/6).

Ces remarques ont donné lieu à un correctif de M. Veeder, indiquant que les Demanderesses auraient mal interprété la signification de son geste, correctif mentionné dans la réponse de la Défenderesse (nbg n° 91).

Or aussi bien M. Veeder que MM. Paolo Di Rosa et Ballena et Me Gaela Gehring, qui conseillent la Défenderesse dans la présente procédure en rectification, étaient présents et pleinement informés de l'ensemble des données précisant de cerner avec précision l'enchainement des faits.

Afin que les Demanderesses puissent, de leur côté, prendre une position définitive sur ce point, il est indispensable qu'elles disposent des mêmes informations de base que celles à la disposition des autres intervenants et qui permettent de suivre l'exacte succession des événements.

Les Demanderesses sont amenées à solliciter du Centre qu'il leur soit communiqué les pièces pertinentes, à savoir :

1) **La communication du Centre du 27 avril 2007 et les déclarations y jointes de deux membres du Tribunal arbitral relatives à M.** Greenwood, membre des Essex Court Chambers,

2) **Les observations du 3 mai 2007 de la représentation du Venezuela, partie Défenderesse,** auxdites déclarations du 27 avril de 2007,

3) **La lettre que le 4 mai 2007 le Tribunal a adressée à la partie Demanderesse,** l'invitant à faire des observations à celles du 3 mai de la Défenderesse**,**

4) **La transcription de la partie des audiences tenues le 7 mai 2007** où les parties expriment leur point de vue relatif à la participation de M. Greenwood dans l'affaire ; la partie où M. Veeder démissionne de la Présidence du Tribunal arbitral et

5) La décision des co-arbitres d'accepter la démission de M. Veeder.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Secrétaire du Tribunal arbitral, l'expression de notre considération distinguée.

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey-Grebe et de la Fondation espagnole Président Allende

Doc. num. 75

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
1818 H STREET, NW | WASHINGTON, DC 20433 | E.U.A.
TÉLÉPHONE (202) 458 1534 | TÉLÉCOPIE (202) 522 2615
WWW.WORLDBANK.ORG/ICSID

1er janvier 2017

Par courriel

M. Víctor Pey Casado
et Fondation Presidente Allende
s/c Me Juan E. Garcés
Garcés y Prada, Abogados
Calle Zorrilla n° 11, primero derecha
Madrid – 28014
Espagne

et

Me Carole Malinvaud
Me Alexandra Munoz
Gide Loyrette Nouel
22, cours Albert 1er
75008 Paris
France

République du Chili
s/c M. Carlos Álvarez Voullième, Directeur
Mme Liliana Macchiavello
Mme Victoria Fernández-Armesto
Agence de Promotion des Investissements – InvestChile
Ahumada 11, Piso 12
Santiago du Chili, Chili

et

M. Paolo Di Rosa,
Mme Gaela Gehring Flores
Mme Mallory Silberman
Arnold & Porter LLP
601 Massachusetts Ave. NW
Washington, D.C. 20001, É.-U.

et

M. Jorge Carey
M. Gonzalo Fernández
M. Juan Carlos Riesco
Carey & Cia.
Isidoro Goyenechea 2800 Piso 43
Las Condes, Santiago, Chili

Réf: Víctor Pey Casado et Fondation Presidente Allende c. République du Chili
(Affaire CIRDI No. ARB/98/2 – Nouvel examen - Correction)

Mesdames, Messieurs,

J'accuse réception du courrier des Demanderesses en date du 30 décembre 2016, dont une copie est jointe et transmise par la présente à la Défenderesse.

Les documents relatifs aux affaires, en dehors de ceux publiés sur le site internet du CIRDI, ne sont pas publics et ne peuvent être divulgués par le Centre. Le Centre ne peut donc pas accéder à la requête des Demanderesses aux fins de transmission de certains documents relatifs à l'affaire CIRDI ARB(AF)/04/6.

Je vous prie d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de mes salutations distinguées.

Benjamin Garel
Secrétaire du Tribunal

PJ
cc (par courriel):
Sir Franklin Berman QC, M. VV. Veeder QC, M. Alexis Mourre

Doc. num. 76

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

WASHINGTON, D.C.

IN THE PROCEEDING BETWEEN

ALPHA PROJEKTHOLDING GMBH
(Claimant)

and

UKRAINE
(Respondent)

ICSID Case No. ARB/07/16

Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz

---

Members of the Tribunal:

Hon. Davis R. Robinson, President

Dr. Stanimir A. Alexandrov

Secretary of the Tribunal: Ms. Eloïse M. Obadia

Representing Claimant:

Dr. Leopold Specht
Mira Suleimenova
Specht Rechtanswalt GmbH
Vienna, Austria

Laura Steinberg
Sullivan & Worcester
Boston, MA, USA

Representing Respondent:

Yevhen Korniychuk
Larysa Lischynska
Ministry of Justice
Kiev, Ukraine

Nickolay Atanasov
Dr. Sergei Voitovich
Dmytro Shemelyn
Grischenko & Partners
Kiev, Ukraine

Andriy Alexeyev
Proxen & Partners
Kiev, Ukraine

TABLE OF CONTENTS

I. PROCEDURAL AND FACTUAL BACKGROUND 1

II. GOVERNING LAW 9

A. Overview 9

B. The Standards of Disqualification under the ICSID Convention and the Arbitration Rules 11

III. TRIBUNAL'S ANALYSIS 13

A. The Merits of Respondent's Proposal 13

1. Shared Educational Experience 14

2. Non-Disclosure of Shared Educational Experience 16

a. Arbitration Rule 6(2) 17

b. The IBA Guidelines 20

c. Analysis 21

3. The Purported Lack of Arbitral Experience and Its Alleged Implications 25

4. The "Brief Phone Call" 26

B. Timeliness of Respondent's Proposal 27

IV. CONCLUSION 30

I. PROCEDURAL AND FACTUAL BACKGROUND

1. On June 5, 2007, the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID" or the "Centre") received a Request for Arbitration dated June 1, 2007 (the "Request") from Alpha Projektholding GmbH ("Alpha" or "Claimant") against Ukraine ("Ukraine" or "Respondent") (Alpha and Ukraine, together, the "Parties"). Alpha, an Austrian limited liability company, submitted the Request pursuant to Article 9 of the 1996 Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between Ukraine and Austria.[1]

2. By letter of August 28, 2007, Claimant invited Respondent to reach an agreement concerning the number of arbitrators and the method of their appointment. Claimant offered to agree on the formula provided in Rule 2(3) of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (the "Arbitration Rules"). Respondent did not reply to this offer, which was reiterated in a letter from Claimant of September 19, 2007. By letter of September 24, 2007, Claimant informed the Centre that it opted for the formula provided in Article 37(2)(b) of the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (the "ICSID Convention").[2] By letter of the same date, Respondent agreed to this formula, pursuant to which the tribunal in this case (the "Tribunal") was to "consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Tribunal, appointed by agreement of the parties."

3. By letter of October 22, 2007, Claimant appointed Dr. Yoram Turbowicz, a national of the State of Israel, as arbitrator in this proceeding. On October 25, 2007, the Secretariat of the Centre transmitted to the Parties a copy of a letter of the same date concerning Dr. Turbowicz that had been received from Dr. Leopold Specht of the law firm of Specht Rechtanswalt GmbH of Vienna, Austria (the "Specht Firm"), Counsel to Claimant. Dr. Specht's letter stated that it "attached the *curriculum vitae* of Dr. Yoram Turbowicz." The *curriculum vitae* of Dr. Turbowicz that was attached to both Dr. Specht's letter and the Secretariat's letter of October 25, 2007 records in pertinent part, under the heading "Educacion" [sic], the following

---

[1] *See* Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between Ukraine and Austria (signed on November 8, 1996).

[2] *See* Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (October 14, 1966).

information: "1988-90 Harvard Law School, Doctor of Juridical Science (S.J.D.)" and "1987-8 Harvard Law School, Master of Laws (LL.M.)."

4. On November 10, 2007, Dr. Turbowicz submitted a declaration pursuant to ICSID Arbitration Rule 6(2) (the "Turbowicz Declaration"). The last paragraph of the Turbowicz Declaration, the language of which is in keeping with the text of Arbitration Rule 6(2), states in pertinent part: "Attached is a statement of (a) my past and present professional and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstances that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party."

5. By letter of November 22, 2007, Respondent appointed Dr. Stanimir A. Alexandrov, a national of Bulgaria, as arbitrator in this proceeding. By letter of November 23, 2007, Claimant informed the Centre that the Parties had not reached an agreement on the candidacy of the President of the Tribunal and requested the ICSID Secretary-General, pursuant to Rule 4(1) of the Arbitration Rules, to refer a request to designate the President of the Tribunal to the Chairman of the Administrative Council of ICSID. On February 4, 2008, the Chairman of the ICSID Administrative Council appointed Hon. Davis R. Robinson, a citizen of the United States of America, as third and presiding arbitrator in this proceeding.

6. By letter of February 8, 2008, the Secretariat of ICSID informed the Parties that, as of that date, the Tribunal was "deemed to have been constituted and the proceeding to have begun." The letter reported that "all the arbitrators" had accepted their appointments and attached copies of the declarations of each of the three arbitrators as required under Rule 6(2) of the Arbitration Rules.

7. The Tribunal held its First Session with the Parties on April 1, 2008, in Washington, D.C. (the "First Session"). The minutes of the First Session, as approved by the Parties (the "Minutes"), record the following at section 1, page 2: "The parties confirmed their agreement that the Tribunal had been properly constituted and that they had no objections to its members." In accordance with Article 44 of the ICSID Convention, it was agreed that the ICSID Arbitration Rules in force as of April 10, 2006 would apply to the proceeding.

8. Pursuant to a schedule agreed to by the Parties, on July 1, 2008, Claimant filed its Memorial and, on October 1, 2008, Respondent filed its Counter-Memorial. Following the submission of the latter, the Parties agreed to a second round of written pleadings. Accordingly, Claimant filed its Reply on November 26, 2008 and, on January 21, 2009, Respondent filed its Rejoinder. An oral hearing on jurisdiction and admissibility and on the merits took place in Paris, France from March 23 to March 27, 2009, at the conclusion of which the Parties agreed upon two rounds of written, simultaneous post-hearing submissions, the first on May 18, 2009 and the second on June 17, 2009.

9. On December 8, 2009, Counsel for Respondent sent an email message to the Secretary of the Tribunal, referring to ICSID's letter of February 8, 2008 that distributed to the Parties the respective declarations of the three members of the Tribunal, noting that Counsel for Respondent "cannot find a statement of Dr. Turbowicz, which is mentioned as attached" to the Turbowicz Declaration, and requesting a copy of the statement. On the same date of December 8, 2009, the Secretary of the Tribunal responded to Counsel for Respondent, attaching a copy of the Secretariat's letter of February 8, 2008 and pointing out: "As you will see, Mr. Turbowicz did not file a statement."

10. On December 23, 2009, Counsel for Respondent submitted a letter to the Secretariat of ICSID ("Respondent's December 23 Letter") stating: "The Respondent has recently been informed that the member of the Tribunal Dr. Yoram Turbowicz and Counsel for the Claimant Dr. Leopold Specht maintain personal relations, which have arisen in the course of their studies in the Harvard University, where Dr. Turbowicz and Dr. Specht were together enrolled in LLM (1987-1988) and SJD programs (Dr. Turbowicz in 1988-1990 and Dr. Specht in 1988-1992)" (hereinafter referred to as "Respondent's Assertion"). Respondent's December 23 Letter noted that Dr. Turbowicz "did not mention any of such facts" in any statement accompanying the Turbowicz Declaration and requested Dr. Turbowicz and Dr. Specht to comment.

11. Dr. Specht responded to Respondent's Assertion in a letter to the Secretary of the Tribunal dated December 30, 2009 ("Dr. Specht's December 30 Letter"), in which he contended that Respondent's December 23 Letter failed "to be specific" about Respondent's Assertion. Dr.

Specht also stated as follows: "As can be taken from Dr. Turbowicz and from my CV, we both studied at Harvard Law School. We know each other from this time. At no time have Mr. Turbowicz and I maintained business relations of any kind or have worked together on professional matters. Since our departure from Harvard Law School, we have maintained no social relationship."

12. By a letter dated January 25, 2010, Respondent proposed the disqualification of Dr. Yoram Turbowicz as a member of the Tribunal (hereinafter referred to as "Respondent's Proposal"). Respondent's Proposal referred to Article 14(1) of the ICSID Convention according to which a member of an ICSID tribunal "shall" be a person "who may be relied upon to exercise independent judgment." Respondent's Proposal made the following principal points:

(1) Dr. Turbowicz's shared matriculation with Dr. Specht at Harvard Law School was not disclosed as part of the Turbowicz Declaration;

(2) ICSID Arbitration Rule 6(2) requires a member of an ICSID tribunal to declare any "past and present . . . relationships with the parties and . . . any other circumstance that might cause . . . reliability for independent judgment to be questioned by a party;"

(3) The statement in Dr. Specht's December 30 Letter addressing whether a "social relationship" existed between Dr. Specht and Dr. Turbowicz was "neither sufficient nor, strictly speaking, entirely convincing;"

(4) "[P]ublicly available sources" did not provide "relevant information about Dr. Turbowicz's experience in transnational investment or commercial arbitration;" and

(5) "The fact that Dr. Specht has selected, as an arbitrator, for an obviously complicated investment arbitration case, a person without relevant professional experience, but his former co-student, may not have other reasonable explanation than that Dr. Specht relied on the person whom he personally knew."

Respondent's Proposal further contended that Dr. Turbowicz's silence in reaction to Respondent's December 23 Letter "obviously" gave rise to "justifiable doubts" as to his reliability for independent judgment.

13. Respondent also argued that its proposal should "not be considered as submitted belatedly" because Respondent could not have reasonably expected that "counsel for an opposing party [would] appoint the arbitrator from his co-students and/or verify such circumstance from the very outset of the case." Respondent contended that, once it became

aware of the school relationship between Dr. Turbowicz and Dr. Specht, Counsel for Respondent sent Respondent's December 23 Letter and thereafter expeditiously submitted Respondent's Proposal "within the time limits of the ICSID Arbitration Rule 9, i.e. 'before the proceeding [was] declared closed.'"

14. On February 6, 2010, the Secretary of the Tribunal informed the Parties by letter that ICSID had received on February 5, 2010 Respondent's Proposal pursuant to Article 57 of the ICSID Convention. The Secretary indicated that pursuant to ICSID Arbitration Rule 9(6), the proceeding was suspended until a decision was taken on Respondent's Proposal. The Secretary also invited Dr. Turbowicz "to furnish to the Tribunal any explanations that he may have, in accordance with ICSID Arbitration Rule 9(3)." On February 15, 2010, Dr. Turbowicz transmitted to the Secretary and to the two other members of the Tribunal (the "Two Other Members") a statement dated February 11, 2010 and entitled "Proposal for Disqualification – Arbitrator's Response" ("Dr. Turbowicz's Response").

15. Dr. Turbowicz's Response confirmed that Dr. Turbowicz and Dr. Specht "studied together at the Harvard Law School, some twenty years ago" and that this shared experience was how they "came about knowing of each other." Dr. Turbowicz insisted that he would not have accepted the assignment in the first place had he thought that he possessed the "slightest bias in the consideration of the case, objectively, seemingly or subjectively." Dr. Turbowicz explained that he did not attach any statement to the Turbowicz Declaration because he "deemed" that the relationships to which Arbitration Rule 6(2) refers, did not "exist" in this case and that, consequently, no statement was "warranted." In his response, Dr. Turbowicz attested that he had no "professional or business relationship" with either of the Parties. He argued that there was no "other relationship" which by its "nature, scope, intensity or character" fell within the "purview" of the kind of "other relationship" contemplated by Arbitration Rule 6(2) and thus no statement was "properly called for" as part of the Turbowicz Declaration. The fact that he and Dr. Specht studied together at Harvard Law School could, in Dr. Turbowicz's opinion, neither "objectively nor subjectively" constitute a relationship of the "sort" coming within the language of Arbitration Rule 6(2). Dr. Turbowicz stressed: "Since our studies we never had any business or other professional relations. Nor have I ever been involved in Dr. Specht's personal or professional life."

16. On February 16, 2010, the Secretary sent a letter to the Parties (the "February 16 Letter") that: (1) attached Dr. Turbowicz's Response; (2) invited Respondent and Claimant to provide comments by February 19, 2010; and (3) asked Respondent to provide more details regarding Respondent's Assertion about the maintenance of "personal relations" between Dr. Turbowicz and Dr. Specht, "including when and how Respondent was so informed."

17. On February 18, 2009, Dr. Specht responded to the February 16 Letter on behalf of Claimant ("Dr. Specht's February 18 Letter"). Dr. Specht's February 18 Letter stressed Respondent's failure to substantiate its charge of ongoing "personal relations" between Dr. Specht and Dr. Turbowicz. Dr. Specht reiterated that he and Dr. Turbowicz "have never worked together on professional matters and have not maintained a social relationship since departing from Harvard Law School." Dr. Specht's February 18 Letter emphasized that the *curriculum vitae* of Dr. Turbowicz that was transmitted to the Parties noted Dr. Turbowicz's education at Harvard Law School and cited both the dates attended and diplomas granted. Dr. Specht observed that his own *curriculum vitae* "has been posted on [his] firm's website at least since the inception of this proceeding."

18. Dr. Specht's February 18 Letter also noted Dr. Turbowicz's "experience as [a] legal practitioner, including service as an arbitrator" as well as Dr. Turbowicz's involvement "with arbitration matters under free trade agreements between Israel and other states." Dr. Specht objected to Respondent's description of Dr. Turbowicz as a "person without relevant professional experience" as being "ill advised." Dr. Specht's February 18 Letter characterized Respondent's Proposal as "belated" and, as a result, requested its dismissal. Dr. Specht argued that, if Respondent's Proposal was sustained at this late stage in the proceeding, its effect on Claimant would be "extremely prejudicial."

19. On February 19, 2010, Counsel for Respondent submitted its observations on Dr. Turbowicz's Response, on the February 16 Letter and on Dr. Specht's February 18 Letter ("Respondent's February 19 Letter"). Therein, Respondent noted that it was "undisputed" that the Turbowicz Declaration made no reference to the "established fact" of the "joint studies and personal acquaintance" of Dr. Turbowicz and Dr. Specht. Respondent asserted that it had "no duty" as a result of the October-November 2007 correspondence to review the "CVs of

arbitrators and counsel in order to calculate possible intersections of their biographies" because Respondent was "entitled to rely" upon prospective arbitrators exercising their duty of disclosure in a *bona fide* fashion. Respondent's February 19 Letter also took note of the "further subsequent contact" of Dr. Turbowicz with Dr. Specht mentioned in Dr. Turbowicz's Response – specifically, a "brief phone call" from Dr. Specht in 2007 inquiring as to whether Dr. Turbowicz was available to serve as an arbitrator in this proceeding. Respondent also criticized Counsel to Claimant for not having selected "from the universe of available arbitrators" a person "with no links" to Dr. Specht, rather than having chosen someone "whom he personally knew."

20. Additionally, in Respondent's February 19 Letter, Respondent declined to provide details explaining when and how Respondent was informed that Dr. Turbowicz and Dr. Specht maintained "personal relations," as requested in the February 16 Letter. Respondent declined to provide these details on the following basis: "Unfortunately, the source of this information . . . is unlikely to be accepted as evidence in this arbitration and therefore is not disclosed by Respondent." Respondent also challenged Claimant's contention that Respondent's Proposal was "time-barred." Respondent's February 19 Letter cited a number of scholarly works and judicial decisions in Canada and the United States as supporting Respondent's Proposal. Respondent's February 19 Letter stressed that the April 10, 2006 amendments to the Arbitration Rules placed an "additional duty" upon arbitrators by requiring the disclosure of "any other circumstance that might cause [their] reliability for independent judgment to be questioned by a party." Respondent characterized the "nature of the relationship" between Dr. Turbowicz and Dr. Specht as "unquestionably" falling within this new portion of Arbitration Rule 6(2). Respondent's February 19 Letter concluded that the attendance by Dr. Turbowicz and Dr. Specht together at Harvard Law School, and the failure to disclose that relationship, were sufficient to show that Dr. Turbowicz was not a person who could be relied upon to exercise independent judgment.

21. On February 22, 2010, the Secretary of the Tribunal reiterated by letter to the Parties (the "February 22 Letter") the request of the Two Other Members for details about the source of Respondent's belief that Dr. Turbowicz and Dr. Specht maintained "personal relations" and the facts supporting this belief. The February 22 Letter recorded their "dissatisfaction" with the position adopted in Respondent's February 19 Letter on the basis that "it is the responsibility

of the Two Other Members to determine evidentiary matters in connection with Respondent's Proposal and not the Parties' responsibility." The February 22 Letter concluded: "If Respondent, as is its right, chooses not to provide such information, then the Two Other Members will have no choice but to disregard this aspect of Respondent's Proposal." On February 24, 2010, Counsel for Respondent replied to the February 22 Letter and stated, with respect to the reiterated request for information related to Respondent's Assertion, that Respondent "regretfully, is unable to provide additional evidence on the matter in question" (hereinafter referred to as "Respondent's Decision").

22. On February 25, 2010, at the behest of the Two Other Members, the Secretary of the Tribunal wrote to the Parties asking that Respondent (a) confirm the remaining grounds for Respondent's Proposal for the disqualification of Dr. Turbowicz and (b), in light of Respondent's Decision not to identify the source of or to substantiate Respondent's belief that Dr. Turbowicz and Dr. Specht maintained "personal relations," "inform the Tribunal when, and under what conditions, Respondent and Counsel for Respondent first became aware" of the contemporaneous attendance by Dr. Turbowicz and Dr. Specht at Harvard Law School.

23. On March 1, 2010, Counsel for Respondent replied by letter to the February 25 Letter ("Respondent's March 1 Letter"). Therein, Counsel for Respondent confirmed Respondent's "special emphasis" on the failure of Dr. Turbowicz to disclose his attendance at Harvard Law School with Dr. Specht as a part of the Turbowicz Declaration and reiterated points that Respondent had made in previous correspondence. As to when Respondent learned of the joint attendance, Respondent's March 1 Letter referred to (1) the information that Respondent received in November of 2009 (but that, because of Respondent's Decision, Respondent chose not to disclose) and (2) Dr. Specht's December 30 Letter. Respondent's March 1 Letter adopted the position that December 30, 2009 was the date that could "be correctly taken" by the Two Other Members for purposes of calculating the timeliness of Respondent's Proposal because December 30, 2009 was the "first moment in time" when the fact of the prior acquaintance between Dr. Turbowicz and Dr. Specht "was established by admissible evidence."

24. On March 1, 2010, the Secretary, at the request of the President, asked Dr. Turbowicz and Claimant to provide any additional comments or further information that each

deemed appropriate or necessary in reaction to Respondent's March 1 Letter. Neither Dr. Turbowicz nor Claimant submitted any additional comments or further information in response to this request.

II. GOVERNING LAW

25. Before analyzing Respondent's Proposal, the Two Other Members believe it first necessary to summarize the governing law in this matter.

A. Overview

26. The Two Other Members are acting subject to the ICSID Convention, as implemented by the Arbitration Rules in force as of April 10, 2006. The following are excerpts of provisions of the ICSID Convention and the Arbitration Rules that are of significance to Respondent's Proposal.

27. Article 14(1) of the ICSID Convention describes the necessary personal qualifications for service as an arbitrator in an ICSID proceeding and provides in pertinent part:

> Persons designated to serve . . . shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment.

28. Article 57 of the ICSID Convention addresses the subject of arbitrator challenge and stipulates:

> A party may propose to a . . . Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14.

29. Article 58 of the ICSID Convention establishes the procedure for deciding a proposal for disqualification under Article 57:

> The decision on any proposal to disqualify a[n] . . . arbitrator shall be taken by the other members of the . . . Tribunal . . . ."

30. Rule 6 of the Arbitration Rules deals with the constitution of a tribunal. Rule 6(2) sets forth the language of a required arbitrator declaration and, as amended on April 10, 2006, states in pertinent part:

> Before or at the first session of the tribunal, each arbitrator shall sign a declaration in the following form:
>
> "To the best of my knowledge there is no reason why I should not serve on the Arbitral Tribunal. . . . Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party. I acknowledge that by signing this declaration, I assume a continuing obligation promptly to notify the Secretary-General of the Centre of any such relationship or circumstance that subsequently arises during this proceeding."

31. Rule 9 of the Arbitration Rules amplifies on the process for disqualification and accentuates the requirement of an objection being submitted on a timely basis:

> A party proposing the disqualification of an arbitrator pursuant to Article 57 of the ICSID Convention shall promptly, and in any event before the proceeding is declared closed, file its proposal with the Secretary-General, stating its reasons therefor . . . . The arbitrator to whom the proposal relates, may, without delay, furnish explanations to the Tribunal . . . . [T]he other members shall promptly consider and vote on the proposal in the absence of the arbitrator concerned . . . . The proceeding shall be suspended until a decision has been taken on the proposal.

32. Finally, Rule 27 of the Arbitration Rules addresses the subject of waiver:

> A party which knows or should have known that a provision . . . of these Rules . . . has not been complied with and which fails to state promptly its objections thereto, shall be deemed . . . to have waived its right to object.

33. In discerning the meaning of these governing provisions as applied to the particular circumstances of Respondent's Proposal, the Two Other Members will follow the rules of interpretation set forth in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties ("Vienna Convention"),[3] to which both Ukraine and Austria are parties and which is regarded as confirmatory of customary international law. The Two Other Members particularly recall Paragraph 1 of Article 31 of the Vienna Convention: "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose." To the extent that the ICSID Convention or the Arbitration Rules may be silent or ambiguous on a given point, the Two Other Members find

[3] *See* Vienna Convention on the Law of Treaties (May 23, 1969).

guidance in the preparatory papers, other decisions made under the ICSID Convention and decisions made pursuant to other international arbitral rules.[4]

B. The Standards of Disqualification under the ICSID Convention and the Arbitration Rules

34. The ICSID Convention's standard for challenge found in Article 57 embodies an objective criterion that imposes the stringent requirement of a "manifest" lack of the qualities set forth in Article 14(1) – namely the qualities of "high moral character," "recognized competence" and reliability "to exercise independent judgment." Respondent does not in any way seek to impugn Dr. Turbowicz's character, and Respondent does not raise any doubt as to his legal competence (although Respondent does question the extent of his arbitration background). Instead, Respondent focuses its attention on the last of the three qualifications: reliability "to exercise independent judgment."

35. The Two Other Members observe that, under Article 14(1) of the ICSID Convention, as interpreted by past ICSID decisions, an analysis of an arbitrator's reliability "to exercise independent judgment" entails two concepts: impartiality and independence.[5] Commentators have observed a distinction between impartiality and independence:

> It is generally considered that "[in]dependence" is concerned exclusively with questions arising out of the relationship between an arbitrator and one of the parties, whether financial or otherwise . . . . By contrast the concept of "impartiality" is considered to be connected with actual or apparent bias of an

---

[4] *See* W. Michael Tupman, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration,* 38 Int'l & Comp. L. Q. 44 (1989) ("Tupman") (noting that arbitrators look "not only to the ICSID Convention and arbitration rules but also to other international conventions, rules of international arbitration established by other international bodies . . . [which] may be considered as a matter of comparison, and as embodying . . . the general principles governing international arbitration.") (quotation marks omitted).

[5] *See, e.g.*, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 and *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, October 22, 2007 ("*Suez Aguas* Decision"), at para. 28 (concluding, based on the different language employed in the English and Spanish versions of Article 14(1), that "the two standards of independence and impartiality" apply in disqualification decisions); *Participaciones Inversiones Portuarias SARL v. Gabonese Republic*, ICSID Case. No. ARB/08/17, Decision on Proposal for Disqualification of an Arbitrator, November 12, 2009 ("*PIP* Decision"), at para. 21 ("[L]a notion d'indépendance contenue à l'article 14(1) de la Convention CIRDI s'entend du devoir d'indépendance et d'impartialité . . . .").

> arbitrator – either in favour of one of the parties or in relation to the issues in dispute.[6]

36. Other ICSID tribunals have likewise recognized the need to "apply the two standards of independence and impartiality,"[7] noting that:

> [I]ndependence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties.[8]

Accordingly, this decision addresses both concepts.[9]

37. Further, in keeping with the rules of interpretation of the Vienna Convention, the Two Other Members must perforce assign significance to the use of the adjective "manifest" in the language of Article 57 of the ICSID Convention describing the standard that a challenge must meet in order to prevail. According to Webster's Dictionary, the word "manifest" connotes something that is "obvious" to one's understanding and that is "readily perceived by the senses" and "easily understood or recognized by the mind."[10] The Shorter Oxford English Dictionary correspondingly defines the term "manifest" as something which is "[c]learly revealed to the eye, mind or judgement; open to view or comprehension; obvious."[11] Thus,

> An arbitrator cannot, under Article 57 of the [ICSID] Convention, be successfully challenged as a result of inferences which themselves rest merely on other inferences . . . . The facts established or undisputed must, in the circumstances of the particular case, be plainly capable of giving rise to the inference claimed to be derived from such facts. The inference resulting from the facts must be that, manifestly, that is, clearly, the person challenged is not to be relied upon for independent judgment, or that a readily apparent and reasonable doubt as to that person's reliability for independent judgment has arisen from the facts established or not disputed.[12]

---

[6] Nigel Blackaby et al., REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION 267-68 (5th ed. 2009) ("Redfern"), at para. 4-77.

[7] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, and *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.*, ICSID Case No. ARB/03/17, Second Decision on Disqualification, May 12, 2008 ("*Suez Aguas* Second Decision"), at para. 27.

[8] *Id.* at para. 28.

[9] *See also* "Remarks of the ICSID Secretary-General," *News from ICSID*, Winter 1989, at 5 ("The Convention contains a second condition related to the topic of independence and impartiality that parties must observe in the selection of arbitrators.").

[10] Merriam-Webster's Collegiate Dictionary (10th ed. 2002) ("Webster's Dictionary") at 706.

[11] Shorter Oxford English Dictionary (5th ed. 2002) at 1691.

[12] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Arbitrator, December 19, 2002 ("*SGS* Decision"), reprinted in 8 ICSID Reports 402 (2005); *see also* Tupman at 44-45 (describing *Amco Asia Corporation and others v. Republic of*

In sum, "the term 'manifest' means 'obvious' or evident."[13] Accordingly, this decision will apply this standard.

III. TRIBUNAL'S ANALYSIS

38. Based upon the argumentation and evidence stemming from Respondent's Proposal, the Two Other Members must render a decision on either or both of two grounds: first, the merits of Respondent's Proposal and, second, the timeliness of Respondent's Proposal. The Two Other Members address these two grounds in that order.

A. The Merits of Respondent's Proposal

39. With Respondent's Decision not to divulge the source or other information regarding Respondent's Assertion that Dr. Turbowicz and Dr. Specht "maintain personal relations," the Two Other Members, as foretold in the February 22 Letter, have determined that they have "no choice but to disregard this aspect of Respondent's Proposal." They reach this conclusion because the burden of proof for such an assertion rests upon Respondent.[14] Indeed, "Article 57 places a heavy burden of proof on the Respondent to establish facts that make it obvious and highly probable, *not just* possible, that [the challenged arbitrator] is a person who may not be relied upon to exercise independent and impartial judgment."[15] Respondent, for whatever reason, has chosen not to provide any evidence in support of Respondent's Assertion, thereby wiping clean the slate as far as this assertion is concerned.

40. Consequently, as most recently confirmed in Respondent's March 1 Letter, the sole remaining bases for Respondent's Proposal are: (1) the fact that Dr. Turbowicz and Dr. Specht attended Harvard Law School together some twenty years ago and came to know each

---

Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Disqualification, June 24, 1982 (unreported) ("*Amco* Decision") ("The challenging party must prove not only facts indicating the lack of independence, but also that the lack is 'manifest' or 'highly probable', not just 'possible' or 'quasi-certain'.")).

13 *Suez Aguas* Second Decision at para. 29.

14 *See, e.g.*, *SGS* Decision at 402 ("[T]he party challenging an arbitrator must establish facts, of a kind or character as reasonably to give rise to the inference that the person challenged clearly may not be relied upon to exercise independent judgment"); Tupman at 49 (noting that "doubts in the mind of the challenging party alone are not sufficient").

15 *Suez Aguas* Second Decision at para. 29.

other at that time; (2) the fact that Dr. Turbowicz did not disclose this shared educational experience as a part of the Turbowicz Declaration; (3) Dr. Turbowicz's purported lack of requisite arbitration experience, which suggests to Respondent that his selection was motivated by his lack of independence and impartiality; and (4) the fact that, some time earlier in 2007, Dr. Specht telephoned Dr. Turbowicz and inquired "in a brief phone call" as to Dr. Turbowicz's availability to serve as arbitrator in this proceeding. For their part, Dr. Turbowicz and Dr. Specht both deny that they have maintained any kind of relationship whatsoever since their days together at Harvard Law School, be it professional or business or social or personal or of any other sort.

41. These then are the facts and the inferences to which the Two Other Members must direct their attention in order to decide upon Respondent's Proposal. In determining whether Respondent has submitted adequate proof of a manifest lack of independence and impartiality, the Two Other Members agree with the *Suez Aguas* Decision that both concepts implicate states of mind that, on an objective basis, can "only be inferred from conduct."[16] The *Suez Aguas* Decision also properly observes that the bulk of the previously reported ICSID challenge decisions are "based on some alleged professional or business relation" between the challenged arbitrator and one of the parties.[17] There is no such relation in this case. Indeed, as explained below by reference to the remaining aspects of Respondent's Proposal, the meager facts identified by Respondent – either viewed in isolation or taken together – do not demonstrate a lack of independence or impartiality on the part of Dr. Turbowicz – much less a *manifest* lack of these qualities.

1. Shared Educational Experience

42. The Two Other Members first consider whether the shared educational experience of Dr. Specht and Dr. Turbowicz indicates a lack of independence and impartiality. As observed by Prof. Schreuer, "[a] relationship with a party affecting the eligibility as arbitrator may be of a personal, family or business nature . . . [however,] [n]ot every past contact, professional or personal, with a party would disqualify a person from being appointed as

[16] *Suez Aguas* Decision at para. 30.
[17] *Suez Aguas* Decision at para. 32.

arbitrator."[18] In particular, Prof. Schreuer observes that even "[p]rofessional contacts between an arbitrator and legal counsel representing one of the parties are not, as a rule, an obstacle to the exercise of independent judgment."[19] The Two Other Members are aware of no case and of no scholarly learning that holds, or even argues, that long-ago encounters at an educational institution, standing alone, provide objective grounds, either real or perceived, for justifying an obvious misgiving as to impartiality or for demonstrating an evident lack of reliability as to independence. Certainly, Respondent has cited no such authority.

43. There is, however, pertinent learning from a challenge decision that highlights the need for especially persuasive evidence in order to satisfy the dictates of Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention. The dismissal in *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic* emphasizes that a challenging party must rely on established facts rather than on "mere speculation or inference" because "the application of a subjective, self-judging standard instead of an objective one would enable any party in arbitration who becomes discontented with the process for any reason to end it at any time at its sole discretion simply by claiming that an arbitrator is not independent or impartial . . . ."[20] The tribunal further observed that "[a]ll the circumstances need to be considered in order to determine whether the relationship is significant enough to justify entertaining reasonable doubts as to the capacity of the arbitrator . . . to render a decision freely and independently."[21]

44. In the opinion of the Two Other Members, the factual footing for this aspect of Respondent's Proposal is particularly insufficient because, in order to establish a real or apparent conflict within the express terms of the ICSID Convention, Respondent's Proposal requires the creation of the very inferences that the common definition of the term "manifest" does not in its ordinary meaning permit.

45. In sum, the Two Other Members see no grounds or authority on which to determine that the shared educational experience and resulting acquaintance between Dr.

---

[18] Christoph H. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY 513 (2nd ed. 2009) ("Schreuer COMMENTARY"), at para. 22-23.

[19] Schreuer COMMENTARY at 513, para. 23.

[20] *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Challenge to the President of the Committee, September 24, 2001, at para. 25.

[21] *Id.* at para. 28.

Turbowicz and Dr. Specht in and of themselves evidence either a relationship that might influence Dr. Turbowicz's freedom of decision-making or the presence of any predisposition toward the positions of one party over those of the other.

2. Non-Disclosure of Shared Educational Experience

46. The Two Other Members next consider the implications of the fact that Dr. Turbowicz did not disclose in his Declaration of November 10, 2007 his shared educational experience with Dr. Specht. The Two Other Members must decide whether this fact of non-disclosure provides an underpinning to Respondent's Proposal of such a proportion that the non-disclosure, in and of itself, indicates a manifest lack of the qualities required of arbitrators under Article 14(1) of the ICSID Convention.

47. A determination of whether a transitory and long-ago schooling acquaintance between an arbitrator and a counsel to a party is a fact requiring disclosure under the terms of Arbitration Rule 6(2) is a question that requires the Two Other Members to review the language of that rule, as amended through 2006, in some detail. The relationship between the requirements for disqualification under Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention and the disclosure parameters of Arbitration Rule 6(2) is not a perfect match. The scope of the disclosure declaration is considerably broader than the requirements that must be met in order to achieve disqualification. On the one hand, the discrepancy between the two makes common sense because it encourages the very disclosure of facts upon which a decision to disqualify, or not to disqualify, can only be founded; but, on the other hand, this discrepancy leaves a hole to be filled where, as here, the very fact upon which the challenging party relies in seeking to disqualify an arbitrator is not disclosed as a part of the relevant Arbitration Rule 6(2) declaration and, according to the challenging party, only came to its actual knowledge late in the arbitration process.

48. The preparatory work papers behind Arbitration Rule 6 do not provide meaningful guidance on the intended consequence of this discrepancy under the provisions of Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention. Furthermore, the Parties have cited no case or scholarly reference that might help to enlighten the meaning of this gap. As a result, the Two

Other Members have to take the language of those two Articles and of Arbitration Rule 6(2), along with whatever preparatory history does exist, and then apply the Vienna Convention's rules of interpretation so as to garner the meaning of that language in its "context" and "in the light of its object and purpose." Thus, it is left to the Two Other Members to square the circle, so to speak, and they will now proceed to do so within the confines of the particular facts of this case.

a. Arbitration Rule 6(2)

49. The last paragraph of Arbitration Rule 6(2) was added in two parts. Amendments to the rule in 1984 contributed the following new language to the text of the required declaration: "Attached is a statement of my past and present professional, business and other relationships with the parties." According to a description of the 1984 amendments prepared by Antonio R. Parra, Counsel at ICSID at the time, the addition to Arbitration Rule 6(2) was intended as a "reflection of current practice . . . that arbitrators include in their declarations . . . a statement of any past or present relationship they may have with the parties."[22] The Two Other Members note the explicit limitation of the language of this 1984 amendment, and of the description of its intention, to relationships with the "parties," without any reference to relationships with counsel to the parties.

50. Then, on April 10, 2006, Arbitration Rule 6(2) was amended again, with "(a)" placed before the phrase "of my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties" that was added in 1984 ("6(2)(a)") and with the following new clause: "and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party" ("6(2)(b)"). The text of Arbitration Rule 6(2), as amended, does not provide a fixed form of wording to cover the contingency where a declarant considers that there is no basis on which to attach such a statement; that is, there are no separate words supplied in the text of Arbitration Rule 6(2) to the effect that, as far as the declarant is concerned, there are no relationships or other circumstances that fall within the form of declaration found in

[22] "Revised Regulations and Rules," *News from ICSID*, Winter 1985, at 6.

Arbitration Rule 6(2) (*e.g.*, there is no provision allowing a declarant to place a checkmark in favor of an assertion akin to: "There are no such relationships or circumstances.").

51. The October 22, 2004 Discussion Paper of the ICSID Secretariat on Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (the "Discussion Paper") is instructive in understanding the import of the new 6(2)(b) that was ultimately adopted in 2006. The Discussion Paper states:

> With the large number of new cases, the disclosure requirements for ICSID arbitrators might usefully be expanded. Under the UNCITRAL Arbitration Rules, an arbitrator is required to disclose to the parties any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. The relevant ICSID provisions . . . could be amended similarly to require the arbitrator to disclose, not only past and present relationships with the parties, but more generally any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's reliability for independent judgment. This might in particular be helpful in addressing perceptions of issue conflicts among arbitrators.[23]

The Two Other Members observe that Respondent's Proposal does not in any way involve the question of "issue conflicts," thereby leaving only the more general comment of the Discussion Paper for the Two Other Members to ponder as to drift and meaning.

52. Subsequently, a May 12, 2005 Working Paper of the ICSID Secretariat on Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations (the "Working Paper") attached drafts of suggested changes that took account of "comments received on the Discussion Paper."[24] Among these attached drafts was the language proposed to be added to Arbitration Rule 6(2), along with an accompanying "Note" that states in part:

> As pointed out in the Discussion Paper . . . , the suggested changes expand the scope of disclosures of arbitrators to include any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's reliability for independent judgment.[25]

Beyond these observations by the ICSID Secretariat, the Two Other Members are unaware of any other pertinent drafting history that might shed further light on the intended meaning and

---

[23] Discussion Paper of the ICSID Secretariat on Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, October 22, 2004, at para. 17.

[24] Working Paper of the ICSID Secretariat on Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, May 12, 2005, at para. 7.

[25] Working Paper of the ICSID Secretariat on Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, May 12, 2005, at p. 12.

scope of the language that, as proposed in the Working Paper, later became 6(2)(b) in 2006. And the Schreuer COMMENTARY has the following to say on the topic: "[N]o further specification of the type of circumstances envisaged by this Rule is provided."[26]

53. Taking all these factors into account, the Two Other Members conclude that 6(2)(a) by its plain verbiage only addresses relationships with parties whereas 6(2)(b) is not similarly or unambiguously constricted in its reach. Further, 6(2)(b) is broader than 6(2)(a) in another significant feature through its use of the word "circumstance" rather than of the word "relationship." According to Webster's Dictionary, "relationship" connotes the "state of being related or interrelated,"[27] thereby requiring in this instance a personal connection of some sort, whereas "circumstance," again according to Webster's Dictionary, connotes a "condition, fact or event accompanying, conditioning, or determining another,"[28] thereby referencing certain facts or situations that are attendant to, or are surrounding, certain other facts or situations. In effect, a circumstance is more inclusive than is a relationship.

54. But, whereas 6(2)(b) is in these enumerated respects more expansive than 6(2)(a), 6(2)(b) is in certain other respects narrower than 6(2)(a). For example, the text of 6(2)(b) does not include the words "past and present" or the words "(if any)" that appear in 6(2)(a). Thus, 6(2)(b) appears to be intended as less encompassing than 6(2)(a) in terms of both the time period that is covered and the kinds of connections that are covered. That 6(2)(b) is less inclusive than 6(2)(a) in these respects is bolstered by the fact that the "Note" contained in the Working Paper speaks of the additional language of 6(2)(b) as meant "to include any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's reliability for independent judgment."[29] The Two Other Members read this Note as indicating the intention of the drafters that the words "might cause" that appear in 6(2)(b) (*i.e.*, "any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party") are to be interpreted in the manner explicated in the Note; that is, that 6(2)(b) calls for the disclosure of facts, in time and in kind, signifying an unspecified degree of likelihood of impairment to impartiality or independence

---

[26] Schreuer COMMENTARY at 512, para. 20.
[27] Webster's Dictionary at 984.
[28] Webster's Dictionary at 207.
[29] Working Paper of the ICSID Secretariat on Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, May 12, 2005, at p. 12.

whereas 6(2)(a) calls for total disclosure of any and all relationships with the parties, even those that are ancient in age or subjectively minor in character.

55. In sum, in order to accomplish the dual goal of a comprehensive disclosure of the relationships defined in 6(2)(a), but of a more flexible and limited level of disclosure of any other circumstance based on likelihood, the drafters chose, for the purposes of 6(2)(b), to adopt a "justifiable doubts" test such as that encapsulated in Article 9 of the UNCITRAL Arbitration Rules rather than to follow the much higher "manifest" threshold that must be met in order to sustain a challenge under the ICSID Convention. The difficulty lies in the lack of detailed guidance as to what facts need to be disclosed, and as to what facts do not need to be disclosed, under the more elastic scope of 6(2)(b).

b. The IBA Guidelines

56. To ascertain the facts requiring disclosure under 6(2)(b), the Two Other Members seek guidance from the 2004 International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ("IBA Guidelines").[30] The Two Other Members find the IBA Guidelines to be instructive because they relate to the UNCITRAL "justifiable doubts" standard that is referenced in the Discussion Paper and in the Working Paper that led to the adoption of 6(2)(b). Further, since their adoption in 2004, the IBA Guidelines have been widely used as a catalogue of the bases for challenge as well as for the parameters of an arbitrator's duty of disclosure.[31] Multiple tribunals applying the ICSID Convention have recognized the persuasive authority of the IBA Guidelines.[32]

---

[30] *See* International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (May 22, 2004), at 4 (noting that the IBA Guidelines reflect their drafters' understanding of "best current international practice").

[31] *See, e.g., PIP* Decision at para. 24 (noting that the IBA Guidelines provide "une indication utile" of the standards for determining the independence and impartiality of an arbitrator); Gary R. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1391 (2009) ("The IBA's Guidelines address the appropriate scope of contacts between a party and potential co-arbitrators.").

[32] *See, e.g.*, *Hrvatska Electroprivreda, d.d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, Decision on Disqualification, May 6, 2008, at para. 12; *EDF Int'l S.A., SAUR Int'l S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB 03/23, Decision on Disqualification, June 25, 2008, at paras. 25, 34, 50, 60; *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Annulment, September 1, 2009, at para. 263; *Participaciones Inversiones Portuarias SARL v. Gabonese Republic*, ICSID Case No. ARB/08/17, Decision on Disqualification, November 12, 2009, at para. 15; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Participation of Counsel, January 14, 2010, at note 3.

57. General Standard (3) of the IBA Guidelines deals specifically with the subject of facts requiring disclosure. General Standard (3) stipulates in subparagraphs (a) and (c):

> (a) If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances . . . prior to accepting his or her appointment . . . .
>
> (b) Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.[33]

58. The IBA Guidelines outline a series of examples in the practical application of General Standard (3) for the purpose of drawing a line between what the IBA Guidelines regard as necessary disclosure, on the one hand, and as unnecessary disclosure, on the other hand. The IBA Guidelines thus aim to strike a reasonable balance between those facts and circumstances that ought to be disclosed and those that ought not to be disclosed.

59. Facts requiring disclosure are further elucidated by Part II of the IBA Guidelines, entitled "Practical Application of the General Standards." This Part describes four different categories of fact patterns: (1) a "non-waivable red list" of certain relationships that not only must be disclosed in every case but are also so problematic that the parties to the arbitration do not have the power to waive them, meaning that in every such instance the arbitrator is ineligible for appointment; (2) a "waivable red list" of relationships that must be disclosed in every instance but which the parties can affirmatively agree to waive; (3) an "orange list" of relationships which must be disclosed but which are deemed accepted if no objection is raised within a specified time period; and (4) a "green list" of relationships that an arbitrator need not disclose at all.[34] The comments to the IBA Guidelines stress that the presence of the "green list" is intended to place a limit to disclosure "based on reasonableness."[35]

c. Analysis

60. The Two Other Members now turn to the application of Arbitration Rule 6(2), as informed by the IBA Guidelines, to the facts of this proceeding – namely, the non-disclosure of

---

[33] IBA Guidelines at 9.
[34] IBA Guidelines at 17-25.
[35] IBA Guidelines at 19.

the shared educational experience and the resulting acquaintance between Dr. Turbowicz and Dr. Specht.

61. What is striking to the Two Other Members is that long-ago acquaintanceship at an educational institution was not perceived by the drafters of the IBA Guidelines as the kind of relationship that was deemed worthy of any mention even in the "green list" of fact patterns, much less the "orange list" or the "red list." Further, among the types of "green list" connections not requiring disclosure is a category entitled "contacts with another arbitrator or with counsel for one of the parties" that include (i) "membership in the same professional association or social organization" and (ii) previous service "together as arbitrators or as co-counsel."[36] In this proceeding, there is no evidence of even this minimal level of connection between Dr. Turbowicz and Dr. Specht. Long-ago acquaintanceship at school, the Two Other Members note, has neither the currency of co-membership in some professional or social group nor the professional intimacy of prior service as co-arbitrator or as co-counsel. Presumably, an acquaintanceship of this attenuated nature carries not even the level of connection justifying its inclusion on the IBA Guidelines' "green list." In the view of the Two Other Members, this strongly suggests that the existence of such an acquaintanceship does not require disclosure.

62. Respondent's February 19 Letter refers to a number of case precedents from courts in the United States and Canada that purportedly diverge from the conclusion suggested by the IBA Guidelines, in that they advocate disclosure to dispel even the slightest reason to question the independence and impartiality of an arbitrator. Respondent cites this case law for the proposition that proactive and full disclosure by prospective arbitrators is necessary to avoid placing parties in the awkward position of being perceived as challenging a sitting arbitrator's integrity. However, these citations are inapposite because the underlying constituent documents have material differences from the language of the ICSID Convention and the Arbitration Rules and the relationships described in these cases are not those of academic classmates but are rather of a professional or business nature not present here. Furthermore, the standards that the Two Other Members are to apply are those recognized by international law and not by States with no involvement in this case. Certainly, the citations in Respondent's February 19 Letter are facts to be taken into account, but the Two Other Members are persuaded that the state of international

[36] IBA Guidelines at 22.

law as to the duty of disclosure is best evidenced by the IBA Guidelines and not by the American and Canadian domestic law precedents cited by Respondent.

63. The Two Other Members also pay heed to Respondent's point that in a given case, the very failure to disclose relevant and material circumstances might evidence partiality, regardless of whether actual bias is established. But here there is no professional, business, personal, social or other relationship of any kind between Dr. Turbowicz and Dr. Specht that is of a reasonably recent date, such as within the past three years as specified as the relevant period for disclosure of certain connections appearing on the IBA Guidelines' "orange list." Rather, here there is only an antiquated and attenuated academic affiliation of two decades ago that the Two Other Members regard as trivial as compared to the relationships involved in the various cases cited in Respondent's February 19 Letter. The Two Other Members therefore conclude that the IBA Guidelines, as well as the examples set forth therein, can only reasonably be read as indicating that the circumstance of being classmates at Harvard Law School, without more, is not something calling for disclosure under General Standard (3) as a fact that, on an objective basis, "may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence."

64. Despite this conclusion, the Two Other Members must, as promised, still seek to square the circle between the disclosure standards of Arbitration Rule 6(2) and the disqualification dictates of Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention. In this regard, the Two Other Members cannot agree with the suggestion, found in Respondent's Proposal, that reconciliation is best achieved by simply imputing the "justifiable doubts" standard inherent in Arbitration Rule 6(2) into Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention. Rather, there is a clear distinction between the parameters of the duty to disclose and the standards required to uphold the merits of a particular challenge. Two pertinent comments to the IBA Guidelines state in this regard: "non-disclosure cannot make an arbitrator partial or lacking independence; only the facts or circumstances that he or she did not disclose can do so;"[37] and "no presumption regarding disqualification should arise from a disclosure."[38] The Two Other Members agree with both of these propositions, but, in addition, are of the view that certain facts or circumstances are

[37] IBA Guidelines at 18.
[38] IBA Guidelines at 18.

of such a magnitude that failure to disclose them either (1) would thereby in and of itself indicate a manifest lack of reliability of a person to exercise independent and impartial judgment or (2) would be sufficient in conjunction with the non-disclosed facts or circumstances to tip the balance in the direction of that result. However, neither of these conditions is present in this case due to the *de minimis* character of the facts and circumstances presented by the Respondent.

65. Whether or not Dr. Turbowicz would in hindsight have been wise to disclose the fact that he and Dr. Specht were students together is subject to debate. Certainly, had Dr. Turbowicz done so, the imbroglio stemming from Respondent's Proposal this late in the proceedings would have been avoided. Further, the Two Other Members are the first to acknowledge that the integrity of the international arbitration process requires that prospective arbitrators disclose at the outset relevant and material facts that to a reasonable third-person arguably might call into doubt that candidate's impartiality or independence. This is especially so in light of the limited appeal mechanisms that adhere to international arbitration in contrast to those of domestic law systems.

66. Nonetheless, the Two Other Members believe that the IBA Guidelines, while not determinative in any sense, affirmatively discourage the disclosure of the shared educational experience of Dr. Turbowicz and Dr. Specht. Further, the Two Other Members view the position taken in the IBA Guidelines as reflective of the legitimate concern that a requirement to disclose trivial or superficial facts will prove burdensome to parties and arbitrators, will unnecessarily circumscribe the freedom of choice in the selection of party-appointed arbitrators and will encourage frivolous challenges. In sum, based on their analysis of the IBA Guidelines, the Two Other Members agree with the conclusion reached in the *Suez Aguas* Second Decision that "[a] reasonable interpretation of ICSID Arbitration Rule 6 is that an arbitrator is required to disclose a fact only if he or she reasonably believes that such fact would reasonably cause his or her reliability for independent judgment to be questioned by a reasonable person."[39] Such a "reasonable person" test is not, in the opinion of the Two Other Members, met under the facts before them. Finally, whether disclosed or not, the affiliation stemming from such a shared educational experience does not implicate the standards for disqualification set forth in the ICSID Convention.

---

[39] *Suez Aguas* Second Decision at para. 46.

3. The Purported Lack of Arbitral Experience and Its Alleged Implications

67. The Two Other Members turn next to Respondent's suggestion that Dr. Turbowicz lacked the kind of arbitration experience that would be expected of a person appointed to serve in such an "obviously complicated investment arbitration case" and Respondent's corresponding speculation that the "personal relations" between Dr. Turbowicz and Dr. Specht motivated Claimant's appointment. Respondent's February 19 Letter points out that "it was open to . . . Dr. Specht to choose, from the universe of available arbitrators, an arbitrator with no links to him" but that he instead chose someone "whom he personally knew," thereby implying that Dr. Turbowicz was selected because he would be partial to Claimant's case.

68. First, the Two Other Members, based on their professional experience, believe that some previous association of a party or its counsel with the person whom a party chooses to appoint as arbitrator is not an unusual circumstance. As stated in the *SGS* Decision:

> It is commonplace knowledge that in the universe of international commercial arbitration, the community of active arbitrators and the community of active litigators are both small and that, not infrequently, the two communities may overlap, sequentially if not simultaneously. It is widely accepted that such an overlap is not, by itself, sufficient ground for disqualifying an arbitrator.[40]

69. It seems not unreasonable to expect that where a party-appointed arbitrator is involved, as is the case with Dr. Turbowicz, and as specifically contemplated by the arbitral process that the ICSID Convention establishes, the party making the selection will, in many instances, have some form of acquaintance with that person.[41] Indeed, the decision on disqualification in *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* concluded that a party-appointment system inherently presumes some form of acquaintance between the designee and the party making the selection.[42] Thus, the Two Other Members are of the view that it is the nature and the extent of the acquaintance that have significance for Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention and for Arbitration Rule 6(2), and not the fact of acquaintance without more.

---

[40] *SGS* Decision at 404.

[41] *See* Schreuer COMMENTARY at 509, para. 5 (noting that "the principle of freedom of choice for the parties in the constitution of the tribunal . . . enables them . . . to select persons who enjoy their special confidence").

[42] *See* Tupman at 44-45 (describing the *Amco* Decision).

70. Second, the Two Other Members observe that prior arbitral experience in an ICSID case is not a *sine qua non* to appointment as an ICSID arbitrator because, if it were, there would never be a first time for anyone, obviously an impossibility. The ICSID Convention does not place this or any comparable limitation upon the freedom of parties to nominate whom they choose, so long as the necessary qualifications of Article 14(1) are fulfilled. To that end, the *curriculum vitae* of Dr. Turbowicz that the Secretary of the Tribunal sent to the Parties on October 25, 2007 lists under the heading "Work Experience" the following: "01-06 Lawyer, . . . International trade law, Investments, Director of Companies and Arbitrator," which suggests that Dr. Turbowicz possesses competence in the field of law as required by Article 14(1).

71. Throughout the pleading process, Respondent never expressed any hesitation about Dr. Turbowicz's "recognized competence" in the field of law, and the Two Other Members are unaware of any basis on which Respondent could have done so. Absent such a showing, the Two Other Members decline to second-guess Dr. Turbowicz's *curriculum vitae* or to assign hidden agendas to Claimant on the basis of Respondent's speculation or conjecture.

4. The "Brief Phone Call"

72. The final aspect of the merits of Respondent's Proposal which the Two Other Members must consider is the telephone call that Dr. Specht made to Dr. Turbowicz in 2007 to determine his availability to serve as arbitrator. There is nothing in the record to indicate that this "brief phone call" dealt with any issue other than the question of Dr. Turbowicz's availability. Nonetheless, in Respondent's view, the fact of this telephone call should have been disclosed as a part of the Turbowicz Declaration, even though Respondent's March 1 Letter acknowledges the event as of "minor importance."

73. First, the Two Other Members believe that such inquiries are not out of the ordinary as a matter of practice. For example, the Schreuer COMMENTARY specifically notes that "[t]he appointment of arbitrators involves preliminary consultation with prospective appointees . . . ."[43] Indeed, it is common to nominate an arbitrator after discussing whether he or

[43] Schreuer COMMENTARY at 492, para. 8; *see also* Gary R. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1391 (2009) ("It is common and ordinarily unobjectionable practice for parties, or their counsel, to

she is in a position to accept the assignment. In short, Respondent has produced no evidence supporting a finding of impropriety in the holding of the "brief phone call," and the Two Other Members are unaware of any rule that either forbids or discourages such an inquiry.

74. Second, with regard to the issue of Dr. Turbowicz's purported duty as a part of the Turbowicz Declaration to disclose this "brief phone call" with Dr. Specht, the Two Other Members remark that a circumstance that appears on the IBA Guidelines "green list" of contacts *not* requiring disclosure deals with the situation where the "arbitrator has had an initial contact with the appointing party . . . (or the respective counsels) prior to appointment, if this contact is limited to the arbitrator's availability and qualifications to serve . . . ."[44] This exact circumstance is present here, as there is nothing in the record that would indicate that the "brief phone call" exceeded a discussion of Dr. Turbowicz's availability and qualifications.

75. Accordingly, the Two Other Members conclude that Dr. Turbowicz was not obliged to disclose the "brief phone call" with Dr. Specht, and they further conclude that the fact of this telephone call does not give cause for any doubt about the independence and impartiality of Dr. Turbowicz.

B. Timeliness of Respondent's Proposal

76. Having addressed the substance of Respondent's Proposal, the Two Other Members now express their views as to its timeliness. For prudential reasons, as hereinafter explained, the Two Other Members dismiss Respondent's Proposal on the merits but nonetheless believe it warranted that they appraise the promptness with which Respondent did, or did not, make its objection known.

77. Rule 9(1) of the Arbitration Rules requires that a "party proposing the disqualification of an arbitrator pursuant to Article 57 of the Convention shall *promptly*, and in any event before the proceeding is declared closed, file its proposal with the Secretary-General, stating its reasons therefor" (emphasis added). Under Arbitration Rule 27, a party's failure

---

contact potential choices for a co-arbitrator, to ascertain their suitability, availability and interest . . . ."); Redfern at 269, para. 4-82 ("In practice, a person approached by a party to act as a party-nominated arbitrator usually discloses any relevant facts informally to the prospective appointing party in the first instance.").

[44] IBA Guidelines at 24.

promptly to state its objections and promptly to propose disqualification of an arbitrator results in the waiver of the right to object.

78. A number of ICSID challenge decisions have wrestled with the temporal dimension of this mandate of promptness. For example, the *Suez Aguas* Decision posited that, in the absence of an objective quantification of what is intended by the word "promptly," the interests of an "orderly and fair arbitration proceeding" require that any disqualification proposal must be lodged "in a timely fashion"[45] and "without delay."[46] The *Suez Aguas* Decision held that a delay of fifty-three days in filing a challenge failed to satisfy these demands.[47] A challenge decision of more recent vintage is the November 6, 2009 decision on disqualification in *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, where the observation was made:

> It is on a case by case basis that tribunals must decide whether or not a proposal for disqualification has been filed in a timely manner . . . . The sanction for the failure to object promptly is waiver of the right to make objection."[48]

The *Cemex* Decision cites *Azurix Corp v. Argentine Republic* as considering a "delay of eight months as obviously too long" and *CDC Group PLC v. Republic of Seychelles* as "arriving at the same conclusion for a delay of 147 days."[49] The Schreuer COMMENTARY devises a formula for determining promptness in the following fashion: "Promptly means that the proposal to disqualify must be made as soon as the party concerned learns of the grounds for a possible disqualification."[50]

79. Here, the Two Other Members are confronted with a proposal for disqualification which, on the one hand, was lodged more than two years after the distribution of Dr. Turbowicz's *curriculum vitae* but, on the other hand, was allegedly filed within weeks of the Respondent gaining actual knowledge of the overlap in the education of Dr. Turbowicz and Dr.

---

45 *Suez Aguas* Decision at para. 18.

46 *Suez Aguas* Decision at para. 22.

47 *Suez Aguas* Decision at para. 26.

48 *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case. No. ARB/08/15, Decision on Proposal for Disqualification of an Arbitrator, November 6, 2009 ("*Cemex* Decision"), at para. 36.

49 *Cemex* Decision at para. 37 (citing *Azurix Corp v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Challenge to the President of the Tribunal, 25 February 2005 (unpublished) (reported in the Decision on Annulment, September 1, 2009, at para. 35) and *CDC Group PLC v. Republic of Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision on Annulment, June 29, 2005, at para. 53).

50 Schreuer COMMENTARY at 1200, para. 11.

Specht. The question before the Two Other Members is whether Respondent, in the absence of proof of actual knowledge, should be deemed to have had constructive knowledge of the shared educational experience at a much earlier time for purposes of the promptness analysis required under Rule 9(1).

80. Certainly, in the experience of the Two Other Members, it is standard practice to perform some investigation into the background and connections of an opposing party and its counsel in the early stages of an international arbitration.[51] With the advent of the Internet and such applications as "Google" and "Wikipedia," an inquiry of this nature has become simple and easy, and the electronic response is nearly instantaneous. Dr. Specht's February 18 Letter, in a stance that Respondent has not contested, assures that his personal *curriculum vitae*, including a reference to his years of education at Harvard Law School, has been available at all relevant times under the website of the law firm that carries his name. There is nothing in the record to indicate that Respondent or Counsel to Respondent undertook any foray into the Internet to inspect his background or to compare it to Dr. Turbowicz's background. In a case in which related correspondence is generally conducted via email and CD-ROMs are utilized to convey documentary evidence, the Two Other Members do find credulity strained if Respondent and Counsel to Respondent insist that over these many months, no referral was made, or should have been made, to the Internet to ascertain publicly available information about Dr. Specht and his background.

81. Nonetheless, as appealing as such a construct may appear, the Two Other Members think it preferable not to divine some carefully crafted, modern-day duty to perform a routine examination into the background of a party and its counsel at an early date, failing which a party may be found to have not promptly objected, resulting in a waiver under Arbitration Rule 27. The Two Other Members recall in this regard that Respondent's Proposal expressly contends that Respondent as an opposing party could not "reasonably" have been expected "to verify such circumstance [of the common attendance at Harvard Law School] from the very outset of the case." While the global realities of this computerized, digitized age might reasonably lead to the

[51] *See* Tupman at 51 (noting as early as 1989 that "[a]lthough the burden of disclosing facts is primarily on an arbitrator, a party also has some duty to conduct at least a minimal background check to confirm or expand on the facts disclosed, or uncover additional facts. Far from hindering the arbitral process, such a check is not all that time-consuming or expensive.").

opposite conclusion (that is, to a recognition of a constructive duty to perform basic Internet research in the early stages of a proceeding), the Two Other Members conclude that they need not determine this issue in order to reach a decision in this case.

82. Accordingly, the Two Other Members choose to rely for their decision upon their analysis of the merits of Respondent's Proposal rather than upon an analysis of the proposal's timing. The Two Other Members thus decline to rule on the question whether Respondent's Proposal is time barred, although other arbitrators charged with resolving only this issue might reasonably reach the conclusion that it is.

IV. CONCLUSION

83. On the basis of the record before them, the Two Other Members decide that, in accordance with the ICSID Convention and the Arbitration Rules, Respondent's Proposal must be dismissed for failure to prove any fact that would indicate a manifest lack of impartiality or independence on the part of Dr. Turbowicz. The Two Other Members further conclude as a part of this decision that, under the terms of Arbitration Rule 6(2), Dr. Turbowicz had no duty to disclose in the Turbowicz Declaration the remaining facts cited in Respondent's Proposal.

84. The Two Other Members reserve the right to award costs in connection with this decision as part of the Award.

85. As from the date hereof, the state of suspension of the proceedings under Arbitration Rule 9(6) is hereby terminated.

/signed/

Hon. Davis R. Robinson
President

/signed/

Dr. Stanimir A. Alexandrov
Arbitrator

DATED: March 19, 2010

Doc. num. 77

Références

Cour de cassation
chambre civile 1
Audience publique du mercredi 16 décembre 2015
N° de pourvoi: 14-26279
Non publié au bulletin **Rejet**

Mme Batut (président), président
SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Ortscheidt, SCP Rousseau et Tapie, avocat(s)

Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, ci-après annexé :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 octobre 2014), que la société française AGI, la société américaine Caribbean Fiber Holdings (CFH), dont le capital est détenu intégralement par la société américaine Leucadia National Corporation, et les sociétés, de la Barbade, Columbus Acquisitions et, française, Columbus Holdings (Colombus) ont conclu un accord portant sur le projet de cession par les deux premières aux secondes du capital de la société française Global Caribbean Fiber (GCF) ; que la société AGI ayant renoncé à la vente, les sociétés Columbus ont mis en oeuvre la procédure d'arbitrage en application de la clause compromissoire stipulée au contrat ; que, par une sentence rendue à Bridgetown (La Barbade), le 27 mars 2011, l'arbitre unique, M. X..., a décidé que la société AGI avait violé l'accord et renvoyé à une sentence ultérieure les demandes relatives aux dommages-intérêts et aux frais de procédure ; que la société AGI et ses mandataires, ès qualités, ont interjeté appel de l'ordonnance ayant prononcé l'exequatur de la sentence ;

Attendu que les sociétés Columbus font grief à l'arrêt d'infirmer cette ordonnance ;

Attendu que l'arrêt constate qu'en septembre 2009, l'arbitre unique avait souscrit une déclaration d'indépendance affirmant que le cabinet Fasken Martineau, au sein duquel il exerçait sa profession d'avocat, ne dispensait pas actuellement de conseils à la société Leucadia National Corporation ; qu'il retient que, le 15 décembre 2010, le site internet de ce cabinet avait publié l'information, reprise en janvier 2011 par un magazine d'affaires destiné aux avocats, selon laquelle la société Leucadia National Corporation avait vendu sa participation dans une mine de cuivre canadienne, qu'elle était assistée, dans cette opération engagée depuis 2005, par une équipe de trois avocats du cabinet Fasken Martineau et que les débats, devant M. X..., étaient clos depuis le mois d'août 2010 et l'affaire mise en délibéré à la date à laquelle l'existence de ce rôle de conseil avait été rendue publique ; qu'ayant ainsi fait ressortir que l'arbitre n'en avait pas fait état dans sa déclaration d'indépendance, que le fait n'était pas notoire pour la société AGI avant le début de l'arbitrage, qu'en cours d'instance arbitrale, l'obligation de se livrer à des investigations sur l'indépendance de M. X... ne pesait pas sur cette dernière, compte tenu des garanties qu'il avait fournies lors de sa déclaration, et que celui-ci n'avait pas révélé une opération manifestement importante pour le cabinet, au regard de l'ample publicité donnée par ce dernier, la cour d'appel en a exactement déduit que, ces circonstances ignorées de la société AGI étant de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, le tribunal arbitral était irrégulièrement constitué ; que le moyen, qui, en sa première branche, critique un motif erroné mais surabondant de l'arrêt, ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Columbus Acquisitions et Columbus Holdings France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette leur demande et les condamne à payer à la société AGI et à ses mandataires, ès qualités, la somme globale de 5 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du seize décembre deux mille quinze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils, pour la société Columbus acquisitions INC et la société Columbus Holdings France

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé l'ordonnance du délégué du président du tribunal de grande instance de Paris en date du 19 juin 2013 prononçant l'exequatur de la sentence rendue entre les parties le 29 mars 2011 après avoir, dans ses motifs, annulé la sentence arbitrale rendue par M. X... le 29 mars 2011 ;

Aux motifs que « AGI invoque un conflit d'intérêts de l'arbitre unique avec l'une des parties qui n'a pas été révélé lors de la constitution du tribunal arbitral ;

que le 10 novembre 2008 a été conclu entre AGI, CFH et les sociétés COLUMBUS un protocole d'accord, renouvelé le 3 mars 2009, portant sur un projet de cession par les deux premières aux secondes de l'ensemble du capital de GCF ; qu'AGI ayant renoncé à l'opération, COLUMBUS a engagé contre elle, le 10 juillet 2009, une procédure d'arbitrage à laquelle CFH s'est jointe le 12 août 2009 ; que M. X..., arbitre unique, a accepté sa mission le 15 septembre 2009 ; que l'instruction de la cause s'est déroulée jusqu'en août 2010 ; que la sentence rendue le 27 mars 2011 a fait l'objet le 19 juin 2013, d'une ordonnance d'exequatur dont appel a été interjeté par AGI ; que cette dernière fait grief à l'arbitre d'avoir dissimulé la réalité des relations entretenues par le cabinet d'avocats Fasken Martineau, dont il est associé, avec la société Leucadia National Corporation, dont il n'est pas contesté qu'elle détient 100 % du capital de CFH ; qu'aux termes de l'article 1456 du code de procédure civile, applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506 du même code : "Il appartient à 1'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission" ; que la circonstance que le nom de l'arbitre ait été proposé par AGI n'était pas de nature à le dispenser de son obligation d'information à l'égard de cette partie; que cette obligation doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l'arbitre ; que M. X... a souscrit en septembre 2009 une déclaration d'indépendance par laquelle il indiquait : "I wish to disclose that a partner in my firm's Toronto office has represented Leucadia National Corporation in Canada in respect of Canadian based matters over a number of years. I understand that at present there are no matters in respect of which my firm is currently providing advice to Leucadia National Corporation" ; que les parties sont contraires sur le point de savoir si, dans la première phrase citée, le verbe "has represented" doit être traduit en français au présent ou au passé composé et si cette phrase doit donc s'entendre comme la déclaration qu'un associé du cabinet dont l'arbitre est membre "représente Leucadia National Corporation au Canada depuis plusieurs années" ou "a représenté Leucadia National Corporation au Canada pendant plusieurs années" ; que, toutefois, par la seconde phrase, l'arbitre affirme sans ambiguïté que ce cabinet ne dispense pas actuellement de conseils à Leucadia ; qu'il apparaît en réalité, des informations publiées par le cabinet Fasken Martineau sur son site internet le 15 décembre 2010, et reprises par Lexpert, magazine d'affaires destiné aux avocats en janvier 2011, que le 15 décembre 2010 Leucadia a finalisé la vente de sa participation dans la mine de cuivre Cobre Las Cruces à Inmet Mining pour environ 575 millions USD, et qu'une équipe de Fasken Martineau, qui comprenait Stephen Y... et Aaron Z... (droit des sociétés, valeurs mobilières) et Christopher A... (fiscalité), l'a assistée dans cette opération engagée depuis 2005 ; que, d'une part, si des informations publiques et très aisément accessibles, que les parties ne pouvaient manquer de consulter avant le début de l'arbitrage, sont de nature à caractériser la notoriété d'un conflit d'intérêts, en revanche, il ne saurait être raisonnablement exigé, ni que les parties se livrent à un dépouillement systématique des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées, ni qu'elles poursuivent leurs recherches après le début de l'instance arbitrale ; qu'en l'espèce, à la date où l'opération Cobre de las Cruces a été rendue publique, les débats devant M. X... étaient clos depuis août 2010 et l'affaire mise en délibéré ; que les faits litigieux n'étaient donc pas notoires lors de la constitution du tribunal arbitral ; que, d'autre part, à supposer même que le montant des honoraires perçus par le cabinet Fasken Martineau à l'occasion de l'opération Cobre de las Cruces ait été modeste, l'ampleur de la transaction elle-même, le nombre d'avocats mobilisés, ainsi que la publicité que le cabinet a entendu donner à sa contribution manifestaient l'importance qu'il attachait à cette affaire ; qu'il apparaît donc que, contrairement à ce que laissait entendre la déclaration d'indépendance de M. X..., alors que l'instance arbitrale était en cours, trois avocats du cabinet Fasken Martineau prêtaient leur concours à Leucadia dans une opération que le cabinet regardait comme un enjeu de communication ; que de telles circonstances, qui étaient ignorées d'AGI lors de la désignation de M. X..., étaient de nature à faire naître dans l'esprit de cette partie un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; qu'il convient dès lors d'annuler la sentence en raison de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral » (arrêt, p. 5 et 6) ;

Alors que les dispositions de l'article 1456 du code de procédure civile telles qu'issues du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 s'appliquent lorsque le tribunal a été constitué postérieurement au 1er mai 2011 ; qu'après avoir constaté que l'arbitre avait accepté sa mission le 15 septembre 2009 et que la sentence partielle avait été rendue le 27 mars 2011, de telle sorte que la constitution du tribunal arbitral était antérieure au 1er mai 2011 et que l'article 1456 issu du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 était inapplicable, la cour d'appel, qui s'est néanmoins fondée ce texte, l'a violé, par fausse application, ainsi que l'article 3-2° du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, ensemble l'article 2 du code civil ;

Alors, subsidiairement, d'une part, que peut entraîner l'annulation de la sentence le manquement de l'arbitre à son obligation de révélation lorsque les éléments tus sont de nature à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable quant à son indépendance et ainsi à son impartialité ; que la recherche concrète de l'existence d'une incidence raisonnable sur l'impartialité de l'arbitre s'impose d'autant que les liens d'intérêts allégués ne mettent en relation directe ni l'arbitre, ni l'une des parties, mais la structure dans laquelle le premier exerce et une société du groupe auquel appartient l'une des parties à l'arbitrage ; qu'en se bornant à relever que faute d'avoir révélé que 3 avocats appartenant au bureau de Toronto du cabinet international Fasken Martineau sur les 770 avocats répartis au Canada, en Europe et en Afrique du Sud que comprend ce cabinet, avaient participé à une opération de vente d'une participation dans une entreprise minière canadienne dans l'intérêt d'une société dont dépendait l'un des cédants, la société Caribbean Fiber, M. X..., associé du bureau de Vancouver du cabinet Fasken Martineau avait pu faire naître un doute raisonnable quant à son indépendance et son impartialité dans l'esprit de la société AGI dans le cadre du rachat

de sa participation dans une société de construction et d'exploitation d'un réseau de câbles sous-marins de télécommunications aux Caraïbes, sans expliquer en quoi et de quelle manière ces éléments pouvaient concrètement affecter le jugement de l'arbitre pour faire naître une tel doute, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520-2° du code de procédure civile ;

Alors, plus subsidiairement, en outre, que peuvent entraîner l'annulation de la sentence les éléments de nature à provoquer dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; que la cour d'appel a relevé que la société AGI savait, à la suite de la déclaration de l'arbitre X... du 10 septembre 2009, que la société Leucadia était cliente du cabinet Fasken Martineau et notamment au Canada ; que dès lors, en l'absence d'opposition de la société AGI à la suite de cette révélation par l'arbitre X..., dont il résultait que la clientèle de la société Leucadia n'avait pas fait naître de doute sur l'indépendance de l'arbitre, la cour d'appel ne pouvait se borner, pour annuler la sentence, à relever que cette société avait de nouveau été assistée par un autre bureau du cabinet Fasken Martineau pour une cession de participation sans aucun lien avec le litige devant le tribunal arbitral, sans expliquer en quoi l'opération pour laquelle cette assistance avait été requise pouvait affecter l'indépendance de l'arbitre et, partant, son impartialité, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article 1520-2° du code de procédure civile ;

Alors, plus subsidiairement, encore, qu' à supposer qu'à défaut d'enjeu économique, « l'enjeu de communication » d'une opération à laquelle interviennent des avocats de la structure à laquelle l'arbitre appartient, puisse affecter l'indépendance d'un arbitre et ainsi faire naître un doute raisonnable, dans l'esprit des parties, sur son impartialité, il appartient alors au juge de l'annulation de préciser concrètement en quoi un tel enjeu est susceptible d'affecter l'indépendance de l'arbitre, quand le doute raisonnable ne peut résulter de la personne des parties à l'opération, dont les relations avec le cabinet de l'arbitre sont connues et acceptées par les parties à l'arbitrage, ni de l'opération-même, sans lien avec le litige soumis à l'arbitre ; qu'en retenant, pour annuler la sentence, que trois avocats du cabinet Fasken Martineau prêtaient leur concours à Leucadia dans une opération que le cabinet regardait comme un « enjeu de communication », sans préciser en quoi, indépendamment de la participation à cette opération de la société Leucadia, cliente de ce cabinet connue en tant que telle des parties à l'arbitrage, l'indépendance de l'arbitre aurait pu se trouver affectée par une opération de vente sans lien avec le litige soumis à l'arbitrage dans laquelle la société Leucadia était assistée par les avocats d'un autre bureau du cabinet Fasken Martineau, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520-2° du code de procédure civile ;

Alors, subsidiairement, d'autre part, que peut entraîner l'annulation de la sentence le manquement de l'arbitre à son obligation de révélation lorsque les éléments tus sont de nature à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable quant à son indépendance et son impartialité ; que l'arbitre n'est débiteur que d'une obligation de moyens de se renseigner pour informer les parties des éléments de nature à leur permettre d'exercer utilement, le cas échéant, leur droit de récusation ; qu'en se déterminant ainsi, après avoir relevé que l'arbitre proposé par la société AGI avait spontanément déclaré, avant même d'être nommé, qu'un autre bureau de son cabinet avait assisté la société Leucadia pendant plusieurs années, révélant ainsi la clientèle que représentait cette dernière pour le cabinet Fasken Martineau, de sorte ne pouvait lui être imputé un manquement à son obligation de transparence faute d'avoir satisfait à son obligation de révélation, la cour d'appel a violé l'article 1520-2° du code de procédure civile ;

Alors, subsidiairement, enfin, que peut entraîner l'annulation de la sentence le manquement de l'arbitre à son obligation de révélation lorsque les éléments tus sont de nature à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable quant à son indépendance et son impartialité ; que le jugement de l'arbitre qui, n'ayant de lien direct avec aucune des parties et n'étant débiteur de ce fait que d'une obligation de s'informer de moyens, ne peut être affecté par une circonstance qu'il ignore ainsi légitimement ; qu'après avoir relevé que l'arbitre, après avoir loyalement effectué une recherche de conflits et déclaré à son terme qu'il portait à la connaissance des parties que la société Leucadia était une cliente de son cabinet depuis plusieurs années, au travers d'un autre bureau que le sien, mais que « selon lui » son cabinet n'avait pas d'affaire en cours avec cette société, ce dont il résultait qu'il ignorait que cette dernière était assistée pour la cession d'une participation dans une entreprise minière et que son jugement ne pouvait se trouver affecté par une circonstance qu'il ignorait, la cour d'appel, qui a néanmoins estimé que l'assistance de la société Leucadia, membre du même groupe de sociétés que l'une des parties à l'instance arbitrale, par des avocats d'un autre bureau que l'arbitre, pendant cette instance était de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, a violé l'article 1520-2° du code de procédure civile.

ECLI:FR:CCASS:2015:C101433

Analyse

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 14 octobre 2014

Doc. num. 78

- Accessibility
- Email alerts
- RSS feeds
- Contact us

www.parliament.uk

Search

- Home
- Parliamentary business
- MPs, Lords & offices
- About Parliament
- Get involved
- Visiting
- Education

- House of Commons
- House of Lords
- What's on
- Bills & legislation
- Committees
- Publications & records
- Parliament TV
- News
- Topics

You are here: Parliament home page > Parliamentary business > Publications and Records > Lords Publications > Judgment Index > Judgment

HOUSE OF LORDS

Session 1998-99

Publications on the Internet

Judgments

House of Lords

Judgment - In Re Pinochet

HOUSE OF LORDS

Lord Browne-Wilkinson Lord Goff of Chieveley
Lord Nolan Lord Hope of Craighead Lord Hutton

OPINIONS OF THE LORDS OF APPEAL FOR JUDGMENT IN THE CAUSE

IN RE PINOCHET

Oral Judgment: 17 December 1998
Reasons: 15 January 1999

LORD BROWNE-WILKINSON

My Lords,

Introduction

This petition has been brought by Senator Pinochet to set aside an order made by your Lordships on 25 November 1998. It is said that the links between one of the members of the Appellate Committee who heard the appeal, Lord Hoffmann, and Amnesty International ("AI") were such as to give the appearance that he might have been biased against Senator Pinochet. On 17 December 1998 your Lordships set aside the order of 25 November 1998 for reasons to be given later. These are the reasons that led me to that conclusion.

Background facts

Senator Pinochet was the Head of State of Chile from 11 September 1973 until 11 March 1990. It is alleged that during that period there took place in Chile various crimes against humanity (torture, hostage taking and murder) for which he was knowingly responsible.

In October 1998 Senator Pinochet was in this country receiving medical treatment. In October and November 1998 the judicial authorities in Spain issued international warrants for his arrest to enable his extradition to Spain to face trial for those alleged offences. The Spanish Supreme Court has held that the courts of Spain have jurisdiction to try him. Pursuant to those international warrants, on 16 and 23 October 1998 Metropolitan Stipendiary Magistrates issued two provisional warrants for his arrest under section 8(1)(*b*) of the Extradition Act 1989. Senator Pinochet was arrested. He immediately applied to the Queen's Bench Divisional Court to quash the warrants. The warrant of 16 October was quashed and nothing further turns on that warrant. The second warrant of 23 October 1998 was quashed by an order of the Divisional Court of the Queen's Bench Division (Lord Bingham of Cornhill C.J., Collins and Richards JJ.) However, the quashing of the second warrant was stayed to enable an appeal to be taken to your Lordships' House on the question certified by the Divisional Court as to "the proper interpretation and scope of the immunity enjoyed by a former Head of State from arrest and extradition proceedings in the United Kingdom in respect of acts committed while he was Head of State."

As that question indicates, the principle point at issue in the main proceedings in both the Divisional Court and this House was as to the immunity, if any, enjoyed by Senator Pinochet as a *past* Head of State in respect of the crimes against humanity for which his extradition was sought. The Crown Prosecution Service (which is conducting the proceedings on behalf of the Spanish Government) while accepting that a foreign Head of State would, during his tenure of office, be immune from arrest or trial in respect of the matters alleged, contends that once he ceased to be Head of State his immunity for crimes against humanity also ceased and he can be arrested and prosecuted for such crimes committed during the period he was Head of State. On the other side, Senator Pinochet contends that his immunity in respect of acts done whilst he was Head of State persists even after he has ceased to be Head of State. The position therefore is that if the view of the CPS (on behalf of the Spanish Government) prevails, it was lawful to arrest Senator Pinochet in October and (subject to any other valid objections and the completion of the extradition process) it will be lawful for the Secretary of State in his discretion to extradite Senator Pinochet to Spain to stand trial for the alleged crimes. If, on the other hand, the contentions of Senator Pinochet are correct, he has at all times been and still is immune from arrest in this country for the alleged crimes. He could never be extradited for those crimes to Spain or any other country. He would have to be immediately released and allowed to return to Chile as he wishes to do.

The court proceedings.

The Divisional Court having unanimously quashed the provisional warrant of 23 October on the ground that Senator Pinochet was entitled to immunity, he was thereupon free to return to Chile subject only to the stay to permit the appeal to your Lordships' House. The matter proceeded to your Lordships' House with great speed. It was heard on 4, 5 and 9-12 November 1998 by a committee consisting of Lord Slynn of Hadley, Lord Lloyd of Berwick, Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn and Lord Hoffmann. However, before the main hearing of the appeal, there was an interlocutory decision of the greatest importance for the purposes of the present application. Amnesty International ("AI"), two other human rights bodies and three individuals petitioned for leave to intervene in the appeal. Such leave was granted by a committee consisting of Lord Slynn, Lord Nicholls and Lord Steyn subject to any protest being made by other parties at the start of the main hearing. No such protest having been made AI accordingly became an intervener in the appeal. At the hearing of the appeal AI not only put in written submissions but was also represented by counsel, Professor Brownlie Q.C., Michael Fordham, Owen Davies and Frances Webber. Professor Brownlie addressed the committee on behalf of AI supporting the appeal.

The hearing of this case, both before the Divisional Court and in your Lordships' House, produced an unprecedent degree of public interest not only in this country but worldwide. The case raises fundamental issues of public international law and their interaction with the domestic law of this country. The conduct of Senator Pinochet and his regime have been highly contentious and emotive matters. There are many Chileans and supporters of human rights who have no doubt as to his guilt and are anxious to bring him to trial somewhere in the world. There are many others who are his supporters and believe that he was the saviour of Chile. Yet a third group believe that, whatever the truth of the matter, it is a matter for Chile to sort out internally and not for third parties to interfere in the delicate balance of contemporary Chilean politics by seeking to try him outside Chile.

This wide public interest was reflected in the very large number attending the hearings before the Appellate Committee including representatives of the world press. The Palace of Westminster was picketed throughout. The announcement of the final result gave rise to worldwide reactions. In the eyes of very many people the issue was not a mere legal issue but whether or not Senator Pinochet was to stand trial and therefore, so it was thought, the cause of human rights triumph. Although the members of the Appellate Committee were in no doubt as to their function, the issue for many people was one of moral, not legal, right or wrong.

The decision and afterwards.

Judgment in your Lordships' House was given on 25 November 1998. The appeal was allowed by a majority of three to two and your Lordships' House restored the second warrant of 23 October 1998. Of the majority, Lord Nicholls and Lord Steyn each delivered speeches holding that Senator Pinochet was not entitled to immunity: Lord Hoffmann agreed with their speeches but did not give separate reasons for allowing the appeal. Lord Slynn and Lord Lloyd each gave separate speeches setting out the reasons for their dissent.

As a result of this decision, Senator Pinochet was required to remain in this country to await the decision of the Home Secretary whether to authorise the continuation of the proceedings for his extradition under section 7(1) of the Extradition Act 1989. The Home Secretary had until the 11 December 1998 to make that decision, but he required anyone wishing to make representations on the point to do so by the 30 November 1998.

The link between Lord Hoffmann and AI

It appears that neither Senator Pinochet nor (save to a very limited extent) his legal advisers were aware of any connection between Lord Hoffmann and AI until after the judgment was given on 25 November. Two members of the legal team recalled that they had heard rumours that Lord Hoffmann's wife was connected with AI in some way. During the Newsnight programme on television on 25 November, an allegation to that effect was made by a speaker in Chile. On that limited information the representations made on Senator Pinochet's behalf to the Home Secretary on 30 November drew attention to Lady Hoffmann's position and contained a detailed consideration of the relevant law of bias.

It then read:

"It is submitted therefore that the Secretary of State should not have

any regard to the decision of Lord Hoffmann. The authorities make it plain that this is the appropriate approach to a decision that is affected by bias. Since the bias was in the House of Lords, the Secretary of State represents the senator's only domestic protection. Absent domestic protection the senator will have to invoke the jurisdiction of the European Court of Human Rights."

After the representations had been made to the Home Office, Senator Pinochet's legal advisers received a letter dated 1 December 1998 from the solicitors acting for AI written in response to a request for information as to Lord Hoffmann's links. The letter of 1 December, so far as relevant, reads as follows:

"Further to our letter of 27 November, we are informed by our clients, Amnesty International, that Lady Hoffmann has been working at their International Secretariat since 1977. She has always been employed in administrative positions, primarily in their department dealing with press and publications. She moved to her present position of Programme Assistant to the Director of the Media and Audio Visual Programme when this position was established in 1994.

"Lady Hoffmann provides administrative support to the Programme, including some receptionist duties. She has not been consulted or otherwise involved in any substantive discussions or decisions by Amnesty International, including in relation to the Pinochet case."

On 7 December a man anonymously telephoned Senator Pinochet's solicitors alleging that Lord Hoffmann was a Director of the Amnesty International Charitable Trust. That allegation was repeated in a newspaper report on 8 December. Senator Pinochet's solicitors informed the Home Secretary of these allegations. On 8 December they received a letter from the solicitors acting for AI dated 7 December which reads, so far as relevant, as follows:

"On further consideration, our client, Amnesty International have instructed us that after contacting Lord Hoffmann over the weekend both he and they believe that the following information about his connection with Amnesty International's charitable work should be provided to you.

"Lord Hoffmann is a Director and Chairperson of Amnesty International Charity Limited (AICL), a registered charity incorporated on 7 April 1986 to undertake those aspects of the work of Amnesty International Limited (AIL) which are charitable under UK law. AICL files reports with Companies' House and the Charity Commissioners as required by UK law. AICL funds a proportion of the charitable activities undertaken independently by AIL. AIL's board is composed of Amnesty International's Secretary General and two Deputy Secretaries General.

"Since 1990 Lord Hoffmann and Peter Duffy Q.C. have been the two Directors of AICL. They are neither employed nor remunerated by either AICL or AIL. They have not been consulted and have not had any other role in Amnesty International's interventions in the case of Pinochet. Lord Hoffmann is not a member of Amnesty International.

"In addition, in 1997 Lord Hoffmann helped in the organisation of a fund raising appeal for a new building for Amnesty International UK. He helped organise this appeal together with other senior legal figures, including the Lord Chief Justice, Lord Bingham. In February your firm

> contributed £1,000 to this appeal. You should also note that in 1982 Lord Hoffmann, when practising at the Bar, appeared in the Chancery Division for Amnesty International UK."

Further information relating to AICL and its relationship with Lord Hoffmann and AI is given below. Mr. Alun Jones Q.C. for the CPS does not contend that either Senator Pinochet or his legal advisors had any knowledge of Lord Hoffmann's position as a Director of AICL until receipt of that letter.

Senator Pinochet's solicitors informed the Home Secretary of the contents of the letter dated 7 December. The Home Secretary signed the Authority to Proceed on 9 December 1998. He also gave reasons for his decision, attaching no weight to the allegations of bias or apparent bias made by Senator Pinochet.

On 10 December 1998, Senator Pinochet lodged the present petition asking that the order of 25 November 1998 should either be set aside completely or the opinion of Lord Hoffmann should be declared to be of no effect. The sole ground relied upon was that Lord Hoffmann's links with AI were such as to give the appearance of possible bias. It is important to stress that Senator Pinochet makes no allegation of *actual bias* against Lord Hoffmann; his claim is based on the requirement that justice should be seen to be done as well as actually being done. There is no allegation that any other member of the Committee has fallen short in the performance of his judicial duties.

Amnesty International and its constituent parts

Before considering the arguments advanced before your Lordships, it is necessary to give some detail of the organisation of AI and its subsidiary and constituent bodies. Most of the information which follows is derived from the Directors' Reports and Notes to the Accounts of AICL which have been put in evidence.

AI itself is an unincorporated, non profit making organisation founded in 1961 with the object of securing throughout the world the observance of the provisions of the Universal Declaration of Human Rights in regard to prisoners of conscience. It is regulated by a document known as the Statute of Amnesty International. AI consists of sections in different countries throughout the world and its International Headquarters in London. Delegates of the Sections meet periodically at the International Council Meetings to co-ordinate their activities and to elect an International Executive Committee to implement the Council's decisions. The International Headquarters in London is responsible to the International Executive Committee. It is funded principally by the Sections for the purpose of furthering the work of AI on a worldwide basis and to assist the work of Sections in specific countries as necessary. The work of the International Headquarters is undertaken through two United Kingdom registered companies Amnesty International Limited ("AIL") and Amnesty International Charity Limited ("AICL").

AIL is an English limited company incorporated to assist in furthering the objectives of AI and to carry out the aspects of the work of the International Headquarters which are not charitable.

AICL is a company limited by guarantee and also a registered charity. In *McGovern v. Attorney-General* [1982] Ch. 321, Slade J. held that a trust established by AI to promote certain of its objects was not charitable because it was established for political purposes; however the judge indicated that a trust for research into the observance of human rights and the dissemination of the results of such research could be charitable. It appears that AICL was incorporated on 7 April 1986 to carry out such of the purposes of AI as were charitable. Clause 3 of the Memorandum of Association of AICL provides:

> "Having regard to the Statute for the time being of Amnesty International, the objects for which the Company is established are:
>
> (a) To promote research into the maintenance and observance of human rights and to publish the results of such research.
>
> (b) To provide relief to needy victims of breaches of human rights by appropriate charitable (and in particular medical, rehabilitational or financial) assistance.
>
> (c) To procure the abolition of torture, extra judicial execution and disappearance. . . ."

Under Article 3(a) of AICL the members of the Company are all the elected members for the time being of the International Executive Committee of Amnesty International and nobody else. The Directors are appointed by and removable by the members in general meetings. Since 8 December 1990 Lord Hoffmann and Mr. Duffy Q.C. have been the sole Directors, Lord Hoffmann at some stage becoming the Chairperson.

There are complicated arrangements between the International Headquarters of AI, AICL and AIL as to the discharge of their respective functions. From the reports of the Directors and the notes to the annual accounts, it appears that, although the system has changed slightly from time to time, the current system is as follows. The International Headquarters of AI are in London and the premises are, at least in part, shared with AICL and AIL. The conduct of AI's International Headquarters is (subject to the direction of the International Executive Committee) in the hands of AIL. AICL commissions AIL to undertake charitable activities of the kind which fall within the objects of AI. The Directors of AICL then resolve to expend the sums that they have received from AI Sections or elsewhere in funding such charitable work as AIL performs. AIL then reports retrospectively to AICL as to the monies expended and AICL votes sums to AIL for such part of AIL's work as can properly be regarded as charitable. It was confirmed in the course of argument that certain work done by AIL would therefore be treated as in part done by AIL on its own behalf and in part on behalf of AICL.

I can give one example of the close interaction between the functions of AICL and AI. The report of the Directors of AICL for the year ended 31 December 1993 records that AICL commissioned AIL to carry out charitable activities on its behalf and records as being included in the work of AICL certain research publications. One such publication related to Chile and referred to a report issued as an AI report in 1993. Such 1993 reports covers not only the occurrence and nature of breaches of human rights within Chile, but also the progress of cases being brought against those alleged to have infringed human rights by torture and otherwise in the courts of Chile. It records that "no one was convicted during the year for past human rights violations. The military courts continued to claim jurisdiction over human rights cases in civilian courts and to close cases covered by the 1978 Amnesty law." It also records "Amnesty International continued to call for full investigation into human rights violations and for those responsible to be brought to justice. The organisation also continued to call for the abolition of the death penalty." Again, the report stated that "Amnesty International included references to its concerns about past human rights violations against indigenous peoples in Chile and the lack of accountability of those responsible." Therefore AICL was involved in the reports of AI urging the punishment of those guilty in Chile for past breaches of human rights and also referring to such work as being part of the work that it supported.

The Directors of AICL do not receive any remuneration. Nor do they take any part in the policy-making activities of AI. Lord Hoffmann is not a member of AI or of any other body connected with AI.

In addition to the AI related bodies that I have mentioned, there are other organisations which are not directly relevant to the present case. However, I should mention another charitable company connected with AI and mentioned in the papers, namely,

"Amnesty International U.K. Section Charitable Trust" registered as a company under number 3139939 and as a charity under 1051681. That was a company incorporated in 1995 and, so far as I can see, has nothing directly to do with the present case.

The parties' submissions

Miss Montgomery Q.C. in her very persuasive submissions on behalf of Senator Pinochet contended:

1. That, although there was no exact precedent, your Lordships' House must have jurisdiction to set aside its own orders where they have been improperly made, since there is no other court which could correct such impropriety.

2. That (applying the test in *Reg. v. Gough* [1993] A.C. 646) the links between Lord Hoffmann and AI were such that there was a real danger that Lord Hoffmann was biased in favour of AI or alternatively (applying the test in *Webb v. The Queen* (1994) 181 C.L.R. 41) that such links give rise to a reasonable apprehension or suspicion on the part of a fair minded and informed member of the public that Lord Hoffmann might have been so biased.

On the other side, Mr. Alun Jones Q.C. accepted that your Lordships had power to revoke an earlier order of this House but contended that there was no case for such revocation here. The applicable test of bias, he submitted, was that recently laid down by your Lordships in *Reg. v. Gough* and it was impossible to say that there was a real danger that Lord Hoffmann had been biased against Senator Pinochet. He further submitted that, by relying on the allegations of bias in making submissions to the Home Secretary, Senator Pinochet had elected to adopt the Home Secretary as the correct tribunal to adjudicate on the issue of apparent bias. He had thereby waived his right to complain before your Lordships of such bias. Expressed in other words, he was submitting that the petition was an abuse of process by Senator Pinochet. Mr. Duffy Q.C. for AI (but not for AICL) supported the case put forward by Mr. Alun Jones.

Conclusions

1. *Jurisdiction*

As I have said, the respondents to the petition do not dispute that your Lordships have jurisdiction in appropriate cases to rescind or vary an earlier order of this House. In my judgment, that concession was rightly made both in principle and on authority.

In principle it must be that your Lordships, as the ultimate court of appeal, have power to correct any injustice caused by an earlier order of this House. There is no relevant statutory limitation on the jurisdiction of the House in this regard and therefore its inherent jurisdiction remains unfettered. In *Cassell & Co. Ltd. v. Broome (No. 2)* [1972] A.C. 1136 your Lordships varied an order for costs already made by the House in circumstances where the parties had not had a fair opportunity to address argument on the point.

However, it should be made clear that the House will not reopen any appeal save in circumstances where, through no fault of a party, he or she has been subjected to an unfair procedure. Where an order has been made by the House in a particular case there can be no question of that decision being varied or rescinded by a later order made in the same case just because it is thought that the first order is wrong.

2. *Apparent bias*

As I have said, Senator Pinochet does not allege that Lord Hoffmann was in fact biased. The contention is that there was a real danger or reasonable apprehension or suspicion that Lord Hoffmann might have been biased, that is to say, it is alleged that there is an appearance of bias not actual bias.

The fundamental principle is that a man may not be a judge in his own cause. This principle, as developed by the courts, has two very similar but not identical implications. First it may be applied literally: if a judge is in fact a party to the litigation or has a financial or proprietary interest in its outcome then he is indeed sitting as a judge in his own cause. In that case, the mere fact that he is a party to the action or has a financial or proprietary interest in its outcome is sufficient to cause his automatic disqualification. The second application of the principle is where a judge is not a party to the suit and does not have a financial interest in its outcome, but in some other way his conduct or behaviour may give rise to a suspicion that he is not impartial, for example because of his friendship with a party. This second type of case is not strictly speaking an application of the principle that a man must not be judge in his own cause, since the judge will not normally be himself benefiting, but providing a benefit for another by failing to be impartial.

In my judgment, this case falls within the first category of case, viz where the judge is disqualified because he is a judge in his own cause. In such a case, once it is shown that the judge is himself a party to the cause, or has a relevant interest in its subject matter, he is disqualified without any investigation into whether there was a likelihood or suspicion of bias. The mere fact of his interest is sufficient to disqualify him unless he has made sufficient disclosure: see Shetreet, *Judges on Trial*, (1976), p. 303; *De Smith, Woolf & Jowel, Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. (1995), p. 525. I will call this "automatic disqualification."

In *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal* (1852) 3 H.L. Cas. 759, the then Lord Chancellor, Lord Cottenham, owned a substantial shareholding in the defendant canal which was an incorporated body. In the action the Lord Chancellor sat on appeal from the Vice-Chancellor, whose judgment in favour of the company he affirmed. There was an appeal to your Lordships' House on the grounds that the Lord Chancellor was disqualified. Their Lordships consulted the judges who advised that Lord Cottenham was disqualified from sitting as a judge in the cause because he had an interest in the suit: at p. 786. This advice was unanimously accepted by their Lordships. There was no inquiry by the court as to whether a reasonable man would consider Lord Cottenham to be biased and no inquiry as to the circumstances which led to Lord Cottenham sitting. Lord Campbell said, at p. 793:

> "No one can suppose that Lord Cottenham could be, in the remotest degree, influenced by the interest he had in this concern; but, my Lords, it is of the last importance that the maxim that no man is to be a judge in his own cause should be held sacred. And that is not to be confined to a cause *in which he is a party*, but applies to a cause in which he has an interest." (Emphasis added)

On occasion, this proposition is elided so as to omit all references to the disqualification of a judge who is a party to the suit: see, for example, *Reg. v. Rand* (1866) L.R. 1 Q.B. 230; *Reg. v. Gough* at p. 661. This does not mean that a judge who is a party to a suit is not disqualified just because the suit does not involve a financial interest. The authorities cited in the *Dimes* case show how the principle developed. The starting-point was the case in which a judge was indeed purporting to decide a case in which he was a party. This was held to be absolutely prohibited. That absolute prohibition was then extended to cases where, although not nominally a party, the judge had an interest in the outcome.

The importance of this point in the present case is this. Neither AI, nor AICL, have any financial interest in the outcome of this litigation. We are here confronted, as was Lord Hoffmann, with a novel situation where the outcome of the litigation did not lead to financial benefit to anyone. The interest of AI in the litigation was not financial; it was its interest in achieving the trial and possible conviction of Senator Pinochet for crimes against humanity.

By seeking to intervene in this appeal and being allowed so to intervene, in practice AI became a party to the appeal. Therefore if, in the circumstances, it is right to treat Lord Hoffmann as being the alter ego of AI and therefore a judge in his own cause, then he must have been automatically disqualified on the grounds that he was a party to the appeal. Alternatively, even if it be not right to say that Lord Hoffmann was a party to the appeal as such, the question then arises whether, in non financial litigation, anything other than a financial or proprietary interest in the outcome is sufficient automatically to disqualify a man from sitting as judge in the cause.

Are the facts such as to require Lord Hoffmann to be treated as being himself a party to this appeal? The facts are striking and unusual. One of the parties to the appeal is an unincorporated association, AI. One of the constituent parts of that unincorporated association is AICL. AICL was established, for tax purposes, to carry out part of the functions of AI--those parts which were charitable--which had previously been carried on either by AI itself or by AIL. Lord Hoffmann is a Director and chairman of AICL which is wholly controlled by AI, since its members, (who ultimately control it) are all the members of the International Executive Committee of AI. A large part of the work of AI is, as a matter of strict law, carried on by AICL which instructs AIL to do the work on its behalf. In reality, AI, AICL and AIL are a close-knit group carrying on the work of AI.

However, close as these links are, I do not think it would be right to identify Lord Hoffmann personally as being a party to the appeal. He is closely linked to AI but he is not in fact AI. Although this is an area in which legal technicality is particularly to be avoided, it cannot be ignored that Lord Hoffmann took no part in running AI. Lord Hoffmann, AICL and the Executive Committee of AI are in law separate people.

Then is this a case in which it can be said that Lord Hoffmann had an "interest" which must lead to his automatic disqualification? Hitherto only pecuniary and proprietary interests have led to automatic disqualification. But, as I have indicated, this litigation is most unusual. It is not civil litigation but criminal litigation. Most unusually, by allowing AI to intervene, there is a party to a criminal cause or matter who is neither prosecutor nor accused. That party, AI, shares with the Government of Spain and the CPS, not a financial interest but an interest to establish that there is no immunity for ex-Heads of State in relation to crimes against humanity. The interest of these parties is to procure Senator Pinochet's extradition and trial--a non-pecuniary interest. So far as AICL is concerned, clause 3(c) of its Memorandum provides that one of its objects is "to procure the abolition of torture, extra-judicial execution and disappearance". AI has, amongst other objects, the same objects. Although AICL, as a charity, cannot campaign to change the law, it is concerned by other means to procure the abolition of these crimes against humanity. In my opinion, therefore, AICL plainly had a non-pecuniary interest, to establish that Senator Pinochet was not immune.

That being the case, the question is whether in the very unusual circumstances of this case a non-pecuniary interest to achieve a particular result is sufficient to give rise to automatic disqualification and, if so, whether the fact that AICL had such an interest necessarily leads to the conclusion that Lord Hoffmann, as a Director of AICL, was automatically disqualified from sitting on the appeal? My Lords, in my judgment, although the cases have all dealt with automatic disqualification on the grounds of pecuniary interest, there is no good reason in principle for so limiting automatic disqualification. The rationale of the whole rule is that a man cannot be a judge in his own cause. In civil litigation the matters in issue will normally have an economic impact; therefore a judge is automatically disqualified if he stands to make a financial gain as a consequence of his own decision of the case. But if, as in the present case, the matter at issue does not relate to money or economic advantage but is concerned with the promotion of the cause, the rationale disqualifying a judge applies just as much if the judge's decision will lead to the promotion of a cause in which the judge is involved together with one of the parties. Thus in my opinion if Lord Hoffmann had been a member of AI he would have been automatically disqualified because of his non-pecuniary interest in establishing that Senator Pinochet was not entitled to immunity. Indeed, so much I understood to have been conceded by Mr. Duffy.

Can it make any difference that, instead of being a direct member of AI, Lord Hoffmann is a Director of AICL, that is of a company which is wholly controlled by AI and is carrying on much of its work? Surely not. The substance of the matter is that AI, AIL and AICL are all various parts of an entity or movement working in different fields towards the same goals. If the absolute impartiality of the judiciary is to be maintained, there must be a rule which automatically disqualifies a judge who is involved, whether personally or as a Director of a company, in promoting the same causes in the same organisation as is a party to the suit. There is no room for fine distinctions if Lord Hewart's famous dictum is to be observed: it is "of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done." (see *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] K.B. 256, 259)

Since, in my judgment, the relationship between AI, AICL and Lord Hoffmann leads to the automatic disqualification of Lord Hoffmann to sit on the hearing of the appeal, it is unnecessary to consider the other factors which were relied on by Miss Montgomery, viz. the position of Lady Hoffmann as an employee of AI and the fact that Lord Hoffmann was involved in the recent appeal for funds for Amnesty. Those factors might have been relevant if Senator Pinochet had been required to show a real danger or reasonable suspicion of bias. But since the disqualification is automatic and does not depend in any way on an implication of bias, it is unnecessary to consider these factors. I do, however, wish to make it clear (if I have not already done so) that my decision is not that Lord Hoffmann has been guilty of bias of any kind: he was disqualified as a matter of law automatically by reason of his Directorship of AICL, a company controlled by a party, AI.

For the same reason, it is unnecessary to determine whether the test of apparent bias laid down in *Reg. v. Gough* ("is there in the view of the Court a real danger that the judge was biased?") needs to be reviewed in the light of subsequent decisions. Decisions in Canada, Australia and New Zealand have either refused to apply the test in *Reg. v. Gough*, or modified it so as to make the relevant test the question whether the events in question give rise to a reasonable apprehension or suspicion on the part of a fair-minded and informed member of the public that the judge was not impartial: see, for example, the High Court of Australia in *Webb v. The Queen*. It has also been suggested that the test in *Reg. v. Gough* in some way impinges on the requirement of Lord Hewart's dictum that justice should appear to be done: see *Reg. v. Inner West London Coroner, Ex Parte Dallaglio* [1994] 4 All E.R. 139 at page 152 A to B. Since such a review is unnecessary for the determination of the present case, I prefer to express no view on it.

It is important not to overstate what is being decided. It was suggested in argument that a decision setting aside the order of 25 November 1998 would lead to a position where judges would be unable to sit on cases involving charities in whose work they are involved. It is suggested that, because of such involvement, a judge would be disqualified. That is not correct. The facts of this present case are exceptional. The critical elements are (1) that AI was a party to the appeal; (2) that AI was joined in order to argue for a particular result; (3) the judge was a Director of a charity closely allied to AI and sharing, in this respect, AI's objects. Only in cases where a judge is taking an active role as trustee or Director of a charity which is closely allied to and acting with a party to the litigation should a judge normally be concerned either to recuse himself or disclose the position to the parties. However, there may well be other exceptional cases in which the judge would be well advised to disclose a possible interest.

Finally on this aspect of the case, we were asked to state in giving judgment what had been said and done within the Appellate Committee in relation to Amnesty International during the hearing leading to the Order of 25 November. As is apparent from what I have said, such matters are irrelevant to what we have to decide: in the absence of any disclosure to the parties of Lord Hoffmann's involvement with AI, such involvement either did or did not in law disqualify him regardless of what happened within the Appellate Committee. We therefore did not investigate those matters and make no findings as to them.

Election, Waiver, Abuse of Process

Mr. Alun Jones submitted that by raising with the Home Secretary the possible bias of Lord Hoffmann as a ground for not authorising the extradition to proceed, Senator Pinochet had elected to choose the Home Secretary rather than your Lordships' House as the arbiter as to whether such bias did or did not exist. Consequently, he submitted, Senator Pinochet had waived his right to petition your Lordships and, by doing so immediately after the Home Secretary had rejected the submission, was committing an abuse of the process of the House.

This submission is bound to fail on a number of different grounds, of which I need mention only two. First, Senator Pinochet would only be put to his election as between two alternative courses to adopt. I cannot see that there are two such courses in the present case, since the Home Secretary had no power in the matter. He could not set aside the order of 25 November and as long as such order stood, the Home Secretary was bound to accept it as stating the law. Secondly, all three concepts--election, waiver and abuse of process--require that the person said to have elected etc. has acted freely and in full knowledge of the facts. Not until 8 December 1998 did Senator Pinochet's solicitors know anything of Lord Hoffmann's position as a Director and Chairman of AICL. Even then they did not know anything about AICL and its constitution. To say that by hurriedly notifying the Home Secretary of the contents of the letter from AI's solicitors, Senator Pinochet had elected to pursue the point solely before the Home Secretary is unrealistic. Senator Pinochet had not yet had time to find out anything about the circumstances beyond the bare facts disclosed in the letter.

Result

It was for these reasons and the reasons given by my noble and learned friend Lord Goff of Chieveley that I reluctantly felt bound to set aside the order of 25 November 1998. It was appropriate to direct a re-hearing of the appeal before a differently constituted Committee, so that on the re-hearing the parties were not faced with a Committee four of whom had already expressed their conclusion on the points at issue.

continue

- A-Z index
- Glossary
- Contact us
- Freedom of Information
- Jobs
- Using this website
- Copyright