

PROJET DE SENTENCE PRÉPARÉ PAR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL ARBITRAL

Le 13 septembre 2006 toutes les Parties dans la procédure arbitrale ont été formellement informées du fait que

«Le Tribunal arbitral, dans sa nouvelle composition, vient de délibérer de la suite de la procédure, en tenant compte de la position et des suggestions exprimées respectivement par les Parties, dans leurs lettres du 16 août 2006. Et il est parvenu aux conclusions suivantes:

(...) 5. Enfin, le Tribunal arbitral s'est préoccupé des conséquences possibles de l'inégalité procédurale insolite résultant du fait que l'une des Parties, et non l'autre, a eu connaissance du projet de sentence préparé par le Président et destiné à une délibération qui devait avoir lieu à New York en septembre 2005. Afin de préserver les principes supérieurs de l'égalité des parties et du respect du contradictoire, le Tribunal arbitral a décidé de communiquer officiellement ledit projet aux deux Parties (annexe jointe) - à titre de document de travail - étant entendu que cette communication ne préjuge en rien l'issue du délibéré à venir. »

Ce document confidentiel est le résultat de huit ans de travail du Tribunal arbitral. Il est déposé auprès du CIRDI depuis juin 2005. Le 2 septembre suivant le Ministre de l'Économie du Chili, Sr. Rodríguez Grossi, l'Ambassadeur du Chili auprès de la Maison Blanche et l'avocat M. Jorge Carey ont affirmé avoir eu connaissance du projet de Sentence et que le Président chilien, M. Ricardo Lagos, exigeait que soit remplacé par un autre le Tribunal arbitral alors formé par le Professeur Pierre Lalive (Suisse), par le Juge M. Bedjaoui –ancien Président de la Cour Internationale de Justice, dont le siège est à La Haye, Ministre des Affaires Étrangères de l'Algérie- et par M. Galo Leoro-Franco, ancien Ministre des Affaires Étrangères de l'Equateur.

Le 13 septembre 2006 ayant été communiqué à toutes les Parties, le projet de sentence a cessé d'être confidentiel. Il est reproduit intégralement ci-après.

I. INTRODUCTION ET PROCEDURE

1. La présente instance a été introduite, le 3 novembre 1997, en application de l'Article 36 de la Convention de Washington de 1965 sur le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États, Convention ratifiée par le Chili le 24 septembre 1991 et par l'Espagne le 18 août 1994, et qui est entrée en vigueur entre ces deux États le 17 septembre 1994, et en application de l'accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la Protection et la Promotion Réciproque des Investissements du 28 mars 1994.
2. Le litige, dont les faits principaux seront exposés plus loin dans la mesure utile, oppose deux Parties demanderesses, Monsieur Victor Pey Casado et la Fondation Président Allende à une Partie défenderesse, la République du Chili, au sujet de la confiscation par le Gouvernement chilien des biens de Monsieur Victor Pey Casado et, particulièrement, des actions de la société d'édition "Consortio Publicitario y Periodístico" (C.P.P. S.A.) éditrice du journal Clarín.
3. Ledit litige a donné lieu entre les Parties à une procédure arbitrale exceptionnellement longue et complexe en deux langues, le français et l'espagnol, procédure qu'il est nécessaire d'exposer préalablement pour une bonne compréhension de la présente Décision, tout en s'efforçant de la résumer dans la mesure du possible.
4. Le 2 octobre 1997, Monsieur Pey Casado a donné son consentement à l'arbitrage CIRDI (à l'exclusion de ce qui concernait la rotative GOSS) et le 6 octobre 1997, la Fondation Président Allende a consenti à l'arbitrage (Requête, documents 10 et 2, respectivement).

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

5. Le 3 novembre 1997, les deux Parties demanderesses, soit Monsieur Pey Casado et la Fondation Président Allende ont déposé auprès du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après le Centre) une requête d'arbitrage contre la République du Chili. Cette Requête tendait à ce que

"le Centre...

reconnaisse l'introduction de la présente demande d'arbitrage avec ses cinq copies, l'identification des Parties, ainsi que la preuve de la date de leur consentement à l'arbitrage, la production de l'information requise relative aux matières formant l'objet du différend de nature juridique découlant directement de la confiscation d'un investissement étranger, accompagnés du droit d'enregistrement de la demande,

consente à en effectuer l'enregistrement, et après qu'elle ait été pleinement étayée,

- déclare illégitime et contraire au Droit International la saisie et la confiscation de l'investissement réalisé par le citoyen espagnol, Monsieur Victor Pey Casado,

- condamne la République du Chili à payer des dommages et intérêts pour un montant minimum de US\$ 500,822,969, ainsi qu'au paiement des intérêts à partir de la date de la sentence arbitrale, des honoraires et frais d'arbitrage, des honoraires professionnels,

- y adjoigne toute autre condamnation que le Centre estimerait juste et équitable." (Requête, page 10)

6. À la date du 6 novembre 1997, le Centre a accusé réception de ladite requête d'arbitrage et, conformément à l'Article 36 (1) de la Convention de Washington de 1965 sur le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États (ci-après la Convention CIRDI) a transmis une copie de la requête à la République du Chili.

7. Le 20 avril 1998, le Secrétaire général du CIRDI, en dépit de l'opposition de la République du Chili, a procédé à l'enregistrement de la requête d'arbitrage conformément à l'article 36 para (3) de la Convention CIRDI et a notifié cet enregistrement le même jour aux Parties.

8. Le 14 septembre 1998, le Tribunal arbitral était constitué, conformément à l'Article 37 de la Convention, de Monsieur le Juge Mohammed Bedjaoui, désigné par les Parties demanderesses, de M. Vitker Velásquez, désigné par la Partie défenderesse, et de Monsieur le Juge Francisco Rezek, appelé à la présidence du Tribunal, désigné par le Président du Conseil Administratif conformément à l'Article 37 de la Convention. Il y a lieu de préciser que l'Ambassadeur Galo Leoro Franco (Équateur) a été appelé le 18 novembre 1998 à remplacer l'Arbitre Vitker Velásquez précédemment désigné par la Partie défenderesse et qui avait donné sa démission le 21 octobre 1998. Conformément à l'article 25 du Règlement Administratif et Financier, M Gonzalo Flores a été nommé Secrétaire du Tribunal.

9. Le 1^{er} février 1999, la Défenderesse a communiqué au Secrétaire Général du CIRDI une lettre objectant à la compétence du Centre et du Tribunal arbitral et sollicitant ce dernier de fixer des délais pour le dépôt par les Parties des écritures relatives aux objections préliminaires à la compétence.

10. Le Tribunal a tenu sa première session avec les Parties le 2 février au siège de la Banque mondiale à Washington, D.C. Un calendrier a été fixé pour le dépôt d'écritures par les Parties.

11. Le 23 mars 1999, les Demandерesses ont déposé un Mémoire (daté du 17 mars 1999), concluant à ce que le Tribunal arbitral:

"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 C.C.P. S.A. et de E.P.C. Ltée, ainsi que la dissolution de C.P.P. S.A. et de E.P.C. 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

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

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'État 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 appelées 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."

(Mémoire de la Partie requérante, 17 mars 1999, pages 86-87).

12. Le 12 avril 1999, les Demandères ont soumis au Tribunal, suite à une demande de la Partie défenderesse, des traductions des pièces précédemment déposées, en complément de leur Mémoire.

13. Le 20 juillet 1999, la Partie défenderesse a déposé un Mémoire d'Incompétence, affirmant notamment que:

"1) Monsieur Pey Casado a la nationalité chilienne;

2) l'Accord pour la Protection et le Développement Réciproque des Investissements (A.P.P.I.) invoqué n'a pas d'effet rétroactif et ne peut donc pas s'appliquer pour résoudre des situations établies avant son entrée en vigueur;

3) Les actifs réclamés ne constituent pas un investissement étranger;

4) La Fondation "Président Allende" n'a pas soutenu les consultations amiables exigées dans ledit Accord;

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

5) Les Réclamants (Parties demanderesses) ont opté pour la juridiction chilienne en renonçant par conséquent, à la juridiction internationale; et finalement,

6) L'Etat du Chili n'a jamais donné son consentement pour que cette controverse puisse être soumise à la connaissance d'un Tribunal du CIRDI."

14. Par ces motifs, la Partie défenderesse concluait à ce que le Tribunal déclare que le différend "excède manifestement les compétences du Centre" et était hors de la juridiction de ce dernier, et qu'il n'existe pas de motif plausible justifiant la présente instance, d'où résultait notamment que les Réclamants devaient être condamnés aux dépens (Mémoire d'Incompétence du Chili, 20 juillet 1999, pages 155-156).

15. Le 13 septembre 1999, la Partie défenderesse a déposé une requête de mesures provisoires aux fins de voir garantir la solvabilité des Demanderesses pour couvrir le cas échéant les frais et dépens découlant de la procédure arbitrale.

16. Le 6 octobre 1999 les Demanderesses ont déposé leur "Réponse au Mémoire soutenant l'incompétence" (daté du 18 septembre 1999), concluant à ce que le Tribunal arbitral:

"Rejette intégralement la question de compétence soulevée par la République du Chili,

Déclare pleinement dans le champ de sa juridiction le fait de connaître et de juger le différend juridique qui lui est posé; et

Dispose la poursuite de la procédure, avec la condamnation aux frais de cet incident"

(Réponse au Mémoire soutenant l'incompétence, 1999, page 143).

17. Le 3 janvier 2000, la Partie défenderesse a déposé son Mémoire en réplique sur l'incompétence (datée du 27 décembre 1999), reprenant les

CONFIDENTIEL

PROJET 9

conclusions 1 à 6 précitées de son écriture du 20 juillet 1999, et concluant en outre à ce que:

"7) les tentatives de Monsieur Pey Casado de se dépouiller de la nationalité chilienne afin d'accéder à un Tribunal qui autrement lui aurait été interdit, ainsi que le transfert de 90% de ses prétendus droits à une fondation espagnole dans le but évident de rattacher la controverse à un élément étranger, constitue le plus clair exemple de fraude à la loi."

(Mémoire en Réplique sur l'Incompétence, page 162).

18. Dans la même écriture, la Défenderesse sollicitait le Tribunal arbitral de décliner sa compétence et déclarait en outre que le Gouvernement du Chili "*ne conteste pas qu'il doive payer une indemnisation pour les biens confisqués, raison pour laquelle il a édicté une loi spéciale. Dans le cas spécifique de la confiscation des actifs appartenant aux Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. et à la Empressa Periodística Clarín Ltda, l'État du Chili paiera l'indemnisation correspondante à ses propriétaires légitimes, conformément à une procédure qui se trouve actuellement bien avancée au bénéfice des affectés*". (idem, page 163).

19. Le 11 février 2000, les Demandéresses ont déposé une Duplique (datée du 7 février 2000) sur la Compétence, dans laquelle elles sollicitaient le Tribunal de rejeter les objections de la Défenderesse et de constater qu'il était compétent pour connaître du présent litige (Réplique à la Réponse soumise par la République du Chili, février 2000, page 35).

20. Du 3 au 5 mai 2000 le Tribunal arbitral a tenu des audiences orales sur la Compétence à Washington.

21. Le 11 avril 2001, à la suite de la démission du Juge Francisco Rezek, Président du Tribunal arbitral (survenue le 16 mars 2001 et effective dès le 13 mars), le Professeur Pierre Lalive (Suisse) a été nommé Président du Tribunal arbitral, lequel a été ainsi reconstitué dans sa composition actuelle (Monsieur le Juge M. Bedjaoui et l'Ambassadeur G. Leoro Franco demeurant en leur qualité

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

d'Arbitres désignés respectivement par les Parties) et la procédure a repris. Le Secrétaire général a désigné Madame Gabriela Alvarez Avila comme Secrétaire du Tribunal à la place de M. Flores, ce dernier ayant cessé ses fonctions au CIRDI entre-temps.

22. Le 23 avril 2001, les Demandées ont déposé une requête de mesures provisoires tendant à la suspension de la Décision ministérielle n°43 du Chili, datée du 28 avril 2000.

23. À la suite d'un échange d'écritures sur les mesures provisoires et d'une audience tenue à Genève les 29 et 30 octobre 2001 sur ce même sujet, le Tribunal arbitral a rendu, le 25 septembre 2001, sa Décision sur les mesures provisoires sollicitées respectivement par les Parties, soit celles demandées par la Partie défenderesse dans son Mémoire d'Incompétence et le 13 septembre 1999 "tendant à obtenir une garantie suffisante pour couvrir les dépens auxquelles les Parties demanderesses pourraient éventuellement être condamnées" et les mesures sollicitées par les Demandées le 23 avril 2001. Cette décision (rendue en français et en espagnol) a été publiée dans la revue du CIRDI (16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 567 (2001) pour la version en français et 16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 603 (2001) pour la version espagnole).

24. Le 26 septembre 2001, le Tribunal arbitral a rendu une Ordonnance de procédure (n°4-2001) datée du 25 septembre 2001 concernant la production de documents et l'organisation d'audiences sur la question de compétence. Les Parties ont déposé des Notes et Observations. Les Demandées ont, en outre, déposé une Requête tendant à la production de nouvelles pièces. Les 29 et 30 octobre 2001, le Tribunal a tenu une audience sur la question de la compétence, après quoi les Parties ont déposé le résumé de leur argumentation orale.

25. Le 8 mai 2002, le Tribunal arbitral, en application de l'Article 41 de la Convention CIRDI, a décidé à l'unanimité "de joindre au fond les exceptions d'incompétence soulevées par la République du Chili", réservant la suite de la procédure (Décision du 8 mai 2002, page 51).

26. Le 10 mai 2002, le Tribunal a rendu une Ordonnance de procédure (n°5-2002) établissant un calendrier pour le dépôt des écritures des Parties et fixant la date des audiences sur la compétence et le fond. Ce calendrier fut modifié par la suite par les Ordonnances de procédure n°6-2002 du 9 juillet 2002, n°8-2002 du 20 août 2002 et n°11-2002 du 12 décembre 2002.

27. Le 16 septembre 2002, les Parties demanderesses ont déposé leur Mémoire sur la compétence et le fond (daté du 11 septembre 2002), concluant à ce que le Tribunal décide notamment que :

"- L'Investissement réalisé a été conforme à l'Accord API et à la législation chilienne,

- Monsieur Pey Casado satisfait les critères de nationalité prévus par la Convention de Washington,

- la Fondation est habilitée à agir »

(Exposé complémentaire à la compétence du Tribunal arbitral D-15, page 179).

28. Confirmant leurs Conclusions précédentes du 17 mars 1999, les Demandorresses concluaient en outre à ce que la Partie défenderesse soit condamnée:

« - à indemniser en conséquence les Parties demanderesses eu égard à la totalité de leurs dommages et préjudices ainsi causés, y compris le lucrum cessans, 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 2002, sauf erreur ou omission, à USD 397,347,287 auxquels s'ajoutent les dommages moraux et non patrimoniaux infligés à Monsieur Victor Pey Casado selon l'estimation que le Tribunal jugera opportune,

- à payer aux Demandorresses des intérêts moratoires à partir de la date du 11 septembre 2002 et jusqu'à son exécution intégrale »

(Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire, du 11 septembre 2002, page 152-153).

29. Le 8 octobre 2002, la Partie défenderesse a déposé une requête tendant à ce que soient séparées les questions de responsabilité de celles des dommages et intérêts. Le Tribunal arbitral, par une Ordonnance de procédure n°9-2002 (du 3 décembre 2002) a rejeté cette Requête.

30. Le 4 novembre 2002, les Demanderesses ont déposé une Demande additionnelle "relative à la compensation des dommages découlant de la saisie par les Autorités chiliennes des presses GOSS, confisquées par le Décret Suprême n°165 du 10 février 1975, que les Parties demanderesses soumettent au Tribunal arbitral en conformité notamment de la clause de la nation la plus favorisée de l'API entre l'Espagne et le Chili, du 2 octobre 1991" [Demande complémentaire du 4 novembre 2002]

31. Le 3 février 2003, la Partie défenderesse a déposé un Contre-mémoire sur le fond et la compétence, dans lequel le Tribunal arbitral était sollicité:

"1) De rejeter l'action introduite devant le CIRDI par Monsieur Pey et la Fondation Président Allende pour défaut de compétence du Tribunal;

2) Au cas où le Tribunal se déclarerait compétent de déclarer la République du Chili non responsable et de rejeter l'action;

3) Au cas où le Tribunal se déclarerait compétent et qu'il déciderait que la République du Chili est responsable, de restreindre le montant des dommages-intérêts conformément à ce qui a été exposé dans le présent Mémoire et dans le Rapport de l'expert, Monsieur Kaczmarek, et

4) D'ordonner le paiement par les Demanderesses des frais encourus par la République du Chili dans le cadre de la présente procédure d'arbitrage (Contre-mémoire de la République du Chili, 3 février 2003, page 414)."

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

32. Le 3 mars 2003, les Demandéresses ont déposé leur Réplique sur le fond et la compétence (datée du 23 février 2003) qui reprenait dans leur intégralité leurs demandes précédentes (Répliques ou Contre-mémoires soumis par la République du Chili, page 254).

33. Le 4 avril 2003, la Défenderesse a déposé sa Duplique sur le fond et la compétence, reprenant notamment sa Requête du 3 février 2002 (Réplique de la République du Chili, 4 avril 2003, page 71).

34. Enfin, du 5 au 7 mai 2003, le Tribunal arbitral a tenu des audiences orales à Washington D.C. (USA) au cours desquelles les Parties ont exposé et développé leurs points de vue respectifs, répondu à diverses questions du Tribunal arbitral, et confirmé leurs conclusions (Transcription de l'Audience du 5 au 7 mai 2003 à Washington DC, 630 pages).

35. A la fin de l'Audience du 7 mai 2003, le Président a précisé que le Tribunal se réservait, après avoir étudié l'ensemble des écritures, des documents et des plaidoiries respectives, de demander au besoin des compléments d'information, raison pour laquelle la procédure ne devait pas encore être considérée comme "close" (aux fins de l'article 46 du Règlement d'arbitrage CIRDI – Transcription p. 625).

II. EN FAIT

Résumé du litige

1. Avant d'analyser la position des Parties et leurs arguments respectifs, il convient de rappeler, fût-ce sous une forme résumée, les faits du présent litige, tels qu'ils ont été soit admis par les deux Parties, soit allégués par l'une ou l'autre d'entre elles, étant entendu que, en cas de contestation d'un fait, le Tribunal arbitral n'entend pas encore se prononcer sur sa réalité dans le présent

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

résumé. Ce dernier pourra être complété au besoin et le cas échéant au cours de l'analyse juridique des arguments respectifs des Parties.

2. Le Demandeur, M. Victor Pey Casado est né en 1915 de parents espagnols en Espagne, d'où il a émigré en 1939 après la chute de la République pour s'établir au Chili, pays dans lequel il a vécu jusqu'en 1973, date à laquelle a eu lieu le coup d'Etat militaire dirigé par le Général Pinochet.

3. En 1947, il a été enregistré au Consulat espagnol de Santiago comme résidant permanent au Chili.

4. Le 24 mai 1958, l'Espagne et le Chili ont signé une Convention sur la double nationalité, convention qui permet aux ressortissants de l'un des États contractants d'acquérir la nationalité de l'autre, sans perdre sa nationalité d'origine. C'est en application de ladite Convention que M. Pey Casado a sollicité et obtenu la nationalité chilienne, par un Decreto Supremo N°8054 du 11 décembre 1958.

5. Pour respecter le plus possible l'ordre chronologique, la suite du présent résumé des faits se référera tantôt, on va le voir, à des questions de nationalité et tantôt à des questions d'investissement ou de confiscation.

6. Le 30 mars 1960, publié le 4 avril 1960, le Décret chilien no 258 crée un Statut de l'investissement et concerne "les personnes qui apportent dans le pays de nouveaux capitaux, provenant de l'extérieur, dans le but d'initier, fortifier, élargir, améliorer ou rénover les activités productrices". Il est précisé que lesdites opérations concernant "les apports auxquels fait référence le présent Décret ayant force de loi pourront seulement entrer en devises et en crédits dûment qualifiés". Ledit Statut prévoit que le Président de l'État peut accorder diverses franchises aux investissements qui en respecteraient les dispositions.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

7. Le 24 mai 1961, le Traité de Montevideo entre en vigueur au Chili de par le Décret no 269 ainsi qu'un Décret n°1272 – 1961, approuvé le 7 septembre 1961 (publié au J.O. le 11 novembre 1961).

8. Le 3 août 1967, est créé le Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (ci-après CPP) avec un capital initial de 200'000 escudos, représenté par 40'000 actions. M. Dario Sainte-Marie est propriétaire de 93% des actions (la Décision du 8 mai 2002, page 9 mentionne cependant un pourcentage de 99%, en raison semble-t-il d'une erreur de transcription).

9. Le 9 mai 1968, la société CPP acquiert les 95,5% du capital de la société Empresa Periodística Clarin Ltda (EPC) société éditrice du journal "El Clarin" fondée par M. Sainte-Marie en 1955. Le Directeur de ce journal est M. Sainte-Marie. Il est assisté depuis 1957-1958 et, en particulier, en 1969-1970 par son ami l'entrepreneur M. Pey Casado (à ce sujet voir la déclaration de M. Pey devant le Tribunal arbitral, en mai 2003, Transcription de l'audience du 5 mai 2003, page 149.)

10. Le 4 septembre 1967 est approuvée la Loi 16643 qui restreint, dans certains secteurs de l'économie chilienne, dont la presse, la possibilité des investissements étrangers. L'article 5 de ladite loi prévoit que les journaux doivent être la propriété de ressortissants chiliens, ou d'une société dont la propriété doit être en mains chiliennes pour au moins 85%, sous peine d'amendes administratives.

Le 30 juillet 1969, l'Accord de Carthagène, a-t-il été allégué, entre en vigueur au Chili de par le Décret n°428. L'année suivante, le 31 décembre 1970, la Commission de Carthagène approuve un "Régime commun de traitement [consentí] aux capitaux étrangers et concernant les marques, brevets, licences et droits d'exploitation ou "Décision 24", dont il est allégué par la Défenderesse qu'elle est entrée en vigueur au Chili par "Décret en réitération" (Decreto de insistencia) n°488, du 30 juin 1971, en dérogation au Décret n°258 – de 1960. Quant aux Demandeteresses, elles ont allégué que ce *Régime commun de traitement [consentí] aux capitaux étrangers* n'avait pas été

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

appliqué au Chili, en tout cas avant le 11 septembre 1973, et que l'investissement de M. Pey Casado était régi par les dispositions du Décret-Loi 258/1960.

12. En 1972, il est allégué que M. Sainte-Marie, pour "des raisons strictement personnelles" et semble-t-il d'ordre familial (Transcription p. 150) a décidé de vendre la société CPP SA à son ami M. Pey Casado, lequel, depuis bien des années, 1957 – 1958 (Transcription p. 149) l'avait assisté en tant que collaborateur et conseiller technique, notamment pour le développement et l'orientation de l'entreprise et était devenu "son collaborateur le plus étroit" (p. 150), étant donné qu'il souhaitait "quitter le pays pour toujours et de façon totale". C'est la raison pour laquelle, selon M. Pey Casado, le "mécanisme de transfert de l'entreprise" se serait déroulé de façon rapide et moins formelle qu'il est d'usage sur le plan commercial (p. 151).

13. Le 29 mars 1972, une somme de USD 500'000 a été transférée d'une banque tchécoslovaque par l'intermédiaire d'un compte de la Manufacturers Hannover's Trust à Londres (Requête, document 21) à un compte de M. Sainte-Marie auprès de la Banco Hispano Americano de Madrid où elle est parvenue le 4 avril 1972. Le 30 mars de la même année, M. Pey Casado est devenu directeur de la société CPP et le 6 avril il aurait reçu de M. Sainte-Marie, 25'500 actions de la société CPP (avec leurs bordereaux de transfert signés en blanc).

14. Le 13 mai 1972, M. Pey Casado et M. Sainte-Marie ont signé un Accord (à Estoril au Portugal), accord considéré par les Demandeur·es comme la conclusion finale de la vente de la société CPP SA, alors que la Défenderesse considère que cet accord ne remplirait pas les conditions formelles d'un transfert de propriété.

15. Dans la seconde moitié de 1972 diverses opérations eurent lieu, concernant les actions de la société. Le 14 juillet 1972, M. Sainte-Marie transféra un certain nombre d'actions à M. González et le 6 septembre 1972 d'autre actions à M. Venegas. Selon M. Pey Casado, les actions de MM.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

González et Venegas leur auraient été remises avec leurs bordereaux de transfert signés en blanc à l'intention de M. Pey Casado. Ce dernier se serait servi de ces bordereaux de transfert signés en blanc reçus par lui le 6 avril pour faire établir des actions nouvelles au nom de MM. González et Venegas qui, simultanément, lui auraient remis les originaux de ces actions (avec les bordereaux de transfert correspondants signés en blanc par eux) (Mémoire, documents 7 et 8).

16. Le 23 septembre 1972, M. Sainte-Marie remet à M. Pey Casado, devant un notaire, une procuration donnant à ce dernier tous pouvoirs sur le nom du journal Clarin ainsi que sur 4,5% des actions de la société EPC Ltda.

17. Le 2 octobre 1972, par un acte unilatéral signé à Genève, M. Pey Casado aurait donné sa conclusion définitive au contrat de vente avec M. Sainte-Marie (document C66-11), un acte que la Partie défenderesse considère comme signifiant l'acceptation par M. Pey Casado d'être le représentant de M. Sainte-Marie dans la vente de ses intérêts éditoriaux au Chili.

18. Le 3 octobre 1972, le vendeur M. Sainte-Marie a reçu la somme de USD 780'000. en plusieurs versements d'une "Bank für Handel und Effekten"(Mémoire document 4, et C161). Selon la Partie défenderesse, pour qui M. Pey Casado aurait agi dans ces diverses transactions comme mandataire plutôt qu'en son nom propre, ladite somme aurait été versée sur le compte de M. Pey Casado par un versement provenant du Banco Nacional de Cuba, le 26 septembre 1972 (un jour après l'ouverture du compte par Monsieur Pey Casado).

19. Le 18 octobre 1972, M. Sainte-Marie a transféré des actions à M. Venegas et d'autres à M. Carrasco les deux paquets d'actions étant transférés à M. Pey Casado "avec leurs bordereaux de transfert signés en blanc". Le 12 décembre 1972, les statuts de la société EPC Ltda ont été modifiés, la société passant sous le contrôle effectif total de la société CPP.

20. Le 11 septembre 1973, le Président Allende est renversé par un coup d'Etat militaire qui prend le contrôle du Chili. Les forces armées font une descente dans les bureaux du Journal Clarin où elles arrêtent le Directeur (document C47) et un certain nombre de personnes et séquestrent les locaux et les biens (cf. Décret no 93 du 20 novembre 1973).

21. Le 14 septembre 1973, M. Pey Casado se réfugie à l'Ambassade du Vénézuela à Santiago. Le 27 octobre 1973, après s'être vu refuser, selon lui, un passeport par les autorités chiliennes, M. Pey Casado quitte le Chili, à l'aide d'un sauf-conduit des Autorités. Selon les Parties demanderesses, c'est à cette époque que M. Pey Casado aurait été de facto privé de sa nationalité.

22. Selon la Défenderesse, en novembre 1973, M. Pey Casado, aurait voyagé au Pérou avec le passeport chilien n°014078, délivré le 2 octobre 1967, et le 23 novembre 1973 il aurait signé une procuration au bénéfice de son frère, en s'identifiant à l'aide de ce passeport chilien et d'une carte d'identité nationale chilienne. Cependant, selon M. Pey Casado, il aurait fait ce voyage avec un passeport d'urgence du Venezuela, le passeport chilien étant périmé depuis le 12 décembre 1971.

23. Le 8 novembre 1973 est pris le Décret-loi n°77 par les autorités militaires chiliennes, décret qui, selon les Demandereuses, aurait servi de base à la réglementation du Décret-Suprême n°1726 du 3 décembre 1973, pour justifier la confiscation des propriétés de M. Pey Casado pendant que celui-ci était interdit d'entre librement au Chili et sans que personne au Chili ne se soit chargé de sa représentation, de sa défense et de ses intérêts dans ses entreprises de presse. En effet, il n'est pas contesté par la Défenderesse que M. Pey Casado n'est retourné au Chili qu'en 1989 (voir document D15, "La compétence du Tribunal", pages 162 et passim).

24. Le 8 janvier 1974, les autorités vénézuéliennes délivrent un passeport d'urgence à M. Pey Casado ainsi que, le 28 janvier, une carte d'identité pour les "étrangers de passage (transeúnte)" [C48, C253].

25. Le 9 janvier 1974, le Consulat d'Espagne à Caracas accorde à M. Pey Casado un visa pour l'Espagne, valable pour trois mois, que M. Pey Casado utilise le 31 mai 1974 pour se rendre en Espagne.

26. Selon la Partie défenderesse, M. Pey Casado aurait, entre le 8 janvier et le 11 juin 1974, accompli, à partir du Pérou, divers voyages en Colombie, en Allemagne, aux États-Unis, avec 3 passeports différents. M. Pey Casado a nié avoir fait ces voyages et avoir disposé d'autres documents de voyage que les passeports d'urgence délivrés par le Venezuela (Transcription du 5 mai 2003, pages 46-52, 239-240; Transcription du 7 mai 2003, page 499, 518). La Défenderesse a reconnu au cours de l'audience du 6 mai 2003 "*qu'il y a peut être des erreurs dans ces documents* (relatifs aux déplacements de M. Pey Casado); *nous ne le contestons pas*" (Transcription, page 425).

27. Le 4 juin 1974, M. Pey Casado se fait enregistrer à la Municipalité de Madrid et reçoit une carte nationale d'identité espagnole et un passeport espagnol. Selon la Défenderesse (Document C51), M. Pey Casado aurait omis de se faire enregistrer dans le Registre de l'état civil espagnol, comme cela aurait été nécessaire à son avis selon la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité, s'il avait voulu modifier sa nationalité "effective".

28. Le 11 juin 1974, M. Pey Casado reçoit un passeport espagnol à Madrid, valable jusqu'au 10 juin 1979.

29. En 1974, M. Pey Casado se fait enregistrer au Consulat d'Espagne à Caracas, et le 28 janvier 1975, il reçoit une carte d'identité de résident de la part du Venezuela.

30. Le 24 mai 1977, il est enregistré au Consulat d'Espagne à Lima, dont il recevra divers passeports: le 25 juin 1979 (passeport valable jusqu'au 24 juin 1984) et le 16 janvier 1984 (passeport valable jusqu'au 15 janvier 1989).

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

31. Le 17 novembre 1988, M. Pey Casado reçoit un passeport du Consulat d'Espagne à Caracas (valable jusqu'au 16 novembre 1993) et le 18 janvier 1989, il renouvelle auprès du même Consulat d'Espagne sa carte nationale d'identité espagnole.

32. Sur le terrain que l'on peut appeler patrimonial, celui des confiscations dont se plaignent les Parties demanderesses, il y a lieu de signaler que, le 21 octobre 1974, le Décret-exempté chilien n° 276, applique le Décret n° 77 aux sociétés CPP SA et EPC Ltée. La situation "patrimoniale" de M. Pey Casado et d'autres personnes est mise en examen.

33. Selon la Partie défenderesse, un Décret n°600 du 13 juillet 1974 a établi un "Statut des investissements étrangers", lequel, avec le Décret n°746 du 9 novembre 1974, confirmerait que la Décision no 24 de la Commission de Carthagène avait été appliquée au Chili (voir son préambule et l'article 19-1).

34. Par la suite, le 10 février 1975, un Décret n°165 prononce la dissolution des sociétés CPP et EPC Ltée et le transfert de leurs biens à l'Etat. Un décret n°580 du 24 avril 1975 applique le Décret 77 à M. Pey Casado et confisque un bâtiment propriété de la société EPC Ltée. Ces textes, avec un Décret n°1200 du 25 novembre 1977, prononcent ou confirment la confiscation de "tous les biens meubles et immeubles, droits et actions appartenant au dit M. Pey Casado".

35. Les Demandерesses allèguent que M. Pey continuait à être interdit d'entrer librement au Chili et n'avait pas reçu notification de ces mesures et que « nul n'a pris la représentation ni la défense des entreprises CPP S.A. et EPC Ltée, ni de M. Pey, ni formulé une réclamation les intéressant, ni lorsque les premières ont été confisquées par la Décret du 10 février 1975, ni lorsque le Service National des Impôts Internes a déposé sa plainte judiciaire le 15 septembre 1975, ni lorsque 'la totalité des biens meuble et immeubles, droits et actions' de M. Pey one été confisqués par le Décret N. 580 en 1977 »

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

36. De plus, en septembre de l'année 1975, les Autorités fiscales chiliennes ont introduit des poursuites pénales pour fraude fiscale présumée contre M. Pey Casado et d'autres personnes. M. Pey Casado n'aurait pas reçu notification de la plainte ni n'aurait été représenté dans la procédure judiciaire (document D 19). Depuis le 11 décembre 1975, le Directeur national des impôts internes ne lui aurait imputé aucune infraction (Documents C 189 et C 191). Le 1^{er} septembre 1976, le Juge l'avait déclaré "rebelle" (Document C 197). Dans ce procès, les Autorités chiliennes n'auraient reproché à M. Pey Casado aucune infraction au Décret-Loi n°258/1960 (Document C 111), non plus qu'au Décret n°482/1971 ou à la Décision n°24, ou encore au Décret-Loi n°1272/1961 portant contrôle des changes (Documents C 112).

37. On notera que, après la chute du régime militaire Pinochet, les Décrets n° 276, 580 et 1200 ont été déclarés nuls et de nul effet.

38. Le 14 juin 1984, le Ministère de l'Intérieur approuve un Décret n°597 portant Règlement concernant les Étrangers. Selon la Partie défenderesse, ce texte confère tous pouvoirs à ce Ministère pour déterminer la nationalité étrangère en cas de doute. C'est à ce Ministère que M. Pey Casado a adressé, le 10 décembre 1996, une communication par laquelle il lui a fait savoir qu'il n'avait pas la qualité de bénéficiaire de la Convention sur la double nationalité depuis 1974 (document C 21).

39. Selon la Défenderesse, le frère de M. Pey Casado, prétendant agir comme son représentant, aurait déclaré les 25 mars et 12 avril 1989 que M. Pey Casado était un ressortissant chilien. Et toujours selon la Partie défenderesse, M. Pey Casado a agi dans les actes constitutifs de la Fondation en tant que double national, jusqu'en 1997.

40. A la suite de l'échec du Général Pinochet lors du plébiscite du 5 octobre 1988, M. Pey Casado s'est rendu au Chili le 4 mai 1989 pour la première fois depuis 1973. Selon les Parties demanderesses, il s'agissait d'une visite en qualité de touriste désireux de s'informer de la situation de ses biens, et

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

notamment de ses actions dans la société CPP SA. Selon la Partie défenderesse, M. Pey Casado aurait repris alors sa résidence au Chili.

41. Selon le Département de contrôle des frontières du Chili (Ministère de l'Intérieur) (Mémoire en réplique sur l'incompétence, document n°9) M. Pey Casado serait entré au Chili le 4 mai 1989 "en qualité de touriste espagnol", avec son passeport espagnol. Et c'est en cette même qualité que le 22 mai 1989 (c'est à dire 18 jours après son entrée) il aurait quitté le Chili; qu'il serait rentré au Chili le 25 mai 1989 puis qu'il en serait sorti et rentré ensuite à plusieurs reprises, toujours avec son passeport espagnol, jusqu'en novembre 1990.

42. Selon la Partie défenderesse, M. Pey Casado a repris alors sa résidence au Chili et, le 6 octobre 1989, aurait comparu devant un Notaire de Miami (USA), pour donner tout pouvoir à M. Garcès de créer la Fondation Président Allende, s'identifiant alors comme un ressortissant espagnol.

43. C'est le 16 janvier 1990 que, à la suite d'un Pouvoir donné par M. Pey le 6 octobre 1989, la "Fundación Presidente Allende" a été créée selon le droit espagnol et avec son siège en Espagne. Dans l'Acte de Constitution, M. Pey Casado est identifié comme double national chilien et espagnol (Contre-mémoire du 3 février 2003, document 22).

44. Le 6 février 1990 M. Pey Casado, s'identifiant avec un passeport espagnol, a comparu par-devant un Notaire à Miami et, agissant au nom de la Fondation espagnole et avec les pleins pouvoirs que l'article 6 de ses Statuts confèrent au Président de la Fondation¹, a passé un contrat de cession irrévocable, d'une part, et d'acceptation de la cession, d'autre part, portant sur le "*patrimoine, les titres, droits et crédits de toute nature découlant des contrats privés d'achat et vente que le cédant a passé en 1972 avec M. Dario Sainte-Marie Soruco, par lesquels ce dernier a vendu, et M. Victor Pey Casado a*

¹ "Article 6: Le Conseil des Fondateurs et, en son nom, le Président, exercera les compétences dévolues à la Direction, en accord avec ce qui est stipulé à l'Article 9, section 3 de la Réglementation des Fondations Culturelles Privées (Décret 2930/72 du 21 juillet 1972), à partir de la date d'inscription de la Fondation au Registre et tant que n'aura pas été réalisée la désignation et la nomination de la totalité des membres de la Direction".

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

acheté cent pour cent des actions de CCP SA et d'EPC Ltée". (Mémoire du 17 mars 1999, document n°18)

Et c'est le 27 avril 1990 que la Fondation Allende a été enregistrée comme une institution charitable auprès du Ministère espagnol de la Culture.

45. Presque six mois après, le 18 octobre 1990, M. Pey Casado était entré de nouveau au Chili avec son passeport espagnol.

46. Le 5 janvier 1991, M. Pey a demandé et reçu une carte d'identité chilienne (Réplique des Demandanderesses du 23 février 2003, pages 177-178).

47. Le 20 février 1991, M. Pey Casado, se trouvant alors au Chili, constata qu'il avait perdu son passeport espagnol n°13.008, délivré le 17 novembre 1988 et expirant le 16 novembre 1993 (document C 48). Il sollicita alors et obtint un passeport des autorités chiliennes. L'Article 1^{er} du Décret n°676, du 15 février 1966, portant approbation du Règlement des passeports, statuait que les étrangers pouvaient demander un passeport chilien dans des cas exceptionnels (Annexe n° 15 au "Rapport de la Défenderesse"; établi par M. Nogueira, traduction dans la "demande incidente" du 23 février 2003, page 38). Le Décret n°1.010, du 5 septembre 1989, "portant approbation du Règlement des passeports ordinaires et des documents de voyages et titres de voyage pour étrangers" (Journal Officiel du 17 novembre 1989), autorisait leur délivrance à des ressortissants étrangers pour sortir du pays (voir les articles 3.b) et 11 de l'annexe n° 16 au "Rapport de M. Nogueira", produit par la Défenderesse le 3 février 2003, version française dans le document C 260).

48. Les Autorités chiliennes ont constaté que M. Pey Casado s'est servi de ce passeport chilien pour entrer au Chili seulement deux fois, le 22 août 1991 et le 6 novembre 1994, mais non après qu'il eut voyagé en Espagne en mai 1997 et que les Autorités espagnoles lui eurent délivré le passeport n°027703339-B le 28 mai 1997, expirant le 27 mai 2007 ("Mémoire en réplique" du 27 décembre 1999, documents n°9 et C 10 et C 48). Ce fait corrobore les déclarations de M. Pey Casado à cet égard devant le Tribunal

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

arbitral pendant les audiences des 29 octobre 2001 et 7 mai 2003 (Transcription de l'audience du 7 mai 2003, pages 622-623). Avec ce passeport chilien M. Pey Casado s'est rendu, selon la Défenderesse, aux USA le 5 juillet 1991.

49. Il y a lieu de rappeler à ce stade que c'est le 25 janvier 1991 que le Chili a signé la Convention CIRDI, entrée en vigueur le 24 octobre 1991 et que la même Convention a été signée le 21 mars 1994 par l'Espagne, avec entrée en vigueur le 17 septembre 1994.

50. Le 2 octobre 1991, le Chili et l'Espagne ont signé un Accord pour la protection et la promotion des investissements (ci-après APP ou API), entré en vigueur le 29 mars 1994.

51. Ces importantes dates rappelées, il y a lieu de reprendre plus en détail la chronologie des événements en ce qui concerne la nationalité de M. Pey Casado. Selon la Partie défenderesse, à partir du 20 février 1991, date de sa demande de passeport, M. Pey Casado s'est présenté à diverses reprises comme ressortissant chilien, et il a sollicité l'assistance du Chili en tant que tel à son retour au pays. C'est ainsi que, par exemple, le 17 février 1992, il s'est inscrit dans les registres électoraux à Vitacura, que le 25 mai 1992, il a sollicité les avantages prévus pour les ressortissants et les personnes qui avaient possédé la nationalité chilienne revenus au pays, auprès de la "Oficina nacional de retorno"², que le 1^{er} août 1992, il a signé un contrat de travail avec son frère, dans lequel il s'identifie comme Chilien. En outre, en août 1992, il se serait identifié à plusieurs reprises à l'aide de sa carte d'identité nationale chilienne. Le 17 juillet 1993, il s'est inscrit dans le registre électoral de la Reina (un fait admis par les Parties demanderesses qui font valoir cependant que les lettres (CH) relatives à la nationalité n'auraient pas été écrites par M. Pey Casado). Le Chili a soumis divers autres documents appuyant la thèse selon laquelle M. Pey Casado s'est présenté lui-même (entre 1991 et janvier 1997) comme Chilien, avec une carte chilienne d'identité ou avec un domicile chilien.

² L'Article 1er de la loi n° 18.994, du 14 août 1990, sur le retour des exiles au Chili [pages 32-34 du Contre-Mémoire de la Défenderesse du 3 février 2003], accorde les bénéfices de cette loi à "tous les exilés qui ont ou ont eu la nationalité chilienne" pièce n° 31 annexe au Contre-Mémoire du 3 février 2003, version française dans la pièce C259).

52. Le 23 octobre 1994, M. Pey Casado s'est rendu en Bolivie avec un passeport chilien. Selon la Défenderesse, il aurait utilisé le même passeport au cours d'un autre voyage en Bolivie le 6 novembre 1994 et en Espagne à travers les États-Unis le 21 mai 1997.

53. Le 29 mai 1996, le Conseil de M. Pey Casado avait adressé une communication au Ministre espagnol des Affaires Étrangères, dans laquelle il a déclaré "*qu'en application des instructions expresses de son mandant*", il invoquait l'API entre l'Espagne et le Chili du 2 octobre 1991 [Document C20].

54. Le 10 décembre 1996, M. Pey Casado avait informé le Département chilien d'immigration qu'il avait sa résidence en Espagne depuis 1974 et qu'il n'entendait pas se prévaloir de la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité (pièce C21). Il s'agirait, selon la Partie demanderesse, du premier acte invoqué comme étant une "renonciation" à la nationalité. Le 19 décembre 1996, la Municipalité de Madrid a confirmé la résidence du Demandeur en Espagne (Requête, document 8).

55. Le 7 janvier 1997, M. Pey Casado aurait prié le Consulat d'Espagne à Santiago de "mettre le registre en accord avec la réalité, dans l'hypothèse où le registre pertinent du Consulat n'attesterait pas" qu'il "n'avait pas recours aux bénéfices et aux avantages de la Convention sur la double nationalité, et "qu'il était domicilié en Espagne depuis le début de 1974" (document C22). Le 5 février 1997, le Consulat espagnol à Santiago a rayé le nom de M. Pey Casado du registre des ressortissants espagnols résidant au Chili. - Le 28 mai 1997, M. Pey Casado a reçu à Madrid un passeport espagnol.

56. Le 16 septembre 1997, M. Pey Casado a procédé, auprès du Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine) à une déclaration officielle renonçant expressément et solennellement à la nationalité chilienne "*au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle*".

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

57. Sur le terrain des confiscations et des démarches tendant à une indemnisation, il y a lieu de noter que le 1^{er} février 1995, M. Pey Casado avait saisi la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago d'une demande en restitution de la société CPP SA et des documents y-relatifs, demande qui fit l'objet d'une décision favorable le 29 mai 1995 "*compte tenu de la valeur probante des antécédents*" [Demande d'Arbitrage, document 21]

58. En 1995 les Parties demanderesses saisirent le Président de la République (le 6 septembre 1995) ainsi que la Première Chambre civile de Santiago (le 4 octobre 1995) d'une demande en restitution ou en compensation pour la perte de la rotative GOSS. Cette requête fut contestée le 17 avril 1996 par le Conseil national de Défense en tant que représentant du Chili devant le Tribunal civil, pour défaut de qualité pour agir (*locus standi*) au motif que Monsieur Pey Casado n'était pas propriétaire et donc pas légitimé à agir: premièrement, du fait que "le Demandeur a confondu sa qualité de propriétaire de 99% du capital social de l'Entreprise périodique Clarín Ltée avec la qualité du titulaire du droit de pleine propriété sur les biens de cette dernière"; deuxièmement et subsidiairement, du fait "de la validité du Décret suprême n° 165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur" portant confiscation de CCP SA et d'EPC Ltée, (pièce C181). Néanmoins, le Tribunal civil accepta de considérer la demande comme recevable en se fondant sur six questions préliminaires.

59. Le 28 avril 2000, le Ministère des Biens nationaux arrêta la Décision n°43, décision considérée par les Parties demanderesses comme une nouvelle confiscation ou une nouvelle manifestation de la confiscation de leurs droits découlant de l'investissement (après celles du 10 février 1975, 24 avril 1975 et 25 novembre 1977).

60. La Décision n°43, dont il y a lieu de relever qu'elle a été prise alors que le présent arbitrage était déjà pendant, a fait l'objet de nombreuses controverses entre les Parties, dont il sera question plus loin. Le 2 octobre 1997, M. Pey Casado a donné son consentement à l'arbitrage CIRDI en excluant ce qui concerne la rotative GOSS (question soumise aux autorités judiciaires chiliennes en octobre 1995). Le 6 octobre 1997, la Fondation Président Allende

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

a exprimé son consentement à l'arbitrage en excluant également ce qui concerne la rotative GOSS. Le 6 novembre 1997, M. Pey Casado avait saisi le Registre Civil Central (Registro Civil Central) d'une demande tendant à constater qu'il avait établi sa résidence à Madrid en juin 1974, demande transcrise dans le Registro Civil Central Uno de Madrid le 20 novembre 1997 par son secrétaire [C11].

61. Le 7 novembre 1997, M. Pey Casado a déposé sa requête d'arbitrage contre la République du Chili et, le 18 mars 1998, le Chili déclara s'opposer à l'enregistrement de cette Requête, qui fut néanmoins enregistrée par le Secrétaire général du CIRDI le 20 avril 1998.

62. Le 24 avril 1998, le Ministère espagnol des Affaires étrangères a été saisi par le Dr Garcès, Représentant de M. Pey Casado (Doc. C 24), à l'effet de vérifier si "*la communication à la Partie chilienne de la renonciation formelle de M. Victor Pey Casado à bénéficier de la Convention sur la double nationalité*", a bien été faite, en d'autres termes à l'effet de confirmer aux Autorités chiliennes que "*depuis le 4 juin 1974, il possède exclusivement la nationalité espagnole*". La lettre concernant cette demande fut transmise le 10 juillet 1998 aux autorités chiliennes, par l'intermédiaire du Consulat d'Espagne à Santiago, et communiquée le 24 juillet par la Direction des Affaires consulaires du Ministère chilien des Affaires étrangères au Registre chilien de l'état civil, où un officier public constata, le 4 août 1998, la renonciation par M. Pey Casado à sa nationalité chilienne et à son statut étranger et fit inscrire sur sa fiche signalétique que M. Pey Casado était "étranger" (voir le Décret n° 597, du 14 juin 1984 - Règlement concernant les Étrangers - qui confère au Ministère de l'Intérieur, selon la Partie défenderesse, le pouvoir pour déterminer la nationalité étrangère en cas de doute).

EN DROITIntroduction

1. Le 8 mai 2002, le Tribunal a déclaré que "*on rappellera en premier lieu que, pour pouvoir affirmer sa compétence, le Tribunal arbitral doit avoir vérifié que toutes les conditions posées par la Convention CIRDI et par le Traité bilatéral hispano-chilien sont bien réalisées et qu'il suffit que l'une de ces conditions fasse défaut pour que le Tribunal soit incompétent.*" (Décision du 8 mai 2002, para. 105)

2. Cela étant, et compte tenu des exposés et des conclusions respectives des Parties et notamment de leurs exposés oraux de mai 2003, la première question à examiner est évidemment celle de la compétence du Tribunal arbitral. Cette question sera examinée successivement en deux étapes: 1) la compétence *rationae materiae*: question de l'investissement; et 2) la compétence *rationae personae*: question de la nationalité des Parties demanderesses.

3. Il y a lieu de préciser d'emblée que le Tribunal n'est pas tenu de trancher toutes les très nombreuses questions de fait ou de droit qui ont été soulevées et discutées par les Parties au cours d'une procédure exceptionnellement longue mais qu'il suffit, sur le terrain de la compétence, que fasse défaut l'une des conditions requises pour que le Tribunal arbitral se déclare incompétent et s'abstienne dès lors de se prononcer sur toute autre question portant sur le fond du litige.

4. A titre préliminaire, il y a lieu aussi de rappeler que, d'une manière générale, il incombe à chaque Partie de faire la preuve des faits et circonstances qu'elle allègue pour en déduire son droit. Comme ce Tribunal l'a dit en mai 2002 dans le paragraphe 105 : "*Le principe général de droit, qui s'impose en particulier dans le domaine de la procédure, judiciaire ou arbitrale,*

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

internationale, n'est pas contesté selon lequel le fardeau de la preuve appartient à la Partie demanderesse (Actori incumbit probatio). Et c'est en vertu de ce même principe qu'il incombe au Défendeur qui soulève une exception de faire la preuve des faits qu'il allègue à l'appui de son exception car, à l'égard de celle-ci, il est dans la position d'un demandeur (in excipiendo reus fit actor)" (cf. Rosenne, [The Law and Practice of International Court, 1920-1996, Third Edition] page 932).

Ces règles générales de procédure s'inscrivent dans le cadre d'un principe plus général encore, valable en droit international ainsi qu'en droit national, celui de la bonne foi, qui oblige les Parties, le cas échéant, à collaborer à l'obtention et à la présentation de la preuve, par exemple dans les circonstances où cette dernière serait exceptionnellement difficile pour la Partie à qui elle incombe, - comme dans le cas de la preuve requise d'un fait négatif. »

Il n'est pas davantage contesté que « il appartient au Tribunal arbitral de veiller au respect des principes et d'apprécier, ou au besoin de trancher, les questions de procédure (cf. les articles 43 et 44 de la Convention de Washington et le Règlement d'arbitrage CIRDI, à l'article 34 et passim. »
Décision du 8 mai 2002, para 105-106.

La présente sentence reviendra plus loin sur ces questions de preuve et de procédure en tant que de besoin.

I: L'InvestissementA. La compétence *rationae materiae*: la question de l'investissement étranger

5. Pour que le Tribunal arbitral soit compétent, il est nécessaire que le litige soit relatif à un investissement et, une fois cette question tranchée par l'affirmative, que cet investissement remplisse les conditions requises par la Convention de Washington et par le Traité bilatéral hispano-chilien.

6. En mai 2002, le Tribunal a constaté que "*il n'est pas contesté entre les Parties qu'un investissement étranger doit être conforme à la législation en vigueur à l'époque dans l'État récepteur ou bénéficiaire*" (Décision du 8 mai 2002 para. 113).

7. Le Tribunal a considéré que "*si le Tribunal arbitral serait sans doute en mesure de se prononcer d'ores et déjà sur certains aspects de la controverse relative à l'investissement dont la confiscation est alléguée par la Requête d'arbitrage, ces aspects font partie d'un ensemble, d'une évidente complexité, dont d'autres éléments semblent insuffisamment établis et ne pourraient être isolés ou détachés sans inconvenients des autres facettes du problème*" (§118).

8. Dans la même décision, le Tribunal a conclu, pour décider de joindre les exceptions d'incompétence au fond, qu'il avait besoin d'informations supplémentaires et plus précises "*en particulier sur la question fondamentale de l'existence d'un investissement conforme aux exigences posées par la Convention CIRDI et le Traité hispano-chilien*" (§119).

9. Par la suite, et conformément à cette décision, les deux Parties ont exposé de manière beaucoup plus approfondie et en détail leurs thèses respectives sur cette question par écrit et oralement. Le Tribunal est dès lors en

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

mesure de se prononcer à cet égard, ce qu'il fera en examinant d'abord le cas de M. Pey Casado, puis celui de la Fondation Président Allende.

10. Il convient d'abord de rechercher quelle est la notion ou la définition de l'investissement retenu par la Convention de Washington de 1965, et cela fait, de se demander si l'achat par M. Pey des actions de la société CCP SA constitue bien un investissement au sens de la Convention CIRDI. La même question de l'achat des actions de la société CCP SA par M. Pey Casado devra être tranchée au regard de la notion d'investissement retenue dans l'Accord bilatéral (API) hispano-chilien sur la protection et la promotion des investissements.

11. Dans ce contexte, une série de questions juridiques, parfois complexes, ont été soulevées et discutées par les Parties, notamment les questions suivantes: la notion d'investissement implique-t-elle seulement un mouvement de capitaux, ou un transfert de capitaux vers le Chili? Quel est le droit applicable à cette question? Quelles sont les exigences du droit interne du pays bénéficiaire de l'investissement? Quels sont les objectifs et le but du Traité bilatéral? Les conditions posées par ce traité ont-elles été respectées en l'espèce?

12. En admettant que le litige soit bien relatif à un investissement, ce dernier est-il étranger par rapport au Chili? A l'époque de l'acquisition des actions de la société CPP SA par M. Pey Casado, la législation en vigueur dans l'État récepteur considérait-elle cet investissement comme "étranger"? La qualité d'investissement "étranger" est-elle déterminée par la nationalité de l'investisseur ou par les devises utilisées pour cette transaction, ou encore par d'autres facteurs? Quel est le droit applicable à cette question? La Décision no 24 de l'Accord de Carthagène, qui a été longuement discutée par les Parties, était-elle en vigueur au Chili à l'époque de l'investissement allégué par M. Pey Casado? Était-elle effectivement appliquée? Était-elle applicable à l'investissement dans CPP SA? Dans la négative, quel aurait été le régime applicable à cette transaction? etc. etc. Dans leur Réplique du 23 février 2003 (page 55) et durant les audiences des 5 et 7 mai 2003, les Parties

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

demandeuses ont invoqué, à titre subsidiaire, la clause de la nation la plus favorisée de l'API Chili-Espagne. Elles ont soutenu que les investisseurs belges, suisses, français, autrichiens ou australiens au Chili, comme les Chiliens dans ces même pays, seraient exemptés de la qualification préalable "d'investissement étranger" prévue à l'article 2(2) de l'API Espagne-Chili (pièces C227 et C228):

"Article 2.3: "Le présent Accord s'applique aux investissements³ effectués même avant son entrée en vigueur sur le territoire de chacune des parties contractantes par des investisseurs de l'autre partie contractante. Il ne s'applique pas aux différends nés avant son entrée en vigueur."

A ce stade de l'analyse, le Tribunal note que l'article 2 de l'API Chili-Espagne dispose:

"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."

Les Demandeuses ont également demandé à bénéficier de l'article 7.1 de l'API Chili-Belgique:

"Article 7.1: "Règles applicables: 1. Lorsqu'une question relative aux investissements est réglée à la fois par le présent Accord et par la législation

³ Article 1.2: "le terme "investissement" désigne tout actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en service investi ou réinvesti directement ou indirectement dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit (...). Aucune modification de la forme juridique dans laquelle les avoirs et capitaux ont été investis ou réinvestis n'affecte leur qualification d'investissement au sens présent Accord".

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

nationale de l'une des Parties contractantes ou par des conventions internationales existantes ou souscrites par les Parties dans l'avenir, les investisseurs de l'autre Partie contractante peuvent se prévaloir des dispositions qui leur sont plus favorables."

13. Enfin, à supposer que toutes les conditions soient remplies pour qu'il s'agisse d'un investissement étranger permettant à M. Pey Casado de bénéficier de la protection prévue par la Convention de Washington et par le Traité bilatéral hispano-chilien, ces conditions existent-elles aussi en ce qui concerne la Fondation Président Allende, à laquelle M. Pey Casado a cédé une partie de ses droits; en d'autres termes, la Fondation Allende constitue-t-elle un investisseur au sens du droit applicable? Quel est le droit applicable à cette question, droit qui n'est pas nécessairement identique, *prima facie*, à celui qui régit la validité de la cession entre M. Pey Casado et la Fondation Allende.

Telles sont les principales questions qui, *prima facie*, semblent devoir être analysées ici, à la lumière des prétentions et arguments respectifs des Parties.

Propriété de M. Pey Casado ?

14. Le Demandeur peut-il se prévaloir de la qualité d'investisseur, soit celle de propriétaire des biens (ou d'une partie des biens) qui ont été confisqués par le régime militaire à partir d'octobre 1973? À cette question fondamentale, les Parties ont apporté des réponses opposées, après des analyses écrites et orales extrêmement détaillées, dont il suffira de rappeler les points principaux et de résumer le contenu.

15. Il est superflu, aux fins d'un examen de la compétence du Tribunal, de rappeler dans le détail tous les nombreux arguments invoqués par les Parties. En effet, ces arguments ont été développés de manière très approfondie et avec un talent certain par les Conseils des Parties, à la suite de la Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002 de joindre les objections d'incompétence au

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

fond. Les mêmes Conseils pouvaient et devaient donc prendre en compte la possibilité que le Tribunal arbitral, s'il s'estimait compétent, en viendrait à se prononcer sur le fond; d'où le caractère très détaillé de leurs argumentations. Il résulte de cette situation que, par la nature des choses, une partie au moins des arguments développés de part et d'autre serait sans intérêt ou sans pertinence si le Tribunal devait conclure à son incompétence. En termes plus concrets et par exemple, si le Tribunal devait conclure, par hypothèse, à l'inexistence d'un investissement "étranger" par M. Pey Casado, il importerait peu, dans ce contexte, de trancher la question de fond de savoir, par exemple, de quelle proportion des actions de la société C.P.P. S.A. le Demandeur aurait fait l'acquisition à l'époque considérée.

Au bénéfice de cette observation liminaire, il y a lieu de résumer comme suit les thèses des Parties au sujet de l'existence d'un investissement.

16. Les Parties demanderesses ont exposé d'abord les circonstances de fait dans lesquelles M. Dario Sainte Marie aurait vendu les actions du Consortium dont il était le propriétaire, par l'intermédiaire de la détention de la quasi totalité du capital action (93%) de la société C.P.P. S.A., quelques actions isolées étant laissées entre les mains de membres de sa famille.

17. La situation a été résumée par M. Pey Casado lui-même au cours des audiences de mai 2003 à Washington D.C. (voir Transcription de l'audience page 148 ss.). Selon M. Pey, M. Dario Sainte Marie, son ami de longue date, a eu recours à lui, de plus en plus et petit à petit, en tant que conseiller et collaborateur technique, notamment pour le développement et l'augmentation de l'entreprise. Au début de 1972, M. Sainte Marie aurait pris la "décision surprenante" de quitter rapidement et définitivement le pays (pour s'installer en Espagne), pour des raisons strictement personnelles et apparemment d'ordre familial. C'est pourquoi M. Sainte Marie a demandé à M. Pey Casado de lui acheter le journal, ce que ce dernier a accepté "*rapidement, en quelques jours*" et sans que le "*mécanisme du transfert de l'entreprise*" puisse se dérouler conformément aux "*processus minutieux*" utilisés habituellement sur le plan commercial.

18. M. Pey Casado a expliqué en outre comment, vu l'interdiction au Chili de la société anonyme à membre unique, il s'était mis d'accord avec M. Carrasco pour que ce dernier détienne nominalement 1% du capital action et comment il s'était entendu avec son ami Monsieur González pour lui transférer un paquet de 20.000 actions, ainsi qu'avec M. Venegas pour 6.400 actions. Voulant d'abord se consacrer à l'élargissement et au développement de l'entreprise - qui entraîné une augmentation de la valeur des actions - M. Pey Casado souhaitait pouvoir revendre ses actions et "*revenir dès que possible à ses activités professionnelles*" d'entrepreneur. Il a donc offert un paquet d'actions de CPP SA à Messieurs González et Venegas (ainsi qu'une action à M. Carrasco), qui furent inscrits au livre-registre des actionnaires de la société C.P.P. S.A., et cela tout en "*se réservant les titres et les bordereaux en blanc, jusqu'à une revente éventuelle et jusqu'à ce qu'on puisse déterminer le prix de l'action de manière juste*".

19. C'est dans ce contexte et avec ces intentions que le Demandeur a déclaré avoir acheté les actions de M. Dario Sainte Marie au Portugal (à Estoril) puis en Suisse (à Genève) jusqu'à détenir "le total des 40.000 actions du Consortium" avant de revenir au Chili pour s'y consacrer à l'amélioration du système de production et de distribution de la société C.P.P. et du journal Clarín, tâches auxquelles il se consacrait quand est intervenu le coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973. On reviendra plus loin sur les divers paiements effectués par M. Pey Casado à l'ancien propriétaire M. Dario Sainte Marie.

20. De son côté, le Dr. Garcés, Conseil principal des Parties demanderesses, a souligné que, en l'espèce, tous les éléments d'un contrat d'achat du journal (de la société C.P.P. S.A.) étaient bien réunis, avec la définition des deux parties, l'accord sur le prix, le règlement de ce prix, et la remise par le vendeur des titres de propriété.

À son avis, la Partie défenderesse a tenté sans succès d'établir, à l'aide de certaines déclarations de Messieurs Venegas, González ou Carrasco, l'existence d'un contrat analogue avec ces derniers ou celle d'un paiement d'un

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

prix pour les actions dont, à certains moments tout au moins, ils se sont prétendus propriétaires.

21. Selon les Demandéresses, la transaction entre Messieurs Dario Sainte Marie et V. Pey Casado a eu lieu en deux phases, la première intervenant à Estoril (Portugal) le 13 mai 1972 (avec une référence à la faculté pour l'acheteur de s'acquitter en partie du prix sous la forme d'une rente viagère) et le 2 octobre suivant à Genève (où l'acheteur a choisi plutôt de payer la totalité du prix). Entre ces deux dates (soit en août- septembre 1972) aurait eu lieu l'émission de titres de propriété nouveaux au nom de Messieurs González et Venegas.

22. On notera aussi que, selon la Partie demanderesse, Messieurs González, Venegas et Carrasco, seraient "actionnaires délégataires", de la même manière que, auparavant, tout en ayant le contrôle de la société et étant "le maître absolu du journal Clarín", Monsieur Dario Sainte Marie aurait fait inscrire sur le livre-registre des actionnaires, ses frères, son beau-frère, sa belle-mère, par le même système⁴ de remise des titres avec bordereaux en blanc sans signature et sans témoins (ainsi que sans paiements d'impôts). Selon le Dr Garcés, "*Monsieur Pey a fait exactement la même chose*" à l'égard de Messieurs Venegas, Carrasco et González, tout en gardant les nouveaux titres en sa possession avec des bordereaux de transfert signés en blanc et sans témoins. Ceci aurait été une pratique courante à l'époque, notamment dans les sociétés de moyenne importance contrôlées par une seule personne.

23. Les thèses de la Partie défenderesse concernant la condition de l'investissement et, tout d'abord, la question de la propriété invoquée par M. Pey Casado sur les actions de la société C.P.P., peuvent être résumées de la façon suivante, à la lumière des écritures produites et, en particulier, des plaidoiries de mai 2003, dans lesquelles, les Conseils de la République du

⁴ La Défenderesse n'ayant pas produit le Livre-Registre des actionnaires de CPP SA, les Demandéresses n'auraient pas eu le moyen de vérifier les conditions précises dans lesquelles sont intervenus les accords passés entre M. Dario Sainte Marie et les membres de sa famille au delà de ce qu'avait déclaré à ce propos le 8 octobre 1975 M. Osvaldo Sainte Marie (document C113, page 31 et ss.)

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

Chili, sans répéter tous leurs arguments précédents, ont entendu "*réexaminer et clarifier*" leurs arguments principaux.

24. Ainsi qu'il a été clairement exposé par Me Goodman, Conseil de la Partie défenderesse, la question de la propriété des actions de C.P.P. est à la fois une question de fond et une question de compétence et c'est à ce dernier aspect, on l'a dit, que la présente analyse doit s'attacher d'abord.

25. Selon la Défenderesse, "*puisque Monsieur Pey Casado n'a jamais acheté ou été propriétaire des actions de C.P.P.*", il ne saurait y avoir un investissement couvert par le Traité bilatéral entre le Chili et l'Espagne ou par la Convention CIRDI et, selon elle, il n'y aurait aucune preuve que M. Pey Casado aurait été propriétaire d'une seule action de C.P.P.. En outre, les traités applicables ne couvrent "*que les investissements réalisés par les ressortissants d'autres Etats contractants*", or "*Monsieur Pey avait aussi la nationalité chilienne (qui était même sa "nationalité effective et dominante" en 1972 lors de sa prétendue acquisition, aux deux dates clés de la Convention CIRDI)*". Enfin, le Traité bilatéral d'investissement hispano-chilien étant entré en vigueur le 29 mars 1994, il ne saurait être applicable rétroactivement aux actes accomplis par le Gouvernement chilien en 1973.

26. Sur la question de la propriété des actions, le Conseil de la République chilienne, Maître Di Rosa, s'est livré à une analyse détaillée des circonstances des accords allégués d'Estoril et de Genève entre M. Dario Sainte Marie et M. Pey Casado et, surtout, du texte des documents produits à ce sujet. L'accent a été mis dans cette analyse sur la forme des ces accords, ou son absence, sur le vocabulaire utilisé et sur leur interprétation littérale.

27. Sur le terrain qui est le sien, celui de l'examen de la compétence, le Tribunal arbitral estime qu'il n'y a pas lieu de retenir ce type d'analyse et de critique littérale. Le rôle et la fonction de l'interprétation, en particulier en matière d'arbitrage, est de dégager la réelle et commune intention des Parties, compte tenu de l'ensemble des circonstances, sans s'arrêter à des questions de

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

forme et à l'utilisation plus ou moins heureuse ou opportune par les Parties de tel ou tel terme pris en particulier.

28. Or il résulte à l'évidence, de l'avis du Tribunal arbitral, de l'ensemble des circonstances, de la conduite des intéressés, et notamment des remises de titres par M. Dario Sainte Marie et des paiements opérés par M. Pey Casado, que la volonté réelle des parties a bien été de procéder à la vente-achat des intérêts du vendeur de la société C.P.P.

29. Il importe peu à cet égard, que M. Pey ait eu l'intention d'acheter lesdits titres pour lui-même et de les conserver ou de les revendre au bout d'un certain temps. Et sa prétendue qualité de "mandataire", alléguée par la Partie défenderesse, n'a nullement été établie ni même rendue vraisemblable.

30. Force est au Tribunal arbitral de constater que les explications données devant lui par M. Pey Casado en personne, sur les circonstances dans lesquelles se sont produits les accords relatifs au transfert des actions de la société C.P.P., semblent être plus vraisemblables que les explications présentées à cet égard par la Partie défenderesse, notamment en ce qui concerne le rôle de Messieurs Gonsalez, Venegas et Carrasco, dont les témoignages ou les déclarations, tout comme le rôle exact, dans les circonstances troublées de l'époque considérée, laissent place à bien des doutes et interrogations qu'il est superflu d'approfondir ici.

31. Si, comme il a été prétendu, Monsieur Pey n'avait jamais acquis la propriété des actions C.P.P. ou des droits de la société E.P.C. Ltée, on s'expliquerait difficilement plusieurs des faits établis dans la procédure, et notamment les paiements que le Demandeur aurait opérés. Et l'on s'expliquerait encore moins les confiscations opérées par les Autorités chiliennes à l'encontre du Demandeur. Ceci sans même mentionner les divers actes de diverses Autorités chiliennes reconnaissant, selon les Parties demanderesses, la propriété et les droits de Monsieur Pey (cf. Transcription de l'audience, en particulier pages 136 et ss. et *passim*); on peut citer ici, par exemple, le Mémorandum de 1975 (pièce C8, Annexe 20 de la Requête d'arbitrage, divers

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

documents des Services fiscaux chiliens, comme la pièce C 49 et des documents comme les pièces C41 et C43). Il ressort en effet de plusieurs actes des Autorités chiliennes, administratives, fiscales ou judiciaires, que la propriété de Monsieur Pey a bien été reconnue et qu'elle ne peut pas être mise en doute, sans qu'il soit même besoin de recourir au principe général de droit dit de l'estoppel (*non venire contra factum proprium*). Ce qui a été contesté en revanche est la qualité de cette propriété comme constituant un "investissement étranger", au sens des textes applicables.

Y a-t-il eu investissement étranger?

32. Il incombe maintenant au Tribunal de déterminer sa propre position à cet égard et de décider, à la lumière des exposés des Parties, si cette condition est réalisée en l'espèce.

33. Il est constant que la Convention ne donne pas de définition de la notion d'investissement. Son histoire révèle que diverses tentatives furent faites à l'époque de l'élaboration, mais qu'aucun accord ne put être trouvé. C'est ainsi que, selon le Commentaire du Professeur Schreuer (de l'article 25, in ICSID Review Foreign Investment Law Journal vol. 11, n°2 Fall 1996, page 318, 355 et passim), il fut proposé de définir la notion comme "*any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period, or, if the period be defined, for not less than 5 years*". Selon une définition proposée par le Secrétariat du Comité juridique, le terme d'investissement signifiait: "*the acquisition of 1) property rights or contractual rights (including right under a concession) for the establishment or the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; 2) participation or share in any such enterprise; or 3) financial obligation of a public or private entity other than an obligation arising out of short-term banking or credit facilities*" (Schreuer page 356). L'accord se fit finalement pour penser que: "*the precise delimitation of the Center's jurisdiction was best left to the Parties*" et que de toutes façons, s'il était difficile de définir le terme, "*an investment was in fact readily recognisable*" (ibidem page 357). Aussi le Rapport des Administrateurs

CONFIDENTIEL

PROJET 9

de la Banque a-t-il conclu que, vu la condition fondamentale de consentement des Parties, il n'y avait pas lieu de donner une définition.

34. Cette absence de définition a permis, selon un commentateur autorisé de la Convention CIRDI (G. Delaume, ICSID Arbitration, in JDM Lew, *Contemporary problems in international arbitration*, 23, page 26) "to accommodate both traditional types of investment in the form of capital contributions and new types of investment, including service contracts and transfer of technology".

La jurisprudence du Centre est dès lors riche d'une grande variété de cas ou types d'investissement, qui concerne aussi bien l'exploitation des ressources naturelles que des investissements industriels ou le développement d'installations touristiques ou urbaines, des constructions de fabriques pratiquant le transfert de technologies dans les domaines les plus divers, des accords de management, de coopération technique ou de licence, etc., etc. (cf. Moshe Hirsch: *The Arbitration mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, 1993 page 61). Les commentateurs les plus autorisés s'accordent donc à penser que la notion d'investissement au sens de la Convention doit être interprétée de manière très large.

35. La pratique a cependant permis de dégager un certain nombre de critères généraux comme typiques d'opérations comportant des investissements. Un de ces critères est à l'évidence une certaine durée de la relation au moins selon les intentions des parties. Un autre critère est celui d'une certaine "regularity of profit and returns", selon l'espoir des parties. L'idée de risque pour les parties est également présente (cf. Schreuer, page 372). On considère aussi généralement que les engagements pris doivent être substantiels et que l'opération devrait apporter une contribution de l'Etat bénéficiaire de l'investissement.

36. À titre d'illustration des tendances de la jurisprudence et de la doctrine, on peut citer l'analyse proposée récemment par un tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire Salini Costruttori c. Maroc (Rivista dell'Arbitrato 2002-2 381 page

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

391). La décision rappelle que l'existence de l'investissement est une condition objective de la compétence du CIRDI, comme le consentement des deux parties, et ces deux conditions sont analysées par le tribunal aussi bien du point de vue de la Convention CIRDI que du Traité bilatéral en cause (page 390). Le Tribunal a conclu que, en l'espèce, il y avait investissement (en know-how, personnel et équipement), que l'accord était conclu pour une certaine durée, que l'investisseur avait assumé divers risques et enfin que le projet, concernant la construction d'une route, apportait une contribution significative au développement économique du Maroc. On évoquera aussi la décision *Alcoa Minerals v. Jamaica* (VI Yearbook of Commercial Arbitration 1979, 206), de 1975 – décision selon laquelle ces critères sont interdépendants et doivent être considérés comme un ensemble, même si l'analyse juridique fait appel à un examen individuel pour les besoins du raisonnement.

37. Il est intéressant de noter que la décision *Salini*, le Tribunal arbitral signale que les critères permettant de définir un investissement apparaissent peut-être plus clairement dans les décisions d'incompétence (qu'elles émanent d'un tribunal arbitral ou du refus du Secrétaire général du CIRDI d'enregistrer une demande – *Aegian Express v. Greater Colombo Economic Commission*, rapportée par Hirsch, op. cit. page 59-60. Voir aussi Shihata-Parra, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", ICSID Review Foreign Investment Law Journal 1999-2, 299, et 308) que dans les décisions admettant la compétence du Centre.

38. Les critères qui viennent d'être énumérés permettent-ils de considérer Monsieur Pey Casado comme un "investisseur" au sens de la Convention? La réponse est-elle affectée par le fait que l'activité de Monsieur Pey Casado se serait limitée à l'achat d'une entité de production existante (la société C.P.P. S.A.) ou aurait au contraire comporté l'apport de contribution supplémentaire? Il y a lieu ainsi de se demander si la présidence du conseil d'administration et la mise de ses compétences techniques au service de la société CCP SA n'ont pas constitué aussi une contribution et un investissement.

39. Dans le Mémoire du 17 mars 1999 les Demandeur·es ont précisé que:

"3.1.5: A la suite de l'achat de la totalité des actions de CPP SA, 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 États-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 devit permettre de diversifier la production d'EPC Ltée. et d'accroître de plus de 100% son bénéfice net par an" (Mémoire du 17 mars 1999, p. 78) Voir aussi à ce sujet un Rapport à la Commission d'application du Décret-Loi n°77, daté du 29 octobre 1974 par le Délégué de la junte militaire auprès des entreprises CCP SA et EPC Ltée.

La présidence du Conseil d'administration et la mise de ses compétences techniques au service de la société CPP SA ont aussi constitué une contribution appréciée et efficace selon les témoignages de MM. Dario et Osvaldo Sainte-Marie (Document C156-159, C113).

40. L'opération alléguée, et établie par la procédure, de l'avis du Tribunal arbitral, peut être considérée comme un investissement "classique". En tant qu'achat d'un moyen de production selon les critères résumés plus haut, les actes de Monsieur Pey Casado sont conformes à la définition généralement admise de l'investissement. Tout d'abord, son engagement financier était substantiel, puisqu'il a investi plus d'un million de dollars dans l'achat de la société éditrice du journal Clarín, ce qui, en 1972, (en particulier dans un pays en développement) constitue indiscutablement une contribution importante. L'élément de risque était aussi à l'évidence présent: Monsieur Pey Casado devenant pratiquement le seul propriétaire de la société éditrice, devait à ce titre assumer ou profiter en tant que tel des pertes et bénéfices éventuels, sans limitation. L'élément de durée était également présent, s'agissant d'une société éditrice d'activité continue. Enfin, on peut considérer que l'achat d'une société éditrice (avec sa modernisation et les développements techniques prévus ou

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

appliqués par Monsieur Pey Casado selon ses propres déclarations) était de nature à contribuer au développement économique social et culturel du pays bénéficiaire.

41. En conclusion, le Tribunal arbitral estime que, au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI, l'achat allégué de la société C.P.P. S.A. et du journal Clarín par Monsieur Pey doit être considéré comme un investissement.

Application au cas d'espèce

42. Il reste à examiner toutefois si les critères particuliers éventuellement convenus par les Parties Contractantes, et plus précisément par l'Accord bilatéral hispano-chilien de 1991 (entrée en vigueur le 29 mars 1994, l'APPI) sont réunis en l'espèce. Selon l'article 1(2) du Traité, l'investissement est défini comme signifiant "*tous types d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays receveur de l'investissement et en particulier...: actions et autres formes de participation dans des sociétés*".

43. Cette définition est très large puisqu'elle englobe "tous types d'avoirs", mais elle pose la condition que les investissements doivent avoir été faits ou acquis "en accord avec la législation du pays receveur".

En l'espèce, la Partie chilienne conteste l'existence de cet accord et prétend que son droit interne n'a pas été respecté. Selon elle, le Chili n'a jamais accepté que les transactions invoquées en l'espèce par les Demandereuses soient considérées comme des investissements et conclut dès lors que les conditions du traité bilatéral ne sont pas réalisées (Mémoire d'incompétence, para 3.2.1.2). Plus particulièrement, la Défenderesse considère, d'abord, que les actes accomplis par les Parties demanderesses n'ont pas comporté le "transfert de capitaux" requis selon le droit national applicable, et ensuite que les "investissements" allégués par elles ne pourraient de toute façon être tenus pour "étrangers" selon la législation du pays receveur, le Chili.

CONFIDENTIEL

PROJET 9

Telles sont les deux conditions qu'il y a maintenant lieu d'analyser avant de rechercher, le cas échéant, si elles ont été ou non respectées en l'espèce.

44. Un transfert de capitaux vers le Chili est-il requis? La Partie défenderesse répond affirmativement, en soulignant qu'il s'agirait d'une condition fondamentale selon la législation chilienne applicable à l'époque et, secondement, en s'appuyant sur la finalité du Traité bilatéral de promotion et protection des investissements.

45. Pour démontrer que cette condition constitue une partie intégrante de l'ordre juridique chilien, la Défenderesse s'est appuyée sur divers exemples de sa législation, et notamment sur l'article 14 d'un Décret n°1272 – 1961 (qui se réfère aux "personnes physiques ou morales, nationales ou étrangères qui transfèrent au Chili des capitaux en devises étrangères"), sur l'article 1 d'un Statut des investisseurs (DFL 258 – 1960) qui se réfère aux "personnes qui apportent au pays de nouveaux capitaux, provenant de l'extérieur...", ainsi que sur la Décision n°24 de l'Accord de Carthagène sur "les transferts provenant de l'extérieur, de propriétés de personnes naturelles ou entreprises étrangères..." et enfin sur un Décret-loi n°600 – 1974 définissant les investissements étrangers comme "les transferts provenant de l'extérieur..." (voir Mémoire d'incompétence du Chili, para 3.2.2.4 – à 7 et annexes 16 à 18). La Défenderesse reconnaît que certains de ces textes ne sont peut-être pas directement applicables en l'espèce mais ils confirmeraient cependant que l'exigence du transfert de capitaux caractérise la législation du pays receveur.

46. La Défenderesse invoque le fait que les Demanderesses ont mentionné un transfert de capitaux survenant en Europe (Réplique para 3.3.8.1) ce qui constituerait la reconnaissance du fait qu'aucun capital n'a été transféré au Chili. Ce à quoi les Demanderesses répondent que "*il est évident que Monsieur Sainte Marie a désinvesti sans retirer du Chili aucun bien appartenant à la société CPP SA. Ce qui démontre que, dans l'acquisition de C.P.P. S.A., il y a eu un apport de capital étranger à l'économie chilienne*" (Réponse para 4.9.6.1) et elles notent aussi que "*l'investissement a porté sur des actifs se trouvant dans le territoire de l'Etat récepteur*" (Duplique, page 30).

47. À l'appui de la thèse selon laquelle le transfert de capitaux serait une condition essentielle requise par l'Accord bilatéral, la Partie chilienne invoque aussi des "rencontres techniques" survenues à Madrid entre représentants chiliens et espagnols à fin septembre et début octobre 1998, c'est-à-dire – il convient de le noter – alors que la présente procédure arbitrale était déjà pendante (l'enregistrement de la Requête ayant eu lieu le 20 avril 1998). Cette circonstance et le caractère "technique" de ces entretiens ne permettent pas au Tribunal arbitral d'attribuer une valeur particulière à l'interprétation, qui aurait été admise par les deux Etats au cours de cette rencontre, de l'expression "investissement", comme faisant "référence au transfert de capitaux vers le pays receveur de l'investissement" et comme supposant "une entrée d'actifs sur le territoire de la Partie contractante réceptrice de l'investissement". Il paraît préférable, faisant abstraction de ces "rencontres techniques" hispano-chiliennes, de rechercher l'interprétation correcte des dispositions du Traité bilatéral concernant l'investissement, et cela conformément aux principes généraux d'interprétation reconnus notamment par la Convention de Vienne sur le droit des traités, une Convention dont l'application à l'espèce a été assez longuement discutée entre les Parties au présent arbitrage.

48. Il suffira à cet égard de constater ce qui suit: l'intention commune des Parties à l'API a clairement été de créer des conditions favorables aux investissements (une notion qui est souvent définie, soit dit en passant, comme une dépense destinée à une acquisition capable de produire un revenu; cf. *Black's Law Dictionary* 6th edition, "Investment: an expenditure to acquire property or other assets in order to produce revenue"). Tel est, de manière générale, le but de tous les traités bilatéraux d'investissement, dont le but principal est d'encourager la promotion et la protection des investissements étrangers, d'assurer un traitement équitable et juste des investisseurs étrangers et d'encourager un libre commerce (voir par exemple R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*; et P. B. Gann, *US Bilateral Investment Treaty Program*, Stanford Journal of International Law, vol. XXI Issue 1, 1985, 373).

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

49. À l'appui de sa thèse, la Partie défenderesse a tiré surtout argument du Préambule du Traité bilatéral, qui fait allusion en effet au transfert de capitaux; ce à quoi les Demanderoresses ont répondu en substance qu'il fallait attacher davantage de poids, dans l'interprétation, au texte même des dispositions du traité et à la réalité économique, plutôt que faire prévaloir l'interprétation stricte d'un préambule.

50. Il y a lieu à ce propos de remarquer que le corps même du traité bilatéral ne parle pas de transfert de capitaux, et que son article 1^{er} démontre ou illustre une notion très extensive du terme investissement. On ne saurait dès lors utiliser en l'espèce, surtout ou par priorité, les termes d'un préambule - dont la fonction normale et le but sont d'indiquer une philosophie générale et les intentions des Parties - afin de contredire l'interprétation raisonnable qu'imposeraient les normes mêmes du traité (voir articles 31-32 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969).

51. Comme l'a déclaré le Juge Anzilotti dans son Opinion individuelle dans l'affaire du *Régime douanier Austro-allemand*:

"C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes" (Avis consultatif n°20, 5 septembre 1931 C.P.J.I. série A-B n° 41 1931 – il y a lieu de donner la préférence au sens ordinaire et usuel des termes choisis par les parties.

Ce principe a été explicité comme suit dans un Avis consultatif ultérieur de la Cour Internationale de Justice:

"La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là. En revanche, si les mots, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, sont équivoque ou conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors – et alors seulement – que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

"elles se sont servies des mots dont il s'agit" (Question relative à la compétence de l'Assemblée générale des Nations Unies pour admettre un État aux Nations Unies, Avis consultatif du 3 mars 1950, CIJ Recueil, 1950, p.8.)

Enfin la Cour a précisé, en 1975, que c'est sur la Partie intéressée que pèse la charge de la démonstration:

"C'est au Maroc qu'il incombe de démontrer de façon convaincante que le terme avait le sens spécial qu'il lui attribue" (*Sahara occidental*, Avis consultatif du 16 octobre 1975, CIJ Recueil 1975, p. 53.)

52. En l'espèce, ce sens ordinaire des termes est en accord avec l'interprétation plus large soutenue par les Demandereuses, selon lesquelles les opérations accomplies par Monsieur Pey Casado entrent dans la notion généralement admise d'"investissement". Il a conclu la transaction alléguée, d'achat de moyens de production d'une société éditrice, dans le but d'en retirer des bénéfices financiers tout en prenant certains risques. En outre, la notion même de "transfert de capitaux" n'implique pas nécessairement l'entrée physique de capitaux dans le territoire d'un pays déterminé.

53. On notera, avant d'aller plus loin, que dans la procédure orale et en réponse aux questions du Tribunal, les Parties ont tenté d'expliquer la différence qu'il pourrait y avoir entre les notions de "mouvement de capitaux" et de "transfert de capitaux". Selon les Demandereuses, la notion de "transfert de capital" aurait pour but de garantir que les valeurs investies peuvent être retirées du pays bénéficiaire, alors que la notion de "mouvement de capitaux" comprendrait l'entrée de capitaux internationaux dans un pays déterminé. Selon la Défenderesse, il y aurait lieu de distinguer la notion de "transfert de capitaux" telle qu'elle est mentionnée dans le Préambule du Traité bilatéral de celle qui est définie à l'article 6 du Traité, où il s'agirait de "transfert de bénéfices". Cependant, la différence alléguée n'a pas été véritablement expliquée et encore moins prouvée avec une clarté ou précision suffisante pour qu'elle puisse être retenue ici.

CONFIDENTIEL

PROJET 9

54. En conclusion sur ce point, le Tribunal arbitral estime que l'interprétation proposée par la Défenderesse, selon laquelle le Traité exigerait le transfert physique de capitaux de l'extérieur à l'intérieur du Chili, n'est pas convaincante compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Il y a lieu de préférer l'interprétation large et ouverte du terme investissement, conformément à une tendance très générale des traités bilatéraux sur ce sujet (tendance qui rejoint d'ailleurs l'esprit, indiqué plus haut, de la Convention CIRDI, qui est d'assurer une certaine souplesse dans l'application du traité (cf. R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995, page 56). Cette tendance générale se vérifie aussi sur le terrain régional de l'Amérique latine. Comme l'écrivit A. Escobar (*Introductory Note on Bilateral Treaties recently concluded by Latin American States*, in vol.11 n°1 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Spring 1996, p.87): "*The definitions of investment found in the "BIT's" are broad and non exhaustive. The most common formulation is that investment means or comprises "every kind of assets". Invariably, such a formulation is followed by a non-exhaustive list of what the definition includes as investment. These definitions reflect the consistent pattern of recent treaty practice*". Le même auteur signale à juste titre que, si les parties au Traité bilatéral avaient souhaité limiter la liberté des intéressés par des conditions précises, elles n'auraient pas manqué de l'exprimer, comme elles pouvaient facilement le faire et l'ont fait à d'autres occasions.

55. Cette analyse est parfaitement confirmée par la pratique du CIRDI, et notamment par la jurisprudence, ainsi qu'en témoigne l'importante décision rendue, sous la présidence du Professeur F. Orrego Vicuña, dans l'affaire *Fedax N.V. c. République du Venezuela* (affaire n° ARB-96-3, Décision du Tribunal sur les objections à la juridiction, 11 juillet 1997, 5 ICSID Report). Cette décision est d'un intérêt particulier en l'espèce, à la fois en ce qui concerne la notion d' "investissement étranger" (ainsi que celle d' "investissement étranger direct") et ce qui concerne la question d'une éventuelle condition de "transfert de fonds dans le territoire de l'Etat hôte de l'investissement". Il y a lieu de citer ici quelques passages topiques de cette Décision:

CONFIDENTIEL

PROJET 9

"The Republic of Venezuela has made the argument that the disputed transaction is not a "direct foreign investment" and therefore could not qualify as an investment under the Convention" (n° 24).

Et le Tribunal de souligner "*the broad reach that the term investment must be given in light of the negotiated history of the Convention*". Ensuite (n° 25), le Tribunal observe que:

"Precisely because the term investment has been broadly understood in the ICSID practice and decisions, as well as in scholarly writings, it has never before been a major source of contention before ICSID tribunals. This is the first ICSID case in which jurisdiction of the Center has been objected to on the ground that the underlying transaction does not meet the requirements of an investment under the Convention. On prior occasions ICSID tribunals have examined on their own initiative the question whether an investment was involved..."

Le Tribunal souligne aussi "*the broad scope of Article 25 (1) of the Convention and the ensuing ICSID practice and decisions*" (n° 29)

56. Ce Tribunal examine ensuite les dispositions de l'Accord bilatéral invoqué, qui est "*the specific bilateral investment treaty governing the consent to arbitration*" et, de la définition donnée par les Parties à l'article 1^{er}, il conclut qu'elle démontre que "*the Contracting Parties to the Agreement intended a very broad meaning for the term investment*". Le Tribunal note encore (n° 34) que "*a broad definition of investment such as that included in the Agreement is not at all an exceptional situation. On the contrary, most contemporary bilateral treaties of this kind refer to "every kind of asset" or to "all assets",... This broad approach has also become the standard policy of major economic groupings such as the European communities*" (dont faisait partie le Royaume des Pays-Bas, pays de l'investisseur – ainsi que dans la présente espèce, le Royaume d'Espagne).

57. Sur la question ici controversée du transfert de capitaux, la même décision *Fedax N.V. c. Venezuela* mérite également d'être citée: la République du Venezuela soutenait que la demanderesse Fedax N.V. ne pouvait prétendre à la qualité d'investisseur "*because it has not made any investment in the territory of Venezuela*", et c'est le même argument que fait valoir en l'espèce

CONFIDENTIEL

PROJET 9

la Partie chilienne. À cet argument, le Tribunal arbitral a répondu ce qui suit (au n° 41):

"While it is true that in some kinds of investments listed under Article 1 (a) of the Agreement, such as the acquisition of interest in immovable property, companies and the like, a transfer of funds or value will be made into the territory of the host country, this does not necessarily happen in a number of other types of investments, particularly those of a financial nature. It is a standard feature of many international financial transactions that the funds involved are not physically transferred to the territory of the beneficiary, but put at its disposal elsewhere..."

58. Ces considérations et constatations générales s'appliquent aussi à la présente espèce. En outre, il n'est pas évident que l'investissement allégué par Monsieur Pey Casado se limite au seul paiement des sommes qu'il a, hors du Chili, fait transférer à Monsieur Dario Sainte Marie, si l'on tient compte des responsabilités, d'ordre technique et commercial, assumées en tant que propriétaire ou actionnaire majoritaire de C.P.P. S.A., de président du conseil d'administration. ainsi que de son travail personnel investi dans la mise à exécution de ses projets de développement de l'entreprise.

Enfin, l'idée qu'un investissement étranger impliquerait toujours et nécessairement un transfert de fonds, de l'extérieur vers le territoire de l'Etat hôte paraît incompatible avec la conception très large et la souplesse de la notion d'investissement – comme on l'a vu ci-dessus - tant dans la Convention CIRDI que dans la pratique générale des traités bilatéraux d'investissement.

59. Les Demandeuresses avaient également invoqué la clause de la nation la plus favorisée de l'API Chili-Espagne en rapport avec la définition du terme "investissement" dans l'API Chili-Belgique:

Article 1.2: "*Le terme "investissement" désigne tout actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti directement ou indirectement dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit (...). Aucune modification de la forme juridique dans laquelle les avoirs et capitaux ont été investis ou réinvestis n'affecte leur qualification d'investissement au sens du présent Accord*" [document C228]

Dans l'API Chili-Australie, on peut lire ce qui suit:

Article 1.2:

"(2) "investor" means:

(a) a natural person from one Contracting Party which owns or effectively controls an investment in the territory of the other Contracting Party where that natural person is a citizen or permanent resident, according to the law of that Contracting Party;

(b) a legal entity from one Contracting Party which owns or effectively controls an investments in the territory of the other Contracting Party, if that legal entity, including companies, corporations, business associations and other legally recognized entities, regardless of whether or not the entity is organized for pecuniary gain, is legally constituted or otherwise duly organized under the law of that Contracting Party and carries on business in the territory of that same Contracting Party." [document C234]

On ne voit pas, dans les accords bilatéraux cités, d'éléments susceptibles d'affecter ou de modifier les considérations qui précèdent.

60. Reste à se demander, compte tenu des thèses opposées des Parties sur ces points (a) si l'investissement de Monsieur Pey peut être qualifié d'étranger et (b) s'il a été fait ou non en accord avec la législation du pays receveur.

L'Article 1^{er} du Traité bilatéral hispano-chilien sur les investissements prévoit, on l'a vu, que "*par investissements s'entendent tous types d'avoirs, tels que biens et droits de toutes natures acquis en accord avec la législation du pays receveur de l'investissement...*".

61. Les Parties demanderesses admettent la condition selon laquelle un investissement doit être un "investissement étranger" selon le droit chilien (Mémoire para 4.3.12.3, page 24) mais considèrent que, à l'époque de l'investissement et en l'absence d'une définition précise des investissements étrangers au Chili, il y a lieu de considérer comme applicable à cette époque tout autant qu'aujourd'hui, la définition de l'article 1^{er} de l'API Chili-Espagne. Elles pensent également que, dans le régime juridique existant au Chili en 1972, le caractère d'investissement étranger résultait de l'origine extérieure,

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

c'est-à-dire étrangère, des ressources financières en question (Mémoire page 32, Mémoire sur la compétence et le fond, page 70-72). A titre subsidiaire, ils ont invoqué la clause de la nation la plus favorisée quant à la définition de l'investissement étranger dans les articles 2.3 et 7.1 de l'API en vigueur au Chili et la Belgique (cf. para 12 supra et pièce C228).

De son côté, la Partie défenderesse soutient que la nature étrangère de l'investissement est définie par la nationalité de l'investisseur. Si le Tribunal arbitral admettait cette thèse, il conviendrait alors d'interrompre ici l'analyse et de renvoyer toute décision sur cette nature au chapitre ultérieur consacré à la nationalité du Demandeur. En revanche et pour plus de sûreté, il est préférable d'examiner plus avant l'argumentation de Demandeur.

62. En mai 2002, le Tribunal arbitral a observé que "*il n'est pas contesté entre les Parties qu'un investissement étranger doit être conforme à la législation en vigueur à l'époque dans l'Etat récepteur ou bénéficiaire*" (Décision du 8 mai 2002, para 113). Cependant, les Parties ont des opinions différentes en ce qui concerne le contenu du droit applicable à l'époque.

Dans leur "Réplique" du 23 février 2003 et durant les audiences des 5 et 7 mai 2003 les Demandereuses ont invoqué la clause de la nation la plus favorisée de l'API Chili-Espagne en rapport avec la définition de l'investissement dans les API Chili-Belgique (articles 1.2: 2.3; 7.1; document C288) et Chili-Australie (article 1.2; document C234) (voir le tableau synoptique des API ratifiés par le Chili et invoqués en conformité de la clause de la nation la plus favorisée, document C227). Au cours de la procédure orale, les Parties ont débattu assez longuement de la question du droit applicable, de la clause de la nation la plus favorisée, du contenu de la législation chilienne et en particulier de la pertinence en espèce de l'application de la Décision 24 de la Commission de Carthagène, selon laquelle l'investissement étranger est celui qui a été fait par un ressortissant étranger.

63. Le Décret n° 482-1971 définit un investissement étranger direct ainsi « *les apports provenant de l'extérieur, propriétés de personnes naturelles ou*

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

entreprises étrangères, au capital d'une entreprises, en monnaies librement convertibles, installations industrielles, matériels ou équipement, avec le droit à la réexportation de leur valeur et au transfert des utilités à l'extérieur. »⁵ Et investisseur étranger comme étant « le propriétaire d'un investissement étranger direct. »⁶

Les Demanderesses, comme on va le voir, ont semblé admettre dans une assez large mesure la pertinence de ladite Decisión no. 24, tout en contestant son applicabilité au cas d'espèce.

64. Bien qu'il soit peut-être superflu, aux fins d'une décision sur la compétence, de trancher les controverses entre les Parties (a) sur le caractère étranger de l'investissement et (b) sur le respect par ce dernier de la législation applicable, néanmoins il y a lieu d'examiner en quelque détail ici, *ex abundanti cautela*, les arguments respectifs présentés par les Parties à ce sujet.

65. Les Demanderesses soutiennent d'abord que le contexte juridique applicable à l'époque de l'investissement était déterminé par une série de lois et décrets (en particulier le Décret n°258-1960 et la Loi n°1272-1961) qui définissent les investissements étrangers comme ceux provenant de capital étranger, les autres textes juridiques mentionnés du côté de la Défenderesse étant ou bien non obligatoires ou bien non en vigueur au Chili au moment de l'investissement, ou encore non applicable à l'investissement de M. Pey Casado dans CPP SA (cf. Réplique sur la compétence du 23 février 2003 pages 53-60).

66. La thèse des Demanderesses est fondée pour une bonne part sur l'applicabilité du Décret 258-1961 qui a créé un "statut de l'investisseur" applicable à ceux qui, sans distinction de nationalité, "*apportent au pays de*

⁵ “Para los efectos del presente régimen se entiende por:

Inversión extranjera directa: Los aportes del exterior, de propiedad de personas naturales extranjeras, al capital de una empresa, en monedas libremente convertibles, plantas industriales, maquinarias o equipos, con derecho a la reexportación de su valor y a la transferencia de utilidades al exterior.”

⁶“ El propietario de una inversión extranjera directa.”

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

nouveaux capitaux, provenant de l'extérieur, dans le but d'initier...améliorer ou rénover des activités productrices". Ce Décret est entré en vigueur le 4 avril 1960 et prévoit notamment que (article 2) "les apports auxquels fait référence le présent Décret ayant force de loi pourront seulement entrer (a) en devises et en crédits dûment qualifiés"(document C-111 des Demandées et document 17 de la Défenderesse, sur la compétence). Il convient de noter que ce Statut prévoit que le Président du Chili peut accorder certains avantages ou franchises si les investissements respectent les dispositions du Statut et que l'Article 4 donne un pouvoir exclusif au Président de la République d'accepter ou de refuser l'entrée de capitaux étrangers nouveaux qui souhaitent bénéficier des avantages ou franchises prévus (Mémoire d'incompétence, para 3.3.3.5.3).

67. Les Demandées soutiennent qu'aucune des dispositions dudit Statut de l'investisseur DFL n° 258/1960 n'est applicable au cas de Monsieur Pey Casado et que toutes ces dispositions ont un caractère facultatif, dépendant du souhait de l'investisseur d'obtenir ou non les avantages prévus. On remarquera à ce stade que la notion même de franchise ou avantage et le système ainsi prévu tendent à démontrer en effet le caractère facultatif du système. Ce caractère facultatif ressort également d'une Circulaire n°161 du 22 décembre 1972 et aussi de l'enquête approfondie menée entre 1969 et 1971 au Chili par le Dr. Stephen F. Lau (document 116, p.17). La Circulaire n°161 du 22 décembre 1972, de la Direction des Impôts Internes (point II.2)⁷ affirmait:

"2.: En ce qui concerne les franchises pour lesquelles les investisseurs étrangers pourraient opter, dans le DFL n°258, elles étaient contenues dans les Titres II à IV inclusivement (...)".

Le Tribunal arbitral tiendra également compte du résultat de l'enquête approfondie menée entre 1969 et 1971 au Chili par le Dr. Stephan F. Lau, sous la direction du Prof. Howe Martin, Directeur de l'American University International Business Laboratory, publiée en 1972, qui après avoir étudié l'ensemble des normes relatives aux investissements étrangers, y compris le Décret 482/1971, constatait leur caractère facultatif et non dirigiste : «*foreign*

⁷ Voir le document n°15 annexé au Rapport de M. Santa Maria; la Demande Incidente du 23 février 2003, pp. 45-46, et la pièce C111.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

legal entities interested in making capital investments in Chile have the option of applying for special privileges under the provisions of DFL 258. » (doc. C116)

68. Cependant, la Partie défenderesse fait valoir que le Statut de l'investisseur a été complété par la Loi n°1272-1961, qui fixe un contexte général pour les personnes souhaitant transférer des capitaux au Chili. Elle fait valoir que l'un ou l'autre de ces deux textes (le Statut 258-1960 ou la Loi n°1272-1961) doit nécessairement s'appliquer, à défaut de quoi l'investissement allégué par Monsieur Pey Casado demeurerait sans réglementation juridique.

69. Pour leur part, les Demandées concluent que la Loi n°1272-1961 réaffirme que "*la qualité d'investissement étranger n'est donc pas conséquence de la nationalité de l'investisseur mais de la nature étrangère du mode de paiement*" (Réponse para 4.10.3.1) et en concluent que le Statut de l'investisseur ne distingue pas selon la nationalité mais est fondé sur la condition que les capitaux proviennent de l'extérieur du Chili (Réponse para 4.11.c).

70. Selon la Partie chilienne, "*la prétendue opération réalisée par Monsieur Pey Casado dans un "pays étranger" aurait dû être soumise au Décret 1272 afin de produire effet au Chili*" (Réplique para 3.5.12.3) car il existait à l'époque de l'investissement un marché des changes formel et obligatoire au Chili. Selon elle, les articles 14 et 16 de la Loi 1272-1961 contiennent des règles obligatoires de contrôle des changes obligeant les opérateurs à passer par l'intermédiaire de la Banque centrale du Chili ou d'autres institutions publiques ou autorisées – et ces diverses règles n'auraient pas été respectées par les Demandées (Mémoire d'incompétence para 3.3.2.1, Annexe 16).

71. À quoi les Demandées répondent que le but de cette loi était d'organiser le contrôle des changes en application des Statuts du Fonds Monétaire International (Exposé complémentaire sur la compétence, D15, p.52) et que son application n'était pas obligatoire mais facultative, étant

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

limitée à ceux qui souhaitaient bénéficier de certaines exemptions, franchises ou avantages spécifiques (*ibid* p.55, Rapport du Président de la Banque Centrale du Chili pendant les années 1972-73, document C44).

72. Selon la Partie chilienne, aucune des deux lois en cause (Statut de l'investisseur et Décret n°1272-1961) n'était obligatoire en elle-même, ce qui serait "logique et évident" pour la raison que "*si l'un de ces régimes avait été obligatoire, l'autre n'aurait pas existé*" (Mémoire d'incompétence para 3.3.3.6.3). Elle soutient pourtant que les opérations de Monsieur Pey ne pouvaient avoir lieu sans respecter le contexte juridique existant, donc l'une ou l'autre de ces dispositions; si bien que, même si aucune de ces dispositions n'était obligatoire, il était impossible pour un investisseur de procéder à un investissement au Chili sans être enregistré soit selon le Décret-Loi n°258-1960 soit selon le Décret n°1272-1961.

On peut citer aussi en passant l'article 14 dudit Décret n°1272 selon lequel "*les personnes physiques ou morales, nationales ou étrangères, qui transfèrent au Chili des capitaux en devises étrangères et qui s'inscrivent au Banco Central du Chili, pourront vendre librement lesdites devises dans la limitation indiquée...*"

73. À ce stade de l'analyse, force est au Tribunal arbitral de constater que la preuve de la prétendue impossibilité précitée n'a pas été faite – les dispositions invoquées, concernant soit les pouvoirs du Président de la République mentionnés plus haut, soit la faculté de s'inscrire à la Banque centrale du Chili, paraissant confirmer bien plutôt le caractère facultatif de cette réglementation.

74. La Partie défenderesse soutient finalement que seuls les investissements enregistrés auprès de la Commission des investissements étrangers pouvaient être considérés comme "étrangers", indépendamment du caractère obligatoire ou facultatif du dit enregistrement. En outre, et en dernière analyse, toute la discussion lui paraît avoir un caractère purement théorique, dès lors qu'une réglementation juridique tout à fait différente, découlant de l'application de la Décision n°24 de la Commission de Carthagène était en réalité applicable, si

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

bien que les législations chiliennes précédemment discutées, soit les Décrets-Lois n°258-1960 et n°1272-1961 ne présenteraient plus qu'un intérêt secondaire (Contre-mémoire sur le fond et la compétence, page 164).

75. Avant de passer à l'examen de cet important argument, il y a lieu de mentionner un argument spécifique de la Partie défenderesse, selon laquelle l'investissement allégué n'aurait pas respecté une autre disposition spécifique du droit chilien, la Loi 16643, du 4 septembre 1964, sur la Presse, exigeant que tous les journaux publiés au Chili restent sous contrôle chilien, soit de ressortissants ou de sociétés ayant leur domicile ou résidence au Chili. Dans le cas où le propriétaire serait une personne juridique, 85% au moins du capital de la société devait appartenir à des ressortissants chiliens (Mémoire d'incompétence para 3.3.4.1.2). Cette disposition spécifique est interprétée par la Partie chilienne comme équivalant à une interdiction de participation de capital étranger en matière de presse.

76. Les Parties demanderesses répondent à cette affirmation que, d'une part, la Convention bilatérale de 1958 sur la double nationalité permettrait de toute façon le contrôle d'une société de presse par un ressortissant espagnol et que, d'autre part et de toute façon, la violation éventuelle de ces dispositions n'emporterait que des sanctions purement administratives (Réplique du 7 février 2000, p.34; Réponse para 4.10.3.2). Le Tribunal constate au surplus que les termes "capital", "capitaux", ou équivalents, ne sont nullement mentionnés tout au long de cette loi, dont l'article 5 porte sur la nationalité, le domicile et la résidence du propriétaire d'une entreprise de presse.

77. Il ressort de ce débat, de l'avis du Tribunal arbitral, qu'aucun des arguments invoqués par la Défenderesse ne suffit à prouver que l'investissement allégué violerait ou aurait violé la législation chilienne. Il y a donc lieu d'examiner de plus près la question de savoir si la Décision n°24 de la Commission de Carthagène est applicable et, dans l'affirmative, s'il conduit à une conclusion différente, comme il est allégué par la Partie défenderesse.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

78. Le Tribunal arbitral aborde à présent la question de la détermination précise du contenu de la législation chilienne en 1972. Les Parties se sont beaucoup opposées sur ce point et spécialement sur la question de savoir si la « Décision n° 24 » de l'Accord de Carthagène a été introduite et a reçu application dans le droit interne du Chili. Cette « Décision n° 24 » instaurait entre les cinq pays du « Groupe andin », Bolivie, Chili, Colombie, Equateur et Pérou, un « Régime commun de traitement (applicable) aux capitaux étrangers, marques, brevets, patentés, licences et royalties ».

79. C'est la Partie défenderesse qui, la première, a invoqué la « Décision n°24 » comme appliquée au Chili où elle fut introduite, selon elle, par le Décret n° 482 du 21 juin 1971 et le Décret en réitération (« de insistencia ») n° 488 du 30 juin 1971. On notera à première vue que, en soutenant que l'investissement de Monsieur Pey, réalisé l'année suivante, devait nécessairement obéir aux dispositions de la « Décision n° 24 », alléguée comme incorporée au droit interne chilien, la Partie défenderesse reconnaissait du même coup que cet investissement était bien étranger car, comme le titre de la « Décision n°24 » l'indique d'emblée, celle-ci a créé un « Régime commun » de traitement des « capitaux étrangers », valable dans les cinq pays du Groupe andin.

Le Tribunal arbitral hasardera une double hypothèse à ce sujet. En invoquant elle – même la « Décision n° 24 », la Partie défenderesse paraissait vouloir soutenir d'une part que les opérations conclues par Monsieur Pey ne sauraient être considérées comme des investissements étrangers pour la raison qu'il n'était pas étranger, mais chilien et d'autre part que son investissement n'est pas étranger au sens de la « Décision n°24 » puisque Monsieur Pey n'a pas administré la preuve qu'il a respecté cette Décision introduite en droit chilien depuis 1971.

80. Le Tribunal arbitral procèdera ci-après en trois temps : i) il vérifiera tout d'abord si la « Décision n° 24 » a bien fait l'objet d'une « réception » en droit interne chilien ; ii) il se demandera ensuite si ladite « Décision n° 24 », ainsi introduite en droit chilien, a fait l'objet de textes internes subséquents,

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

permettant sa mise en application générale et concrète dans l'espace juridique chilien ; iii) il s'interrogera en troisième lieu sur le fait de savoir si la nature même de l'investissement de Monsieur Pey n'excluait pas ipso facto et de jure l'application de la « Décision n°24 » à son cas .

81. On aura remarqué au passage que le principe de l'économie procédurale devrait pousser le Tribunal arbitral à s'attacher exclusivement à examiner la troisième question, car il lui suffirait de déclarer que, en admettant que la « Décision n° 24 » ait été reçue en droit chilien et ait été concrètement appliquée grâce à l'existence d'organes d'exécution appropriés, ladite « Décision n° 24 » ne pouvait nullement s'appliquer à l'investissement de Monsieur Pey, compte tenu de la nature même de cet investissement. Néanmoins, par souci d'être complet, le Tribunal arbitral examinera, tour à tour, l'ensemble des questions posées par la « Décision n° 24 » pour vider pleinement le débat.

i. La réception de la « Décision n° 24 » en droit interne chilien

82. Le Tribunal arbitral rappellera qu'à la clôture de la session qu'il a tenue à Washington les 5-7 mai 2000, la Partie défenderesse avait soutenu que c'est par le Décret n° 482 du 21 juin 1971 que la « Décision n° 24 » portant « Régime commun applicable aux capitaux étrangers ... » avait été incorporée à la législation chilienne et qu'en conséquence elle régissait l'investissement opéré l'année suivante par M. Pey Casado.

Les Parties demanderesses ont affirmé quant à elles que ladite « Décision n° 24 » n'a pu être valablement introduite en droit chilien par le Décret précité n° 482 et qu'elle n'a été légalement incorporée à l'ordre juridique chilien que par un des trois Décrets – lois pris en 1974 par la Junta militaire au sujet des questions d'investissement, à savoir le Décret – loi n° 746 du 6 novembre 1974, intervenu à une date qui se situe deux ans après la réalisation de l'investissement de M. Pey Casado. Les Parties demanderesses reconnaissent toutefois que le Décret n° 482 du 21 juin 1971 avait bien été promulgué et publié au « Journal officiel » du Chili. La Partie défenderesse a

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

ajouté que cette publication a bien été notifiée au Directoire du Groupe de Carthagène («Pacte andin» dont le Siège se trouve à Lima).

83. Le Tribunal arbitral n'ignore pas que ledit Décret n° 482 s'était heurté à l'opposition de l'Institution chargée du contrôle préalable de la légalité des actes juridiques, le « Contralor general de la República ». Cet organe avait en effet estimé (par sa décision du 25 juin 1971, pièce n° 20 annexée au Mémoire d'incompétence de 1998) que la matière couverte par ce Décret – loi devait relever du domaine d'une loi du Parlement et non pas de cet acte de l'Exécutif (Document n° 20, *in fine*, du Mémoire d'incompétence).

L'Exécutif chilien était passé outre à l'opposition du « Contralor general » en adoptant un second Décret – loi n° 488, dit de « réitération » (« Decreto de insistencia ») par lequel la « Décision n° 24 » a été dûment publiée au « Journal officiel » chilien. Le Tribunal arbitral est conscient du fait que cet acte de l'Exécutif avait encouru des critiques au sujet de sa rectitude juridique en droit interne chilien (cf., par exemple, *Enrique Silva Cimma : « Droit administratif chilien comparé »*, Editions juridiques du Chili, 1996, p. 244 – 247).

84. Toutefois le Tribunal de céans n'a pas à se prononcer sur la validité, au regard du droit public interne d'un Etat, d'un acte juridique de l'Exécutif de cet Etat. Dès lors, il ne peut que retenir *prima facie* que le Décret-loi de réitération n° 488 a introduit la « Décision n° 24 » dans l'ordre juridique interne chilien.

85. Ainsi introduite dans l'espace juridique chilien, la « Décision n° 24 » l'avait-elle été aussi dans l'ordre juridique régional des pays andins ? Car le « Régime commun » visait l'intégration simultanée et coordonnée des marchés des Etats membres du Pacte de Carthagène, d'où il semble possible d'inférer que la « Décision n° 24 » ne devait naître à la vie juridique au Chili que pour autant qu'elle voyait le jour dans les quatre autres pays andins et réciproquement. Selon cette interprétation, il suffirait que l'un des Etats du Pacte n'ait pas ratifié la Décision, ou ait tardé à le faire, pour que ladite

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

Décision, même déjà introduite dans la législation des autres Etats, soit paralysée dans son application effective dans l'ensemble de l'espace juridique andin.

86. Les Parties demanderesses affirment à cet égard que c'est seulement après le 15 septembre 1973, lors de la ratification de la « Décision n° 24 » par la Colombie, par son Décret n° 1900 de la même date, que cette Décision serait entrée effectivement en vigueur. Elles ont en effet soutenu que dans son Rapport du 9 septembre 1974, le Directoire de Carthagène avait constaté la difficulté de mise en application effective en Colombie du «Régime commun » instauré par la « Décision n° 24 » pendant la période écoulée entre le 5 juillet 1971, date à laquelle la Colombie aurait notifié audit Directoire ses instruments de ratification (par un Décret n° 1299 déclaré inconstitutionnel par la Cour suprême colombienne) et le 15 septembre 1973, date à laquelle aurait été publié le Décret n° 1900 incorporant la « Décision n° 24 » à l'ordonnancement juridique de la Colombie (Rapport du Directoire, document C 100).

87. Cette thèse a été contestée par la Partie défenderesse au motif que la Colombie aurait bel et bien ratifié ladite Décision en 1971 et que la seule condition requise pour son entrée en vigueur internationale (à l'échelle du Groupe des pays andins) était la communication des instruments de ratification au Secrétariat de l'Accord de Carthagène. Or cette condition aurait été satisfaite le 30 juin 1971 et, dès lors, il importerait peu, sur le plan international, qu'une déclaration d'inconstitutionnalité d'un instrument de ratification ait été faite postérieurement dans le cadre d'un ordre juridique interne (Réplique, paragraphes 3.5 et 14.2 ; et reproduction des documents de ratification dans l'annexe n° 20 au Mémoire d'incompétence).

88. A ce propos, la Défenderesse a produit, après l'audience du 5 mai 2000, une lettre du 26 avril 2000 par laquelle le Directeur général de la Communauté andine, M. Nicolas Lloreda, a confirmé que la « Décision n° 24 » était entrée en vigueur le 13 juillet 1971, donc avant la réalisation de l'investissement par M. Pey en 1972 (sans préciser cependant quel était

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

l'organisme qui, au Chili, devait se charger de l'application de la « Décision n° 24 »)

Le Tribunal arbitral croit déceler une ambiguïté certaine dans le débat entre les Parties, Monsieur Pey Casado évoquant la date de mise en application effective de la « Décision n° 24 », pendant que la Partie défenderesse se limite à parler surtout de l'introduction de ladite Décision dans les différents ordres juridiques internes des cinq pays membres.

89. En admettant que la « Décision n° 24 » portant « Régime commun » pour les cinq pays andins soit entrée en vigueur tant dans l'espace andin dans son ensemble que dans l'ordre juridique chilien en particulier, il resterait à examiner une autre question : celle de savoir si la « Décision n° 24 », ainsi reçue dans la législation chilienne en 1971 par Décret de réitération, a été suivie dans l'espace chilien, par l'adoption de textes subséquents et de mesures administratives permettant sa mise en œuvre pratique et concrète ou si, au contraire, en l'absence de ces textes et mesures, sa publication au « Journal officiel » est restée lettre morte.

ii. Application générale et concrète de la Décision 24 au Chile par de textes internes

90. Les Parties demanderesses ont affirmé qu'il n'existant dans la législation chilienne aucune « providencia », aucune ordonnance ou aucun texte de quelque nature que ce soit portant application de la « Décision n° 24 » et désignant le ou les organes administratifs pour son exécution, alors même que le Décret – loi de réitération n° 488 comportait une disposition transitoire « Article D », (reprise de la « Décision n° 24 ») précisant que « *dans les trois mois* suivant l'entrée en vigueur du présent régime, chaque pays membre doit désigner l'organisme ou les organismes compétents pour autoriser, enregistrer et contrôler l'investissement étranger (...) et informer de cette désignation (...) le Directoire du Groupe de Carthagène »⁸

⁸ Italiques ajoutés.

Les Parties demanderesses ont souligné que, en 1972, date de l'investissement de M. Pey, la « Décision n° 24 », quoique promulguée au Chili, n'avait pas été suivie par les textes d'application nécessaires définissant les choix spécifiques à ce pays concernant les différentes questions posées par l'implantation du « Régime commun » en territoire chilien (organismes compétents pour l'évaluation des investissements, identification des domaines réservés, détermination des critères et barèmes divers, etc...), dont le Décret-loi en réitération ne faisait que poser le principe (Réplique du 7 février 2000, p.17).

91. La Partie défenderesse, quant à elle, a produit (après la clôture de la session du Tribunal arbitral des 5-7 mai 2000) une attestation du Directoire du Groupe de Carthagène établissant que le 5 juillet 1971 le Chili avait notifié à ce Directoire la publication du Décret – loi de réitération. Elle a en outre produit une autre attestation du Président, aujourd’hui en exercice, de la Banque centrale du Chili au sujet de ce même Décret – loi.

92. De l’avis du Tribunal arbitral, il semble qu'un Décret de réitération, s'il s'impose aux agents de l'Etat, peut être combattu devant les tribunaux chiliens par des particuliers ou des tiers étrangers à l'administration. Il en résulte apparemment que la « Décision n° 24 », qui est un traité international, n'a pu être introduite en droit chilien qu'au moyen d'un Décret de réitération et dont n'importe quelle personne pourrait obtenir la non-application par un recours.

Une telle situation soulève des doutes quant à la qualité de la « Décision n° 24 » en tant qu'obligation internationale dont l'application, pour le Chili et au Chili, serait impérative. Le fait est qu'au Chili ce Décret – loi ne semble pas avoir été appliqué d'une manière générale et concrète. La Partie défenderesse, par les deux attestations qu'elle a produites, n'a pas administré la preuve de la création du ou des organismes administratifs d'exécution de la « Décision n° 24 » et le Tribunal arbitral ne trouve pas trace de la création de cet organe de contrôle (c'est le Décret-loi n° 746 qui désignera plus tard, en

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

1974, le Comité des investissements étrangers pour remplir les missions nouvelles assignées par la « Décision n° 24 »).

93. En droit international, on le sait, il existe des « self-executing treaties », pourvus de mécanismes d'application directe, aussi bien que des « non-self-executing treaties » qui eux requièrent, pour être appliqués au plan interne, l'adoption de mesures d'accompagnement législatives ou réglementaires (cf. Thomas Buergenthal : « Self-executing and non-self-executing treaties in national and international Law », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1992, IV, tome 235, p. 303-399). Outre la jurisprudence interne et internationale analysées, ainsi que la doctrine citée, le juge Thomas Buergenthal s'est référé (p. 392) à l'étude chilienne suivante : S. Bedanava : « Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos », in Nuevos enfoques del derecho internacional, n° 9, Santiago, 1992.

94. Cet auteur y a analysé, entre autres, un arrêt du 22 octobre 1984 de la Cour suprême du Chili concernant la mise en œuvre en territoire chilien du Pacte international des droits civils et politiques, arrêt dont l'argumentation s'applique exactement à la question de l'application de la « Décision n° 24 » examinée ici. La Cour suprême chilienne a déclaré, entre autres, que ce Pacte de 1966 des Nations Unies ne pouvait pas être appliqué dans le pays du fait qu'une législation nationale rendant effectifs les droits reconnus dans ledit Pacte n'avait pas encore été édictée. Le « Considérant » n° 12 de cet arrêt mérite d'être cité :

« Qu'en fin de compte, la thèse de l'incorporation automatique du Pacte à notre droit interne se trouve invalidée par ce que dispose le Pacte lui-même en son article 2, paragraphe 2 : « Chaque Etat partie s'engage à adopter, conformément à ses procédures constitutionnelles et aux dispositions du présent Pacte, et en temps voulu, les mesures pour édicter les dispositions législatives ou d'un autre caractère qui seraient nécessaires pour rendre effectifs les droits reconnus par le présent Pacte et qui ne seraient pas déjà garantis par des dispositions législatives ou d'un autre caractère ».

CONFIDENTIEL

PROJET 9

95. C'est très exactement ce qu'attendait le Groupe de Carthagène de chacun des cinq Etats parties du Pacte andin, dont le Chili. C'est ainsi que le préambule du Décret n° 482 de 1971, faisant fidèlement écho au contenu de la « Décision n° 24 », disposait ce qui suit :

"Que, à l'alinea 2 de l'article 27 précité, il engage les pays membres à adopter les ordonnances (las providencias) qui seraient nécessaires à la mise en pratique de ce Régime dans les six mois suivant son approbation par la Commission " du Groupe de Carthagène.

C'était là l'expression claire et juridiquement correcte de la nature du traité créant le Pacte andin, en tant que « non-self-executing treaty ». De fait, l'annexe n° 1 de la « Décision n° 24 » (figurant dans l'avis de droit de M. Santa Maria, annexe n° 10) et intitulée « Lignes directrices pour la demande d'autorisation, l'enregistrement et le contrôle de l'investissement étranger », montre la multitude d'opérations que l'investisseur ne peut effectuer que s'il existe, au plan interne, un ou des organes qualifiés et identifiés pour instruire sa demande d'investissement. La « Décision n° 24 » constituait donc une sorte de droit programmatoire qui nécessitait et attendait des « *providencias* » (ordonnances) ou textes réglementaires pour son application effective. Dans le même sens, on peut lire dans un étude de la Revue « Vanderbilt Journal of Transnational Law » (Vol. 5, n° 2, Spring 1972, p. 337) que:

« The Agreement of Cartagena, as the basic structural documents for subregional integration, is therefore essentially a framework within a framework ».

On verra que les ordonnances édictées à cet effet au Chili et produites par la Partie défenderesse auront été les Décrets-lois n° 600 et 746 de 1974.

96. La « Décision n° 24 » (telle qu'introduite dans l'espace juridique chilien par les Décrets n° 482 et 488 de 1971) constitue un « non-self-executing treaty » (ce que la Partie défenderesse n'a jamais nié au surplus) et que son application effective nécessitait l'adoption de mesures législatives ou réglementaires. Le Tribunal arbitral pourrait s'en tenir là, ayant constaté que la Défenderesse n'a pas apporté de preuve convaincante à l'appui de son

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

argumentation sur l'applicabilité de la Décision no. 24 au Demandeur et le non-respect de ses dispositions par ce dernière. Mais il préfère, *ex abundanti cautela*, examiner plus en détail l'argumentation de la Partie défenderesse concernant de telles mesures.

97. La République du Chili a versé au dossier un document, en forme de photocopie de deux pages d'une communication datée du 13 janvier 1972, attribuée au Président Allende, et qui aurait été adressée, à « MM. les membres du Comité des investissements étrangers ». M. Alfonso Inostroza, qui siégeait dans ce Comité en sa qualité de Président de la Banque Centrale du Chili et est l'auteur d'un témoignage établi en août 1998 à l'intention du Tribunal arbitral, n'a fait dans sa déposition aucune mention de ce que la « Décision n° 24 » ait été appliquée en 1972 (pièce C 44).

98. Ce document, versé par la Partie défenderesse, ne contient pas l'énoncé des dispositions pratiques indispensables à la mise en application du Décret-loi No. 488 de 1971 aux investissements étrangers et il ne couvre pas, par sa nature et pas son contenu, les besoins attendus d'un texte d'application effective de la « Décision n° 24 », comme le sont les dispositions réglementaires d'application prises dans le cadre des Décrets – lois n° 258 de 1960 et n° 600 de 1974.

En outre la Partie défenderesse n'a pas produit la preuve qu'ait été publiée au «Journal officiel» la désignation du Comité des investissements étrangers (pièce n° 17 A annexée au Rapport de M. Santa Maria, expert du Chili et Réplique des demanderesses du 23 février 2003, p.53 – 54). Ce même Comité des investissements étrangers a fait partie de la représentation de la Partie défenderesse dans la présente procédure arbitrale et, requis par les Demandées, il n'a pas produit la preuve de ce qu'un quelconque investissement étranger ait jamais sollicité une autorisation ou ait été enregistré sous le régime de la « Décision n° 24 » avant le 11 septembre 1973.

99. Selon un Rapport du 8 septembre 1974 (pièce C100) du Directoire du Groupe de Carthagène, le Chili, qui avait introduit la « Décision n° 24 » dans

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

son ordre interne par le Décret de réitération n° 488 de 1971, n'avait pris d'autre disposition interne que celle prévue dans le Décret – Loi n° 600, pris le 13 juillet 1974. Et ce texte réglementaire de mise en application pratique de la « Décision n° 24 » a été jugé par le Groupe de Carthagène « incompatible » avec celle-ci. Le Rapport précise en effet que ce texte contrevient à certaines dispositions de l'Accord de Carthagène. L'épilogue sera que, le 30 octobre 1976, le Chili a renoncé au « Régime commun » établi par la « Décision n° 24 » et a quitté le Groupe andin.

100. Le Tribunal arbitral constate ainsi que les informations dont il dispose portent aux conclusions suivantes :

- a) le Chili a bien introduit dans sa législation interne la « Décision n°24 » par le Décret – loi de réitération n° 488 de 1971 qui reprenait le Décret n° 482 d'abord écarté par la « Controlaria general de la República » ;
- b) le Chili n'a toutefois pas pris, avant le coup d'Etat du 11 septembre 1973, de texte d'application de ce Décret –loi et n'a donc pas désigné le ou les organismes internes susceptibles d'autoriser, d'enregistrer et de contrôler l'investissement étranger, moyennant des critères et des procédures déterminés, prévus à l'Annexe n° 1 de la « Décision n° 24 » intitulée « Lignes directrices ... » ;
- c) il paraît donc matériellement impossible que en 1972, à l'époque de l'investissement de M. Pey, la « Décision n° 24 » ait pu lui être appliquée, et ceci à supposer que cet investissement ait été de ceux que la « Décision n° 24 » pouvait réglementer. Ce qu'il y a lieu maintenant d'examiner et a été longuement débattu entre les Parties.

iii. L'inapplication de la « Décision n° 24 » à l'investissement de M. Pey, compte tenu de sa nature.

101. La « Décision n° 24 » avait prévu un mécanisme, prétendu obligatoire par la Partie défenderesse, d'autorisation, d'enregistrement et de contrôle des

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

investissements étrangers par l'organisme chilien compétent. Cette exigence n'aurait pas été respectée par M. Pey, selon la Partie défenderesse, pour qui, de toute façon, si une demande d'enregistrement de son investissement avait été présentée par M. Pey, elle aurait été refusée comme contraire au droit interne chilien, parce qu'il s'agissait d'une entreprise de presse dans laquelle toute introduction de capital étranger était exclue par principe par la législation chilienne, exclusion prise en compte par l'article 43 de la « Décision n° 24 » qui disposait que : « il ne sera pas admis de nouvel investissement étranger direct dans les entreprises de presse ». L'investissement réalisé en 1972 par M. Pey serait donc contraire à la « Décision n° 24 » et à la législation chilienne.

102. Les Parties demanderesses ont répondu à cette argumentation en soutenant que, même si la «Décision n° 24» avait été appliquée effectivement au Chili, elle aurait constitué non pas une réglementation applicable de manière généralisée, mais l'énoncé d'obligations facultatives, accessibles à certains types d'investissements étrangers qui ne relevaient d'ailleurs pas du régime juridique existant au Chili à l'époque de l'investissement de M. Pey. Ce régime de l'époque, tout aussi facultatif, était celui instauré notamment par les Décrets-lois n° 258 de 1960 et 1272 de 1961 (document C 44, Rapport de M. Inostroza, Président de la Banque Centrale du Chili en 1972). Plus spécifiquement, selon les Parties demanderesses, même si la « Décision n° 24 » avait été effectivement appliquée en 1972, ce qui n'était pas le cas, elle « ne visait pas l'investissement dans CPP S.A. , (entreprise chilienne) effectué par un ressortissant espagnol qui bénéficiait alors des avantages de la Convention sur la double nationalité du 24 mai 1958 » (pièce D 15, page 65 ; audiences des 5 – 7 mai 2003, p. 197-208 et 474-477).

103. Le Tribunal arbitral ne pense pas que cette approche des Demandерesses apporte une solution à la question posée. Aucune des Parties n'a affirmé que le Gouvernement Allende aurait édicté les textes réglementaires nécessaires à la mise en application du Décret-loi n° 482 ou n°488 de 1971. En l'absence de ces règlements d'application, le Tribunal n'est

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

pas en mesure de connaître ou apprécier les démarches que M. Pey aurait pu ou dû effectuer en 1972 en ce qui concerne son investissement.

Le Tribunal de céans n'a pas mission de dresser des scénarios virtuels, non appuyés par une quelconque norme portée à sa connaissance, et imaginer quelles auraient été les voies qui, d'après d'hypothétiques dispositions, s'offraient en 1972 à un investisseur étranger souhaitant bénéficier des franchises établies dans l'Accord de Carthagène. Auprès de quel organisme aurait-il pu déposer une demande ? Avec qui aurait-il pu convenir, le cas échéant, un contrat d'investissement ? En vertu de quel décret ou ordonnance cet organisme aurait-il eu autorité pour statuer sur cette éventuelle demande ? Le Tribunal n'en sait rien, les réponses à ces diverses questions n'ayant pas été portées à sa connaissance et il n'a pas réussi à les trouver malgré ses efforts.

104. En résumé, la Partie défenderesse a soutenu l'invalidation du rapport d'extranéité établi par les deux Décrets-lois de 1960 et de 1961, en voulant appliquer à l'investissement réalisé par M. Pey les dispositions du Décret n° 482 du 21 juin 1971 ou n°488, censé introduire dans l'ordre juridique chilien la « Décision n° 24 ». Cette argumentation paraît peu convaincante au Tribunal arbitral. Ceci pour les deux raisons suivantes:

a) ledit Décret de 1971 n'a pu être pleinement incorporé et effectivement appliqué dans l'ordre juridique chilien que par le Décret ayant force de loi (« DFL ») n° 746 du 6 novembre 1974 pris par la Junte militaire, donc deux ans après l'investissement de M. Pey ;

b) et, en admettant même que le Décret n° 482 du 21 juin 1971 et celui n°488 en réitération aient pu être appliqués aux investissements effectués en 1972, ils ne pouvaient pas être applicables aux capitaux internationaux de M. Pey Casado. En effet, les dispositions mêmes des Décrets n° 482 et 488 de 1971 ne touchaient pas, et ne pouvaient pas toucher, cet investissement de M. Pey, lequel a réalisé un investissement « étranger » dans une entreprise « nationale » chilienne.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

105. Pour tenter de voir clair dans le maquis des textes, le Tribunal arbitral récapitulera ci-après l'ensemble des textes susceptibles d'être invoqués, de part ou d'autre, au sujet du caractère étranger ou non de l'investissement réalisé en 1972 par M. Pey. Ces textes sont les suivants :

- le Décret ayant force de loi (« DFL ») n° 258 des 30 mars et 4 avril 1960 portant « Statut de l'investisseur » (Document n° 17 du Mémoire d'incompétence) ;
- le Décret n° 1272 du 7 septembre 1961 portant sur les opérations internationales de change et d'autres matières (Document n° 16 du Mémoire d'incompétence) ;
- le Décret - loi n° 482 du 21 juin 1971 introduisant au Chili la « Décision n° 24 » de la Commission du Groupe de Carthagène et repris en tant que Décret de réitération n° 488.
- le Décret ayant force de loi (« DFL ») n° 326 du 18 février 1974 (cf. le « Diario oficial » du 21 février 1974) ;
- le Décret ayant force de loi (« DFL ») n° 600 du 11 juillet 1974 portant « Statut de l'investisseur étranger » et abrogeant le « DFL » n° 258 du 4 avril 1960 (cf. le « Diario oficial » du 15 juillet 1974) ;
- le Décret ayant force de loi (« DFL ») n° 746 du 6 novembre 1974 édicté par la Junta militaire pour donner effet au Chili au Décret n° 482 du 21 juin 1971, à la « Décision n° 24 » et donc à la réception de cette Décision dans l'ordre juridique chilien (cf. le « Diario oficial », « Journal officiel », du 9 novembre 1974) ;

106. Les Décrets n° 482 et 488 de 1971 ont été suffisamment examinés plus haut pour qu'il soit nécessaire d'y revenir. Les deux premiers Décrets, celui du 30 mars 1960 et celui du 7 septembre 1961, possèdent les caractéristiques communes suivantes :

a) la qualification d'« étranger » pour un investissement ne dépend aucunement de la nationalité de l'investisseur. Le rapport d'extranéité porte exclusivement sur le caractère international des capitaux qui ont servi pour l'investissement dans l'espace économique du Chili ;

CONFIDENTIEL

PROJET 9

b) les ressortissants chiliens, titulaires de capitaux internationaux, sont donc admis comme sujets dudit investissement, sur un pied d'égalité avec les non-Chiliens ;

c) aucun des deux Décrets n'envisage d'exiger des capitalistes, quelle que soit leur nationalité, qu'ils s'engagent à exporter les bénéfices, comme condition pour que l'investissement dans l'espace économique chilien de leurs capitaux internationaux puisse mériter d'être qualifié d'investissement « étranger ». Ces deux textes ouvrent un droit, que lesdits capitalistes ont la libre faculté d'exercer, et non pas une obligation qu'ils auraient le devoir impératif d'exécuter.

d) l'argumentation de la partie Défenderesse, soit dit en passant, semble manque de clarté quant à l'utilisation qu'elle fait de textes légaux précités (Mémoire d'incompétence, points 3.2.2.4 ; 3.2.2.5 ; 3.2.2.8 ; 3.3.1. ; 3.3.3.4 ; 3.3.3.5 ; 3.4.2. ; 6.3.3.3 ; Réponse, points 3.1.1 ; 3.1.2 ; 3.1.3 ; 3.1.4.2 ; 3.1.4.3 ; 3.4 ; 3.5.10.3 ; 3.5.10.6 ; 3.5.12) ; en effet les deux Décrets de 1960 et de 1961 concèdent aux capitaux étrangers une simple option d'exporter les bénéfices et cela, selon certaines franchises, pourvu que, s'ils souhaitent y recourir, qu'ils se soumettent à diverses conditions à cet effet ;

e) il apparaît en conséquence conforme à la législation chilienne en vigueur à la date de l'investissement en 1972 que des capitaux internationaux puissent être investis dans l'espace économique du Chili sans que leurs titulaires soient pour autant obligés de bénéficier desdites franchises, comme l'a clairement expliqué M. Alfonso Inostroza, Président de la Banque Centrale du Chili à l'époque à laquelle l'investissement de M. Pey a eu lieu (cf. le document C 44) ;

f) enfin il n'a pas été démontré qu'il ait existé au Chili, en 1972 une autre définition du concept d'investissement des capitaux internationaux pouvant être appliquée aux circonstances de l'opération économique de M. Pey. La condition de nationalité (étrangère) était inexistante dans la législation chilienne en 1972 pour définir un capital comme « étranger ».

107. L'investissement réalisé par M. Pey remplissait parfaitement la seule condition exigée par la législation chilienne de 1960 et 1961 régissant le « Statut de l'investisseur » de capitaux internationaux à la date à laquelle il a

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

effectué l'investissement desdits capitaux. Cela constitue du même coup et *ipso facto* la satisfaction de la condition établie à l'article 2 (2) de la Convention hispano-chilienne du 2 octobre 1991 sur la protection et l'encouragement réciproque des investissements internationaux.

Certes, le premier Décret, celui de 1960 (DFL n° 258 des 30 mars et 4 avril 1960), a été abrogé par le DFL n° 600 du 11 juillet 1974 portant « Statut de l'investisseur étranger », mais l'investissement de M. Pey a eu lieu en 1972 et l'abrogation du texte de 1960 n'est intervenue qu'en 1974. C'est dire que l'investissement a bien été réalisé sous le régime juridique établi par le décret de 1960.

108. Quant au second Décret, celui de 1961, il était également en vigueur lorsque M. Pey a effectué son investissement en 1972. Il importe peu en conséquence que ce Décret de 1961 ait été par la suite modifié ou abrogé par la Junta militaire (par son Décret ayant force de loi n° 326 du 18 février 1974). L'investissement de M. Pey a eu lieu sous le régime juridique du décret de 1961. Ce Décret-loi de 1961 porte sur les opérations de changes internationaux et sur d'autres matières. Son article 3 (Document n° 16 du Mémoire d'incompétence) disposait :

« Article 3. Les (...) opérations de changes internationaux seront assujetties à la présente loi (...).

Constituent des opérations de change international l'achat, la vente ou les transactions (...) portant sur des (...) chèques, virements, ordres télégraphiques ou documents de toute nature en monnaie étrangère, même s'ils ne comportent pas de transferts de fonds du Chili à l'extérieur ou vice-versa ».

Cette norme est d'une importance évidente dans le présent débat et constitue une preuve du caractère « étranger » de l'investissement de M. Pey. Il est clair que la législation chilienne à l'époque dudit investissement n'imposait pas un transfert physique de fonds de l'étranger vers le territoire chilien comme condition pour considérer un investissement comme « étranger ».

CONFIDENTIEL

PROJET 9

109. En résumé les normes qui régissaient les investissements étrangers au Chili en 1972, c'est-à-dire au moment où M. Pey avait réalisé son investissement, étaient les seuls Décrets-lois n° 258 du 30 mars 1960 et n° 1272 du 7 septembre 1961. Dans ces deux textes, qui ouvraient tous deux une option pour les investisseurs, l'expression «investissement étranger» signifiait «capitaux extérieurs apportés indifféremment par des Chiliens ou des étrangers».

110. A l'investissement de M. Pey sont applicables les définitions d'«investissement étranger» du Décret ayant force de loi (DFL) n° 258 du 4 avril 1960, portant sur les investissements de capitaux étrangers au Chili par des ressortissants *chiliens* ou étrangers. Tout en étant *optionnel*, ce décret était en vigueur en 1972 (et il a été abrogé par le «DFL» n° 600 du 11 juillet 1974).

111. Sont également applicables à M. Pey les définition d'«investissement étranger» du DFL n° 1 272 du 7 septembre 1961 (*cf. document n° 16 du Mémoire d'incompétence*), qui, tout en étant optionnel, était en vigueur en 1972. A telle enseigne que le «DFL» n° 326 du 18 février 1974 (*Diario oficial* du 21 février 1974), portant modification de l'article 14 du «DFL» n° 1 272 du 7 septembre 1961, a pu statuer que :

« Article 1- L'article 14 du «DFL» n° 1 272, du 7 septembre 1961 (....) sera remplacé par le suivant :

« Article 14 – Les personnes physiques ou juridiques nationales ou étrangères, qui transfèrent au Chili des capitaux en devises étrangères et qui s'inscrivent à la Banque centrale du Chili, pourront vendre librement lesdites devises avec les limitations légales et celles de caractère général établies par le Comité exécutif dudit organisme à la date de la liquidation. A ces effets, la Banque centrale autorisera l'apport et délivrera un certificat d'inscription nominatif et non transférable.

Les personnes qui auront recours à cette disposition pourront réexporter librement, en tout ou en partie, lesdits capitaux, avec les limitations légales et celles de caractère général établies par le Comité exécutif en vigueur à la date ou a été délivré ledit certificat, lequel devra être préalablement rendu ou, le cas échéant, en inscrivant le transfert partiel.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

De même, la Banque centrale du Chili autorisera les transferts correspondants des intérêts des crédits ou, le cas échéant, des bénéfices, conformément aux conditions antérieures et dans les limites légales. »

(...) Article transitoire n° 2 : le régime de transfert des capitaux établi dans le présent Décret ayant force de loi sera appliqué aux apports entrant dans le pays après sa publication au Journal officiel. »

112. En conclusion, ni le but ni la raison d'être de la « Décision 24 » ne sont applicables à l'investissement de M. Pey. Pour ce qui concerne le Décret n°482 du juin 1971 (« Décision 24 »), ceci résulte des faits suivants:

La question de sa pleine mise en application n'a été résolue au Chili que par le Décret ayant force de loi (DFL) n° 746 du 6 novembre 1974 (*J.O.* du 9 novembre 1974) ; son but principal figure dans les articles 28 et suivants, qui précisent que les entreprises étrangères voulant bénéficier des avantages douaniers des pays membres du Groupe andin doivent se transformer en entreprises nationales, dans un délai n'excédant pas 15 ans – pour la Colombie, le Chili, le Pérou et le Venezuela – et 22 ans pour la Bolivie et l'Equateur ; une définition de la société « étrangère » est donnée par les articles 1 et 30 de la « Décision n° 24 » et par la « Décision n° 47 » de la Commission du Groupe andin :

- « *Nouvelle société (ou investissement) étrangère* » signifie : une société créée (ou un investissement effectué) après le 30 juin 1971, au sein de laquelle les investisseurs du Marché commun andin sont minoritaires et ne détiennent aucun contrôle. Les apports de capitaux faits après le 30 juin dans les entreprises étrangères déjà existantes sont également considérés comme nouveaux investissements étrangers », (cf. P. Schliesser et S. Volnay dans *Journal de droit international*, 1972, n°3, p.560) ;

113. Une définition de l'entreprise « nationale » ou de l'actionnaire « national » se trouve dans les articles 1 et 30 de la « Décision n° 24 » et dans les « Décisions n° 46 et n° 48 » de la Commission du Groupe andin :

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

- « *Actionnaires nationaux signifie : personnes physiques et morales ayant la nationalité du pays d'accueil de l'investissement* ; également les nationaux de pays étrangers ayant résidé dans le pays d'accueil plus d'un an et ayant, conformément au Code [des investissements], abandonnée leur droit au rapatriement du capital et des bénéfices. Les nationaux des autres pays du marché commun andin ainsi que la Société andine de développement seront également considérés comme actionnaires nationaux dans les nouvelles sociétés étrangères » (P. Schliesser et S. Volnay, *op. cit.*, p. 560).

L'article 1 du décret n° 482 du 25 juin 1971 dispose ce qui suit :

« aux effets du présent régime on entend par

- « *investissement étranger direct* » les apports provenant de l'extérieur, propriété de personnes physiques ou d'entreprises étrangères, au capital d'une entreprise, en devises librement convertibles, (...) ayant droit à la réexportation de leur valeur et au transfert de bénéfices à l'extérieur. On considérera également comme étant un investissement étranger direct les investissements en monnaie nationale provenant de ressources ayant le droit d'être réexportées à l'étranger » [contrôle des changes].

114. Or les apports de M. Pey provenaient certes de l'extérieur, mais le requérant n'était pas en 1972 une personne physique « étrangère » au Chili. En outre il n'avait opté pour le bénéfice d'aucun des régimes donnant alors droit à la réexportation des bénéfices, ce qui est l'une des caractéristiques déterminantes des investissements visés par la « Décision n° 24 » et consubstantiels aux objectifs de celle-ci.

L'article 2 du Décret n° 482 du 25 juin 1971 définit l'un des buts de ce régime :

« *Un investisseur étranger souhaitant investir dans un des pays membres devra présenter sa demande auprès de l'organisme national compétent qui, après son évaluation, l'autorisera lorsqu'il correspondra aux priorités de développement du pays récepteur* ».

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

A l'évidence M. Pey, n'étant pas en 1972 un *étranger* au Chili, n'avait pas à demander une telle autorisation et rien dans le dossier ne permet d'affirmer qu'il l'a demandée.

115. Etant donné qu'au sens du Décret n° 482 de 1971, l'entreprise CPP S.A. éditrice du journal « Clarin », était une entreprise « nationale », elle avait le droit d'exporter dans les pays du Marché andin, sans autres conditions :

« Article 1. Aux effets du présent régime on entend par

- Investisseur national : l'Etat, les personnes physiques nationales, les personnes morales à but non lucratif et les entreprises nationales définies dans cet article ;*
- Entreprise nationale : celle constituée dans le pays récepteur et dont plus de 80 % capital appartient à des investisseurs nationaux(…). ».*

« Article 27 : Seules les produits fabriqués par les entreprises nationales et mixtes des pays membres jouiront des avantages découlant du programme de libération de l'Accord de Carthagène, ainsi que les entreprises étrangères qui se trouvent en voie de transformation en entreprises nationales ou mixtes conformément aux termes établis dans le présent Chapitre [II] ».

116. Le caractère optionnel et volontaire du statut de l'investissement étranger valable en 1972 est confirmé par le DFL n° 600 de 1974 applicable qu'à ceux qui souhaitaient bénéficier des franchises qui y étaient associées. L'article transitoire n°2 confirme que la modalité d'investissement pratiquée en 1972 par M. Pey dans CPP S.A. était de nature *étrangère* indépendamment du fait qu'elle n'avait pas été inscrite auprès de la Banque Centrale.

117. Ce DFL n° 600 de 1974, en abrogeant le DFL n° 258 du 4 avril 1960, montre bien que c'est ce dernier (et non pas la « Décision 24 ») qui était en vigueur et était le seul à être appliqué lors de l'investissement de M. Pey en 1972 .

118. Enfin, et pour achèvera l'examen des arguments échangés au sujet de cette « Décision 24 », le Tribunal arbitral estime devoir évoquer l'argument du « dilemme fatal » dans lequel la Partie défenderesse déclare avoir enfermé les

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

Parties demanderesses. Ce « dilemme fatal » se présenterait comme suit : ou bien l'investissement de 1972 a été réalisé par M. Pey en sa qualité de ressortissant chilien et alors il serait valable comme « investissement national » au Chili à l'époque, mais non comme « investissement étranger », ou bien les opérations effectuées par lui avaient bien la qualité d'«investissement étranger», et alors elles seraient contraires au droit chilien qui interdit tout « investissement étranger » dans la presse nationale. Le Tribunal arbitral est d'avis qu'un tel dilemme n'existe ni en fait ni en droit, à la fois pour les raisons déjà exprimées précédemment et pour les raisons suivantes:

119. Dans les faits, le Tribunal arbitral n'a trouvé au dossier, entre la date de l'investissement en 1972 et celle de la saisine du CIRDI en 1998, aucune remarque des Autorités chiliennes concernant une quelconque infraction qu'aurait commise M. Pey dans le cadre de la mise en vigueur alléguée du « Régime commun » établi par la « Décision n° 24 ». Le premier reproche sur ce point apparaît dans le Mémoire sur l'incompétence du 29 décembre 1999 (points 3.2.2.6. et 3.2.2.7.).

120. Or les Autorités chiliennes, politiques et administratives, civiles et militaires, avaient pourtant effectué des recherches apparemment minutieuses sur les circonstances dans lesquelles M. Pey avait acquis la société CPP S.A. en 1972 avec ses capitaux étrangers (documents produits par la Partie défenderesse le 12 novembre 2002 à la demande du Tribunal arbitral, pièce D.20). A partir de septembre 1975, cette acquisition avait même fait l'objet d'une procédure judiciaire (pièce D. 19). Aucune autorité n'avait alors reproché à M. Pey d'avoir enfreint l'application du « Régime commun » établi par la «Décision n° 24» à la suite du Décret n° 482 /488 de 1971 ou de quelque autre disposition relative aux investissements en devises dans une entreprise de presse.

121. En fait, comme déjà indiqué, il est notable que dans toute la législation chilienne sur les investissements étrangers en vigueur pendant la période concernée, l'élément qui conférait la qualité d'« étranger » à investissement (tel

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

que celui réalisé dans les entreprises CPP S.A. et EPC Ltée), était l'origine extérieure des fonds et nullement la nationalité.

En 1972, M. Pey était un ressortissant chilien, jouissant sans entrave des qualités attachées à la nationalité du Chili, conformément l'article 2 de la Convention sur la double nationalité du 24 mai 1958. Ces avantages ne privaient pas pour autant ses capitaux de leur qualité d'«étrangers» attachée à leur provenance extérieure au Chili. Les Décrets-lois n° 258 de 1960 et n° 1 272 de 1961 appliqués à la date de l'investissement établissaient une différence quant à l'origine locale ou étrangère des capitaux, et non pas en fonction de la nationalité de l'investisseur. L'avis unanime du Conseil de défense de l'Etat du 29 novembre 1971 (reprenant l'avis rédigé dans le même sens en août 1971 par la Banque Centrale du Chili) avait bien montré que les deux Décrets-lois précités de 1960 et de 1961 étaient appliqués aux investissements effectués en devises par les ressortissants chiliens. La circulaire de la Direction Nationale des impôts du 22 décembre 1972, ainsi que le témoignage de M. Alfonso Inostroza, Président de la Banque Centrale à l'époque de l'investissement de M. Pey, vont dans le même sens.

122. En résumé, le Tribunal arbitral estime et constate que l'investissement de M. Pey en 1972 est antérieur à l'éventuelle l'application effective au Chili du Décret n° 482 du 25 juin 1971 (« Décision 24 »). Par ailleurs, il n'a pas été prouvé qu'il ait été dans les finalités dudit Décret de s'appliquer à des investissements de la nature de celui de M. Pey, et que, enfin, en 1972 et 1973 étaient en vigueur le DFL n° 258 du 30 mars 1960 (Statut de l'Investisseur), et le DFL n° 1 272, du 7 septembre 1961 (documents n° 17 et 16 du « Mémoire d'incompétence »).

Avant d'examiner la condition de l'investissement pour ce qui concerne la seconde Partie demanderesse, soit la Fondation Président Allende, il convient maintenant d'examiner les questions de la nationalité de M. Pey Casado.

Chapitre II: la Nationalité du premier Demandeur

123. Il convient de rappeler ici, en guise d'introduction, la Décision du 8 mai 2002 (No 105 ss.) joignant les exceptions au fond selon l'article 41 de la Convention de Washington. Dans sa Décision, le Tribunal a considéré que "il ne paraît ni que la Partie défenderesse ait fait la preuve de son affirmation concernant la nationalité chilienne du Demandeur, ni que ce dernier ait démontré, de son côté, avoir valablement renoncé à cette nationalité ou en avoir été privé en raison des événements suivant le coup d'état militaire du 11 septembre 1973, ou en raison de dispositions de caractère général ou particulier prises par le Gouvernement chilien (No 110)".

124. A la suite de cette Décision, ainsi que le rappelle le résumé de la procédure, les deux Parties ont exposé en détail et en profondeur, dans leurs écritures comme dans les plaidoiries orales, leurs points de vue respectifs sur ces mêmes questions, et dans un large débat contradictoire, si bien que le Tribunal arbitral est aujourd'hui en mesure d'en décider.

125. La première question est celle de savoir si M. Pey était un ressortissant espagnol ou chilien le 2 octobre 1997 (date à laquelle il a consenti à l'arbitrage du CIRDI, par une déclaration écrite à Santiago – consentement exprimé à l'exclusion de ce qui concerne le différend concernant la restitution ou l'indemnisation de la presse GOSS) ou le 20 avril 1998 (date de l'enregistrement par le Centre CIRDI de la requête d'arbitrage des Demandereuses) et/ou s'il était un double national à l'une et l'autre de ces deux dates.

126. Quant aux faits, on se bornera à se référer ici, pour éviter des répétitions inutiles, à l'exposé détaillé qui en est fait dans la partie FAITS de la présente Sentence, un autre résumé, au moins provisoire, se trouvant aussi dans la Décision du 8 mai 2002 (aux Nos 50 ss., voir aussi nos 37-39). On appellera néanmoins, pour plus de clarté, les données essentielles suivantes:

CONFIDENTIEL

PROJET 9

Né en Espagne en 1915, M. Victor Pey Casado a émigré au Chili en 1939 à l'époque de la défaite de la République espagnole par la rébellion franquiste, et y a vécu jusqu'en 1973. Il fut enregistré pour la première fois au Consulat d'Espagne à Santiago en 1947. Le 24 mai 1958, l'Espagne et le Chili ont signé une Convention bilatérale sur la double nationalité, texte permettant aux ressortissants de l'une des Parties contractantes d'acquérir la nationalité de l'autre, sans perdre leur nationalité d'origine. C'est en application de ce texte que M. Pey Casado sollicita et obtint la nationalité chilienne (Decreto Supremo no 8054 du 11 décembre 1958).

127. Selon cette Convention sur la double nationalité, dont le préambule rappelle que les Espagnols et les Chiliens font partie d'une communauté caractérisée par l'identité de traditions, culture et langue, les Etats contractants considèrent que

"il n'y a aucune objection juridique pour qu'une personne puisse avoir deux nationalités, à condition que seulement une d'entre elles aie pleine efficacité, origine la dépendance politique et indique la législation à laquelle elle est soumise". [sic]

La Convention prévoit (Art. 1.1) "*que les Chiliens nés au Chili et réciproquement les Espagnols nés en Espagne, pourront acquérir la nationalité espagnole ou chilienne, respectivement, dans les conditions et de la façon prévue par la législation en vigueur dans chacune des parties contractantes, sans perdre leur nationalité antérieure*". L'article 2 prévoit notamment que "*les Espagnols qui ont acquis la nationalité chilienne en conservant la nationalité d'origine devront être inscrits dans [...] le Registre chilien de Cartes de Nationalisation*". Dès cette inscription, les Chiliens en Espagne et les Espagnols au Chili jouiront la pleine condition juridique des ressortissants de la façon prévue dans cet accord et dans les lois des deux pays. L'article 3 précise que "*l'octroi de passeport, la protection diplomatique et l'exercice des droits civils et politiques se feront par la loi du pays où ils sont domiciliés.....*".

128. L'article 3, al. 2, exclut pour les doubles nationaux l'application simultanée des législations des deux pays et fait prévaloir la loi du pays de domicile. L'article 4 précise que le domicile est présumé être établi dans le pays de la seconde nationalité acquise; il pose le principe de l'unité de domicile, lequel ne peut être changé qu'avec la résidence habituelle dans l'autre

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

pays contractant, pour autant que ce changement soit inscrit dans le Registre approprié.

129. C'est donc en 1958, on l'a vu, que M. Pey Casado est devenu un double national, sa nationalité prépondérante devenant, à cause de son domicile au Chili, la nationalité chilienne, les lois du Chili lui étant applicables dans toutes les matières concernant notamment les passeports, la protection diplomatique et l'exercice des droits civils et politiques.

130. M. Pey Casado a-t-il ensuite perdu ou conservé sa nationalité chilienne aux dates critiques? Le fait de l'acquisition par le premier Demandeur, en décembre 1958, de la nationalité chilienne, et donc de son statut de double national espagnol et chilien, selon le Traité bilatéral du 24 mai 1958, n'est ni contesté ni contestable. La seule question qui est décisive en l'espèce est celle de savoir si, aux dates critiques, il avait conservé la nationalité chilienne, comme le prétend le Gouvernement chilien dans son exception d'incompétence, ou si, comme l'oppose le Demandeur, il en avait été privé ou y avait renoncé valablement.

131. Dès lors que la nationalité chilienne de M. Pey Casado à la date du 11 septembre 1973 n'est pas contestée, il semble opportun de suivre la chronologie des événements et, parmi les thèses opposées, d'examiner d'abord, par commodité, les arguments de M. Pey Casado sur la perte de la nationalité chilienne puis celle du Gouvernement défendeur sur le maintien de celle-ci – ceci sans préjudice aucun du fardeau de la preuve, question qui sera abordée et analysée plus loin.

132. Selon M. Pey Casado, il aurait perdu sa nationalité chilienne, en conséquence du coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973 au cours duquel le Président Allende fut assassiné. Après un raid des militaires dans les bureaux du journal Clarin, craignant pour sa vie, il s'est réfugié, le 14 septembre 1973, dans l'Ambassade du Venezuela à Santiago. Les autorités chiliennes lui auraient refusé, à une date qui n'était pas précisée par les Parties dans la procédure, de renouveler son passeport chilien, dont la validité avait expiré en

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

décembre 1971. Ce refus de passeport ou de renouvellement, est-il prétendu, équivaudrait de facto à une "dénaturalisation", à une "dénationalisation" ou à une déchéance : cependant les autorités chiliennes ont accordé un sauf-conduit, le 27 octobre 1973, à M. Pey Casado, comme à d'autres personnes, grâce auquel il put se rendre au Venezuela, où il établit sa résidence et obtint un passeport d'urgence pour apatride le 8 janvier 1974 et une carte d'identité pour les étrangers en transit le 28 janvier 1974. Il fut considéré dans ce pays comme "en transit" (transeunte) jusqu'à la date du 8 janvier 1975, date à laquelle il obtint une carte d'identité nationale vénézuélienne, comme résident.

133. La thèse de M. Pey Casado est en résumé que, dès septembre 1973 (mois du coup d'Etat militaire) il a perdu la nationalité chilienne, en raison du comportement des autorités militaires, qui lui refusaient les droits protégés par le Traité bilatéral sur la double nationalité, refusaient de renouveler son passeport, lui refusaient une protection diplomatique, le déclarait "rebelle" (pièce C197), bref, le privaient au moins de facto de son statut de ressortissant chilien, par exemple par l'interdiction de rentrer librement au Chili (v. C257), si bien que dès cette période, il n'était plus qu'un ressortissant espagnol. Cette thèse soulève un certain nombre de questions de fait et de droit.

134. En fait, on notera que la copie du passeport déposé au dossier montre une validité expirant le 12 décembre 1971 (C252). Le Demandeur a exposé, qu'il avait voyagé au Portugal et en Suisse notamment en mai et octobre 1972, respectivement, afin de négocier et de conclure l'achat de la société CPP SA que souhaitait vendre M. Dario Sainte-Marie. Quels passeports ont-ils été utilisés au cours de ces voyage n'est parfaitement clair, mais il apparaît établi, cependant, que M. Pey Casado s'est rendu au Consulat ou à l'Ambassade du Venezuela pour y trouver refuge et a quitté le Chili pour le Venezuela avec un passeport chilien expiré. Au Venezuela, sa demande d'un passeport chilien fut rejetée à nouveau et il reçut des Autorités locales un passeport spécial pour apatride. Le 9 janvier 1974, le Consulat espagnol à Caracas lui octroya un visa de 3 mois pour l'Espagne, où il se rendit le 31 mai 1974.

CONFIDENTIEL

PROJET 9

135. En droit, la question se pose, dans ce contexte, de savoir si le comportement des Autorités chiliennes a constitué un retrait ou une privation de la nationalité. Il y a lieu, à cette fin, de rappeler les principes et règles du droit international en la matière. On sait que, en droit international public, la question de la nationalité relève du domaine réservé de chaque Etat, un principe constamment affirmé par la doctrine et par la pratique arbitrale ou judiciaire.

136. Dans son Opinion sur les Décrets tunisiens et marocains de nationalité, de 1923, la Cour permanente de Justice internationale (Série B, no 4) a considéré que, vu le caractère essentiellement relatif de ce problème qui dépend de l'évolution des relations internationales, les questions de nationalité appartenaient en principe au domaine réservé. En 1955, la Cour internationale de Justice, dans l'affaire Nottebohm (2^{ème} phase – Liechtenstein c. République du Guatémala, jugement du 6 avril 1955) a déclaré que "*il appartenait au Liechtenstein, comme à tout Etat souverain, de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité (p. 20), car le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité*". Le même Arrêt précise que "*un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat qui assume la défense de ses concitoyens, par le moyen de la protection vis-à-vis des autres Etats (p. 23)*".

137. Quant à la Convention de La Haye de 1930 sur les conflits de lois en matière de nationalité, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1937 (mais non ratifiée par l'Espagne ou par le Chili, bien que les Représentants de ces deux pays aient exprimé leur accord au cours des négociations), déclare qu'il appartient à chaque Etat de déterminer, selon sa propre loi, qui sont ses nationaux (art. 1) et que "*any question as to whether a person possesses the nationality of a particular State, shall be determined in accordance with the law of that State*" (art. 2). L'article 3 de la Convention déclare en outre que "*a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality he possesses*" (179 LNTS 89).

138. Enfin, on peut mentionner que la Commission du Droit international des Nations Unies a discuté cette matière de manière approfondie et que son Rapporteur Spécial a déclaré que "*in principle, questions of nationalities fall within the domestic jurisdiction of each State*" (Yearbook of the International Law Commission A / 2163, 1952, p. 7).

139. On peut encore mentionner le passage de l'Arrêt Nottebohm dans lequel la Cour évoque la situation des doubles nationaux:

"Lorsqu'un Etat a conféré sa nationalité à une personne et qu'un autre Etat a conféré sa propre nationalité à cette même personne, il arrive que chacun de ces Etats, estimant qu'il a agi dans l'exercice de sa compétence nationale, s'en tient à sa propre conception et se conforme à celle-ci pour son action propre. Chacun de ces Etats reste jusque là dans son ordre juridique propre.

Cette situation peut se trouver sur le terrain international et être examinée par un Arbitre international....

Le plus souvent, l'Arbitre international n'a pas eu, à proprement parler, à trancher entre les Etats en cause un conflit de nationalités, mais a déterminé si la nationalité invoquée par l'Etat demandeur était opposable à l'Etat défendeur...

L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des Etats dont la nationalité était en cause. Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre. Le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, etc. ".

Et l'Arrêt note aussi que le Juge de l'Etat tiers "*s'efforce de trancher le conflit, en faisant appel à des critères d'ordre international et sa tendance dominante est à faire prévaloir la nationalité effective. Telle est aussi la tendance qui domine chez les publicistes et dans la pratique*" (p. 22).

140. C'est sur la base de ce contexte juridique général que doit être examinée maintenant la question de savoir si les Autorités chiliennes ont, comme il est allégué par l'intéressé, privé M. Pey Casado de sa nationalité chilienne ou si, comme elles le prétendent à l'appui de leur objection d'incompétence, il avait conservé cette nationalité aux dates critiques.

141. La Commission interaméricaine des Droits de l'homme, dans son rapport de 1985 sur la situation pour le moins troublante des droits de l'homme au Chili, a analysé en détails le droit d'avoir une nationalité et de n'en pas être privé arbitrairement. A en croire ce Rapport, il résulterait de l'article 6 de la Constitution chilienne de 1925, que la nationalité ne pourrait être perdue que dans trois cas: d'abord, en cas de naturalisation dans un pays étranger; ensuite, en cas d'annulation des papiers de naturalisation (décision contre laquelle un recours est possible devant la Cour Suprême); troisièmement, en cas de services rendus pendant la guerre aux ennemis du Chili ou leurs alliés.

Le premier cas est évidemment modifié par la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité qui autorise expressément les ressortissants chiliens à conserver leur nationalité, lorsqu'ils obtiennent la nationalité espagnole. Quant aux deux autres hypothèses ci-dessus mentionnées, si, *prima facie*, elles ne paraissent pas être réalisée en l'espèce, elles demandent à être examinée de plus près.

142. La Constitution chilienne de 1925 a subi une modification, par le Décret 175 du 3 décembre 1973 (postérieur au coup d'Etat militaire). Cette modification ajoute un cas de privation de la nationalité pour le motif suivant: "*En raison d'une attaque sérieuse menée par l'extérieur contre les intérêts essentiels de l'Etat, au cours d'un Etat d'urgence prévu par l'article 72(17) de cette Constitution Politique.*"

143. Il n'a pas été établi que cette disposition ait été effectivement appliquée par les Autorités chiliennes à Monsieur Pey Casado ni que la Partie défenderesse ait soutenu que l'achat par ce dernier des actions du journal Clarín

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

à Estoril et/ou à Genève ait constitué "*a serious attack from abroad against the essential interest of the State*". Si tel avait été le cas, ce qui n'est pas prouvé, il y aurait éventuellement lieu de se demander si le Tribunal arbitral peut tenir compte du Décret-loi 175 – à supposer qu'il n'ait pas été annulé et considéré comme de nul effet par la législation chilienne postérieure à la chute du régime militaire. Quoiqu'il en soit, il y a lieu de relever que l'article 2 du Décret-loi 175/1973 prévoyait que toutes les pertes de nationalité devaient être déclarées par un Décret supérieur motivé. Et un Décret subséquent (n° 355/1974) offrait à un intéressé la possibilité (effective ou théorique) de faire appel à la Cour Suprême pour s'opposer à une privation par décret de sa nationalité.

144. On notera aussi que le Gouvernement du Chili a fourni à la Commission inter-américaine de Droits de l'Homme le nom des personnes privées par l'autorité de la nationalité chilienne, et que le nom de Monsieur Pey Casado ne se trouve pas dans cette liste. Mais ce fait, dépendant de la seule initiative et appréciation de l'autorité en question (appréciation fondée à l'évidence sur son propre intérêt, dans le contexte de ses relations avec ladite Commission inter-américaine) ne peut être tenu pour une preuve décisive. A s'en tenir au droit chilien, qui est en principe applicable selon les principes du Droit international rappelés plus haut à la question de la nationalité chilienne de Monsieur Pey Casado, le comportement des Autorités militaires chiliennes, si arbitraire ou choquant qu'il puisse être à l'égard de la première Partie demanderesse, laisse subsister des doutes quant à la perte de cette nationalité ou à son maintien. Parmi les divers documents déposés au dossier, on ne trouve aucune preuve formelle de la prétendue privation de la nationalité chilienne par un acte d'autorité.

145. Une autre question est celle de savoir si la délivrance d'un sauf-conduit à Monsieur Pey Casado par les Autorités chiliennes peut être interprétée comme comportant reconnaissance formelle, bien que implicite, d'une perte de nationalité. La réponse ne peut guère être que négative, sauf circonstances exceptionnelles, car la remise d'un sauf-conduit n'est nullement destinée à des apatrides, mais caractérise une situation de conflit. C'est ainsi que, par exemple, le "Black's Law Dictionary" distingue entre passeport et sauf conduit

CONFIDENTIEL

PROJET 9

et définit ces derniers comme un document "*conferring permission upon an enemy subject or other to proceed to a particular place for a defined object*".

Le Rapport de 1974 sur la situation des Droits de l'Homme au Chili, publié par la Commission inter-américaine des Droits de l'Homme, affirme d'autre part que "*the Chilean Ministry of Foreign Affairs had granted 2945 safe-conduct for Chilians who had taken refuge in diplomatic missions in Santiago, and 547 courtesy safe-conducts for members of the family of those persons*". Le même Rapport mentionne en outre que le Venezuela avait accepté un total de 249 personnes, chiliennes ou étrangères, comme réfugiées du Chili.

146. La Partie demanderesse a soutenu, en se fondant sur une pièce C1, le Rapport du Secrétaire général de l'ONU à l'Assemblée générale, du 8 octobre 1976, paragraphes 415 - 422, que, en fait, et contrairement aux affirmations du Gouvernement chilien, "*plusieurs milliers de Chiliens ont bel et bien perdu la plupart des droits inhérents à la nationalité...*" (soulignement ajouté). Le Rapport précité, par exemple, indique que beaucoup de Chiliens étaient expulsés par le Chili, que leurs passeports étaient valides seulement pour sortir du Chili une fois, qu'ils ne peuvent pas les renouveler et qu'ils étaient, par fois, obligés de demander un document de voyage à l'agence des Nations Unies pour les réfugiés (para. 420).

Néanmoins, à supposer exacte et prouvée cette affirmation, il ne semble pas *prima facie* qu'elle équivaille à la preuve d'une perte juridique de la nationalité elle-même à proprement parler. Quoi qu'il en soit des violations et actes arbitraires commis par le Gouvernement militaire du Chili en 1973, il n'est pas certain qu'ils aient entraîné la privation *de jure* de la nationalité chilienne de Monsieur Pey Casado.

147. À ce stade de l'analyse, il y a lieu d'indiquer que les positions ou déclarations des Autorités du Venezuela relatives à Monsieur Pey Casado, comme apatride, étranger de passage (transeunte), etc. sont sans incidences quant à la question du maintien ou de la perte de la nationalité chilienne. Selon la Convention de 1954 sur le Statut des Apatrides, est sans nationalité "a

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

person who is not considered as a national by any State under the operations of its law". Tel n'était pas le cas de Monsieur Pey Casado, qui était sans doute possible ressortissant de l'Espagne et aussi, probablement, à en croire au moins l'examen auquel il a été procédé jusqu'ici, un ressortissant chilien en 1973. Il n'était par conséquent pas apatride. De plus, il découle des principes de Droit international public énoncés plus haut qu'une interprétation par un pays tiers de la situation de Monsieur Pey Casado, ici par le Venezuela, ne peut avoir aucune conséquence quant à une définition de la nationalité chilienne, question appartenant au domaine réservé de cet Etat.

148. Que penser maintenant du fait que M. Pey Casado, à l'instar de nombreux autres citoyens considérés comme ennemis du nouveau régime issu du coup d'Etat militaire, ou rebelles, et publiquement dénoncés comme tels par ledit régime, a été contraint de chercher asile à l'étranger pour protéger sa vie et sa liberté? Il semble même que, compte tenu de sa situation personnelle et patrimoniale éminente, de son influence et de ses liens avec le Président Allende, M. Pey Casado ait été particulièrement menacé et visé par les voies de fait et mesures de la dictature militaire.

149. Deux questions se posent ainsi à ce stade. La première est celle de savoir si, en l'absence d'une mesure formelle (décret ou autre) de privation de la nationalité, les diverses mesures de contrainte visant M. Pey Casado n'ont pas constitué une action équivalente, à tout le moins une privation de facto de la nationalité chilienne (effective jusqu'à une éventuelle récupération ultérieure, par la volonté de l'intéressé ou par décision des nouvelles autorités démocratiques). Sur cette question aussi se posera, on le verra plus loin, le problème de la charge de la preuve.

150. Une seconde question se pose, soit dans l'hypothèse d'une réponse négative à la précédente, soit au cas où on la considérerait de manière tout à fait indépendante: c'est celle de savoir si un Etat qui, au moins de facto prive un de ses ressortissants de la quasi-totalité ou de la majorité des droits attachés à sa nationalité (tout en s'abstenant, pour une raison ou une autre, de décréter

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

un retrait formel de cette dernière) est en droit d'invoquer ultérieurement le maintien du statut de ressortissant, et ceci dans le seul et unique but d'échapper ainsi à des réclamations formulées contre lui et à la juridiction internationale du CIRDI (Article 25). Pareil comportement, à le supposer établi, serait-il conforme au principe de la bonne foi, qui régit normalement l'interprétation, par les Etats comme par les investisseurs, de leur consentement à la compétence du CIRDI?

151. Avant d'analyser plus avant ces diverses questions, le Tribunal arbitral estime opportun et nécessaire de poursuivre l'examen de la chronologie des faits, notamment à la lumière des allégations de la Partie défenderesse, selon qui Monsieur Pey Casado s'est déclaré à plusieurs reprises ressortissant chilien, entre 1973 et 1974, et aurait agi par la suite d'une manière impliquant qu'il se reconnaissait bien comme ressortissant chilien. Ainsi, il y a lieu de rechercher si, depuis 1973-1974 et avant les deux dates critiques mentionnées plus haut, la situation s'est modifiée ou non en ce qui concerne la nationalité de la Partie demanderesse.

A ce propos, les Parties se sont référées à la Convention bilatérale de 1958 entre la République du Chile et le Royaume d'Espagne sur la double nationalité et ont débattu de son application éventuelle à cette dernière question.

152. Selon l'Article 4.3 de ladite Convention, "*au cas où une personne qui jouit de la double nationalité change sa résidence au territoire d'un troisième Etat, on comprendra pour domicile, afin de déterminer la dépendance politique et la législation applicable, le dernier domicile qu'il a enregistré dans le territoire d'une des hautes parties contractantes*". Il en résulte que, selon cette Convention, à l'époque où il s'est établi au Venezuela, Monsieur Pey Casado conservait sa nationalité chilienne, comme sa nationalité « primaire », en même temps qu'il continuait à être un ressortissant espagnol.

153. Selon l'Article 4.2 de ce même traité bilatéral sur la double nationalité, un Chilien ne peut changer son domicile que s'il transfère sa résidence

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

habituelle en Espagne et s'y enregistre au Registre Civil espagnol. Or le 31 mai 1974 Monsieur Pey Casado s'est rendu en Espagne et, le 4 juin 1974, s'y est enregistré au Registre de la Municipalité de Madrid, recevant alors une carte d'identité de nationalité espagnole.

154. L'Article 10 de la loi de 1957 sur le Registre Civil Espagnol déclare que le Registre de l'état civil se compose des Registres Municipaux, des Registres Consulaires et d'un Registre Central [C150]. Le Registre Central possède une compétence subsidiaire ou résiduelle pour enregistrer les faits qui ne peuvent être enregistrés autre part (article 18). L'Article 64 de la même loi prévoit que les questions de nationalité et de domicile sont enregistrées dans le Registre pertinent. En outre, l'Article 1^{er} des Règlements de 1958 sur le Registre de l'état civil Espagnol prévoit que les divers organes du Registre civil ont l'obligation de communiquer entre eux [C150].

155. Contrairement à la thèse de la Partie défenderesse, il résulte de ce qui précède que l'enregistrement par Monsieur Pey Casado au Registre Municipal de Madrid a bel et bien produit ses effets: il en est résulté au moins un changement valable de la nationalité " primaire " de Monsieur Pey Casado, au sens du Traité bilatéral. En 1974, par conséquent, en application de ce Traité, la nationalité primaire de Monsieur Pey Casado serait espagnole, alors que sa nationalité « secondaire » au sens de ce même Traité continuerait à être chilienne.

156. Il a été allégué aussi que cet enregistrement au Registre Municipal n'avait pas en fait été transcrit dans le Registre approprié et, par conséquent, n'aurait pas été valable à l'époque, ce défaut étant corrigé seulement en 1996. Cet argument est sans portée en l'espèce. En effet, à la supposer établie, cette absence de transcription devrait être considérée comme la simple omission par un fonctionnaire espagnol de la formalité requise. En outre, l'Article 64 de la Loi de 1958 sur le Registre Civil prévoit expressément que c'est la date de la déclaration, et non pas celle de la transcription, qui doit être considérée comme celle de l'enregistrement. En outre, toute conclusion différente sur ce sujet ne pourrait avoir de conséquences que sur les circonstances permettant de définir

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

la nationalité "primaire" et le droit applicable, et non pas la question ici à l'examen de la détention d'une nationalité en tant que telle.

157. Peu après ces événements, le 11 juin 1974, Monsieur Pey Casado obtient un passeport espagnol. Il quitte alors l'Espagne pour revenir au Venezuela et, la même année, il s'enregistre au Consulat espagnol à Caracas [C18]. Le 8 janvier 1975, il reçoit une carte d'identité de résident du Venezuela. Le 10 avril 1977, il reçoit un passeport espagnol du Consulat de Caracas (dont la validité expire le 10 mai 1979). Il se rend ensuite du Venezuela au Pérou où, le 24 mai 1977, il s'enregistre au Consulat espagnol de Lima. Ce Consulat lui remet deux passeports: l'un le 25 juin 1979 (date d'expiration le 24.06.1984) et l'autre le 16 janvier 1984 (date d'expiration 15.01.1989). En 1988, il retourne au Venezuela et, le 17 novembre 1988, reçoit un passeport du Consulat espagnol à Caracas (date d'expiration le 16.11.1993). Le 18 janvier 1989, il renouvelle sa carte d'identité espagnole. Enfin, après la chute du régime du Général Pinochet, Monsieur Pey Casado visite le Chili pour la première fois depuis 1973, le 4 mai 1989.

158. Les Parties ont évoqué la question de savoir si, à un moment quelconque entre 1974 et 1989, Monsieur Pey Casado aurait vu modifier sa nationalité. Ceci au regard de la Convention bilatérale de 1958 hispano-chilienne sur la double nationalité, laquelle prévoit de manière précise les conditions d'un changement de situation à cet égard. En l'espèce, Monsieur Pey Casado aurait pu changer sa nationalité "primaire" par application de l'Article 2.2 de ladite Convention mais seulement en transférant son domicile et en s'y enregistrant dans le "Registre des Cartes de nationalisation" au Chili. À défaut, sa nationalité "primaire" serait demeurée la même quand bien même son domicile aurait été transféré dans un Etat tiers, non contractant (en l'espèce le Venezuela ou le Pérou).

159. En l'espèce, il n'a pas été allégué que Monsieur Pey Casado aurait transporté son domicile d'Espagne au Chili. Il en résulte que pendant toute cette période et jusqu'à 1989, Monsieur Pey Casado aurait continué d'avoir la double

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

nationalité espagnole et chilienne, et que sa nationalité "primaire" au sens du Traité bilatéral hispano-chilien, aurait continué à être espagnole depuis 1974.

160. Il y a lieu de rechercher maintenant s'il y a eu changement de nationalité après 1989. Le 4 mai 1989, on l'a vu, après la déposition du Général Pinochet, Monsieur Pey se rend au Chili. Selon lui, il s'est agi de la visite d'un touriste, désireux de se renseigner quant à la situation des actions de la société C.P.P. S.A. Selon la Partie défenderesse, en revanche, Monsieur Pey Casado aurait eu l'intention de reprendre une résidence au Chili.

161. Après 1989 se produisent une série de faits ou événements présentant de l'intérêt pour l'examen de la question de la nationalité. Ils comprennent différentes déclarations de Monsieur Pey Casado concernant sa nationalité ainsi que divers faits résultant de ou accompagnant son retour au Chili.

162. Le premier exemple consiste en la création de la *Fundación Presidente Allende*, fondation dont les actes constitutifs lors de sa création le 16 janvier 1990 en Espagne mentionne Monsieur Pey Casado, l'un des trois fondateurs, comme un double national espagnol et chilien. Il n'est peut-être pas sans intérêt de rappeler que, par la suite, soit en 1999 (C135), les statuts de la Fondation ont été modifiés pour faire disparaître la mention de la nationalité chilienne et indiquer la seule nationalité espagnole comme étant celle de Monsieur Pey Casado.(Voir à ce sujet les documents suivants: Contre-mémoire Défenderesse Annexe 22 et Document C7 des Demanderes, qui concordent en déclarant Monsieur Pey Casado comme double national lors de la création de la Fondation et voir le Document annexe 135 du Contre-mémoire sur la modification du statut de la Fondation comme décrivant Monsieur Pey Casado avec la seule nationalité espagnole).

163. Selon la Partie défenderesse, Monsieur Pey Casado s'est identifié ou décrit lui-même à plusieurs reprises, dès le 2 octobre 1991, comme de nationalité chilienne, et il a requis l'assistance des autorités chiliennes après son retour. Ainsi, par exemple, le 5 janvier 1991, il demande et obtient une carte d'identité chilienne. Le 17 février il s'inscrit au Registre des votants à Vitecura

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

(Contre-mémoire Annexe 29). Le 20 février 1991, toujours au Chili, il constate la perte de son passeport espagnol, et demande un passeport à l'Autorité chilienne qui le lui accorde. C'est avec un passeport chilien qu'il se rend au Venezuela et, à en croire la Défenderesse, en Europe en 1997. Entre le 20 octobre 1991 et janvier 1997, Monsieur Pey Casado se serait donné à plusieurs reprises comme Chilien, notamment dans ses demandes d'aide au titre du retour des émigrés. Ainsi, le 25 mai 1992, il s'annonce à *l'Oficina Nacional de Retorno* (qui s'occupe des émigrés chiliens de retour). Le premier août 1992, il est identifié comme Chilien dans un contrat de travail avec son frère, ainsi que à diverses reprises à l'aide de sa carte nationale d'identité chilienne en août 1992. En 1993, Monsieur Pey s'inscrit au Registre électoral de La Reina (Chili). Le 23 octobre 1994, il voyage en Bolivie avec son passeport chilien. Il aurait fait de même avec le même passeport le 6 novembre 1994 dans un voyage en Bolivie puis en Espagne, le 21 mai 1997, en passant par les États Unis. Le 28 mai 1997, séjournant alors en Espagne, il obtient à Madrid un passeport espagnol.

164. Pour apprécier correctement la portée des faits qui viennent d'être cités, et de certains exemples du comportement de Monsieur Pey et de ses effets quant à la question de nationalité, il n'est peut-être superflu de considérer aussi le principe du "lien effectif" développé, on l'a vu, par la pratique en Droit international.

165. Cette "idée de "lien effectif" est liée au droit de chaque pays d'exercer sa protection diplomatique envers ceux qu'il considère comme ses propres nationaux. Elle facilite la détermination de la nationalité dans les cas où plus d'un État prétend avoir le droit d'agir à l'égard d'un individu et de le protéger. Ce principe a été énoncé par la Cour Internationale de Justice, dans la fameuse affaire *Nottebohm* (C.I.J. affaire *Nottebohm* (deuxième phase) *Lichtenstein c. République du Guatemala*, Jugement du 6 avril 1955, Recueil C.I.J. 1955 page 23).

166. Le même principe du lien effectif a été appliqué dans différentes situations, et surtout dans des cas de double nationalité afin de déterminer

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

laquelle des deux serait considérée comme effective ou prédominante dans le domaine de la protection diplomatique. C'est ainsi, on le sait, que dans cette affaire *Nottebohm*, par exemple, la Cour a conclu que le Lichtenstein ne pouvait pas valablement représenter Monsieur Nottebohm, bien que celui-ci fût son national, parce que, contrairement à ce qui était le cas à l'égard du Guatemala, il n'existe pas de lien effectif entre Monsieur Nottebohm et la Principauté.

167. Le même critère a été utilisé et précisé par la jurisprudence du Tribunal irano-américain des Réclamations. Dans le cas n° A-18 (Iran v. United States case n° A-18), fréquemment cité, le Tribunal a conclu qu'il était compétent "*over claims against Iran by dual Iran-United States nationals when the dominant and effective nationality of the claimant during the relevant period from the date the claim arose until 19 January 1981 was that of the United States*". Pour définir la nationalité dominante et effective, le Tribunal a pris en compte "*all relevant factors, including habitual residence, centers of interest, family ties, participation in public life and other evidence of attachment*" (citation tirée de C.N. Brower and J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* page 32 (1998), cf. aussi p. 34)

168. Dans une autre décision pertinente, le même tribunal n'a pas pris en considération la décision du demandeur de s'établir aux États-Unis comme un critère d'une prétendue nationalité américaine dominante, car cette décision était à son avis "*motivated by the revolutionary conditions in Iran at the time, rather than a national allegiance to the United States*" (Brower and Brueschke page 38). L'idée est intéressante, de la recherche des motivations à la base d'un certain comportement dont il est allégué qu'il impliquerait reconnaissance ou, à l'inverse, refus d'une certaine nationalité.

169. A supposer que les citations qui précèdent soient transposables de leur domaine particulier (protection diplomatique, compétence juridictionnelle au sens de la Déclaration d'Alger, etc.) à celui de l'Article 25 de la Convention du CIRDI – ce qui resterait à démontrer - on pourrait être conduit à la conclusion que la nationalité "effective" de Monsieur Pey Casado était effectivement

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

chilienne. À l'appui d'une telle conclusion ou hypothèse, il pourrait être fait état de son retour au Chili dès que la situation politique interne, c'est-à-dire la chute du régime Pinochet, le lui a permis, de ses demandes d'assistance à divers services chiliens, de son enregistrement aux fins d'exercer son droit de vote, et de sa demande d'une carte d'identité puis d'un passeport. Dans le même sens pourrait éventuellement être invoqués l'absence d'actes semblables en vue de confirmer sa nationalité espagnole, et, par exemple, le fait que plusieurs années se sont écoulées entre la perte de son passeport espagnol et sa demande d'un nouveau passeport, ainsi que le fait qu'il ne semble pas avoir passé beaucoup de temps en Espagne aux époques considérées.

170. Pareilles propositions ou conclusions, cependant, conservent leur caractère d'hypothèse dès lors que le Traité bilatéral de 1958 sur la double nationalité a réglé expressément les conséquences de la double nationalité espagnole et chilienne. Le Traité ne distingue la nationalité "primaire" c'est-à-dire "effective" de la nationalité "secondaire" qu'en vue de certaines fins précises et spécifiques, sans laisser le moindre doute sur le fait que les deux nationalités subsistent en tout état de cause. A quoi s'ajoute la considération, élémentaire, qu'il n'appartenait pas à ce traité bilatéral de déterminer en soi la nationalité d'aucun des Etats contractants, cette question relevant du seul droit national de chacun; il est dès lors superflu pour le Tribunal de commenter en détail les controverses et arguments des Parties sur ce traité bilatéral. Enfin, et comme il a été indiqué ci-dessus, pour que les conditions de la compétence requises par l'Article 25 de la Convention CIRDI soient remplies, il ne paraît pas qu'il puisse suffire que la nationalité effective du Demandeur soit celle d'un autre Etat que l'Etat défendeur: il faut qu'il ne possède pas la nationalité de cet Etat défendeur.

171. À ce stade de l'analyse, force est de conclure des événements précédents, et survenus après le retour de Monsieur Pey Casado au Chili après 1989, qu'ils ne semblent pas avoir modifié la situation juridique existant précédemment. Mais il reste aussi à examiner si, comme il l'a allégué, Monsieur Pey Casado a valablement renoncé à sa nationalité chilienne.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

172. A ce sujet, les faits considérés par la première Partie demanderesse comme comportant une renonciation à la nationalité chilienne doivent être rappelés, au risque de répétitions, et peuvent être résumés de la manière suivante:

Le 10 décembre 1996, Monsieur Pey Casado informe le Département chilien de l'émigration qu'il a résidé en Espagne depuis 1974 et qu'il n'entendait pas se prévaloir de la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité. Il demande à faire inscrire dans le Registre chilien des "Cartes de nationalisation" – seul compétent à cet égard selon un arrêt de la Cour Suprême, cf. document C 95) - sa situation de fait depuis que, en septembre 1973, le Chili lui avait dénié les bénéfices de ladite Convention, si bien que sa nationalité exclusive serait l'espagnole. Le 19 décembre de la même année, la Municipalité de Madrid confirme que la résidence de Monsieur Pey est en Espagne. Le 7 janvier 1997, Monsieur Pey Casado demande au Registre civil du Consulat espagnol à Santiago de prendre note du fait qu'il ne bénéficie pas du Traité sur la double nationalité, et, le 5 février 1997, le Consulat d'Espagne à Santiago raye le nom de Monsieur Pey de son Registre des citoyens espagnols résidants au Chili après avoir constaté que son domicile légal est en Espagne.

173. Le 16 septembre de la même année 1997, Monsieur Pey fait une déclaration auprès du Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine) où il répète ce qu'il avait écrit précédemment au Ministère de l'Intérieur du Chili, le 10 janvier 1996. Il y précise ce qui suit: "*pour ne laisser place à aucun doute à cet égard, je déclare que la communication du 10 décembre 1996... doit s'entendre de la façon qui convienne le mieux en Droit aux fins desquelles elle a été présentée, y compris comme preuve de ma renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle à la nationalité chilienne, ce que j'affirme et à quoi je souscris de nouveau par le présent acte...*" (voir les pièces C40, C14 et C52.)

174. Quelques semaines plus tard, le 2 octobre 1997, Monsieur Pey consent à l'arbitrage du CIRDI (ce que fera aussi quatre jours plus tard la Fondation –

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

dans les deux cas à l'exclusion du litige concernant la rotative GOSS). Le 20 novembre 1997, le juge du Registre espagnol donne suite à la requête de Monsieur Pey en vue de la confirmation que sa résidence est à Madrid depuis le 4 juin 1974.

175. Le 24 avril 1998, le Conseil de Monsieur Pey Casado demande au Ministère espagnol des Affaires Étrangères de vérifier le changement de domicile de Monsieur Pey en 1974. Copie de cette demande est envoyée le 10 juillet aux Autorités chiliennes par l'intermédiaire du Consulat espagnol à Santiago. La lettre est transmise le 24 juillet au Registre chilien où un fonctionnaire public enregistre, le 4 août 1998, la renonciation par Monsieur Pey à sa nationalité chilienne et par conséquent son statut d'étranger.- À noter que la validité de cet enregistrement, et la compétence dudit fonctionnaire seront contestés par la suite.

176. La communication par Monsieur Pey Casado au Département chilien de l'émigration selon laquelle il était résident en Espagne depuis 1974 et n'entendait pas se prévaloir de la Convention sur la double nationalité du 10 décembre 1996 a-t-elle su des conséquences juridiques et si oui lesquelles? Ainsi qu'on l'a vu, la Convention hispano-chilienne de double nationalité prévoit expressément la possibilité pour les ressortissants des deux pays de conserver leur nationalité d'origine. La déclaration de Monsieur Pey de son changement de résidence vers l'Espagne a pour conséquence un changement de la loi qui lui est applicable mais ne le prive nullement de ses deux nationalités. D'autre part, la Convention ne prévoit rien quant aux conséquences du fait qu'un ressortissant d'un des deux Etats déclarerait ne pas vouloir se prévaloir de la Convention. Elle prévoit divers avantages spécifiques pour les doubles nationaux mais ne dit rien de ceux qui, après avoir acquis les deux nationalités et bénéficié de leurs avantages, ou de certains d'entre eux, ne désireraient plus s'en prévaloir. La seule question est donc de savoir si la déclaration de Monsieur Pey Casado équivaut à une renonciation à la nationalité chilienne. Or, ainsi qu'on l'a vu plus haut, toutes les questions relatives à cette nationalité relèvent du domaine réservé du Chili. Il y a donc lieu d'analyser le droit chilien applicable à ce sujet.

177. L'Article 11 de la Constitution chilienne indique ce qui suit quant aux causes de perte de la nationalité.

1° Par nationalisation dans un pays étranger, sauf dans le cas de ces chiliens compris dans les n° 1°, 2° et 3° de l'article antérieur qui auraient obtenu une autre nationalité sans renoncer à leur nationalité chilienne et en accord avec ce établi dans le numéro 4° du même article.

La cause de perte de nationalité chilienne signalée précédemment n'aura pas d'effet sur les chiliens qui, en vertu des dispositions constitutionnelles, légales ou administratives de l'Etat sur le territoire duquel ils résident, adoptent la nationalité étrangère comme condition de leur permanence dans celui-ci ou d'égalité juridique dans l'exercice des droits civils avec les ressortissants du pays respectif;

2° Par décret suprême, en cas de prestation de services au cours d'une guerre extérieure aux ennemis du Chili ou à leurs alliés.

3° Par sentence judiciaire condamnatoire pour délits contre la dignité de la patrie ou les intérêts essentiels et permanents de l'Etat, ainsi considérés par loi approuvée avec quorum qualifié. Dans ces procès, les faits s'apprécieront toujours en conscience;

4° Par annulation de la carte de nationalisation, et

5° Par loi qui révoque la nationalisation concédée par faveur.

178. La question a été longuement débattue entre les Parties, notamment au cours de la procédure, de savoir si l'énumération dans la Constitution du Chili des causes de perte de la nationalité était ou non exhaustive, la Partie défenderesse donnant une réponse affirmative, le Demandeur répondant, lui, par la négative.

179. On remarquera à ce propos que, comme le démontre l'expérience et le droit constitutionnel comparé, le texte des constitutions est le plus souvent conçu en termes de principes généraux - que l'interprétation ultérieure et la pratique ont été appelées à compléter et préciser – si bien que le caractère limitatif ou exhaustif du texte constitutionnel précité ne peut guère être présumé.

180. D'autre part et en faveur de la première thèse pourrait être invoqué le fait que - s'agissant d'un point de droit public chilien, droit applicable on l'a dit à la question de nationalité - il appartient au premier chef à l'Etat chilien de se prononcer et de décider. Mais il appartient en tout état de cause au Tribunal arbitral d'apprécier sans être lié par le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause, l'application de ce droit dans le cas d'espèce, ainsi qu'on le verra plus loin. Dans le cas particulier (celui de la renonciation), il reviendra donc au Tribunal d'apprécier si la preuve a été fournie en l'espèce du caractère prétendu limitatif ou exhaustif des mentions, dans le texte constitutionnel chilienne des cas de perte de la nationalité. Arrivé à ce stade de son analyse, le Tribunal arbitral estime nécessaire d'approfondir les règles pertinentes en matière de preuve dans le contentieux international.

La charge de la preuve

183 Les doutes subsistants, ainsi qu'on l'a vu, quant à la pertinence ou à la portée de plusieurs des allégations de fait ou de droit précédemment examinée et sur la portée ou la valeur des preuves produites par les Parties ou par leurs arguments obligent le Tribunal arbitral à revenir à la question de la charge de la preuve, évoquée à titre préliminaire au début de la présente sentence (n°4, page 26). On a vu que le principe général de droit, reconnu dans le domaine de la procédure internationale aussi bien que dans la quasi-totalité des systèmes nationaux, était résumé par l'adage romain "Actori incumbit probatio" – étant précisé que la position d'"actor" ne doit pas s'entendre comme étant nécessairement celle du "demandeur" (ou "claimant") dans le litige, ou de celui qui se qualifie comme tel, mais comme la position de la partie qui affirme ou allègue quelque chose pour en déduire son droit. L'adage romain précité peut aussi s'exprimer, plus précisément, par la formule "onus probandi incumbit ei qui dicit".

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

182. Ce principe général, indiscutablement pertinent et applicable en l'espèce, bien que non exprimé dans la Convention CIRDI pas plus d'ailleurs que dans la grande majorité des règlements d'arbitrage, est fermement établi (note cf. C.H. Schreuer. *The ICSID Convention: a commentary*, (Cambridge 2001, page 647) ouvrage où l'auteur se réfère notamment aux sentences arbitrales *Vacuum Salt v. Ghana*, sentence du 16 février 1994, IV Rapports ICSID 347; *SPP c. Egypte*, sentence du 27 juin 1990, IV ICSID Report 272; *Tradex c. Albania*, sentence du 29 avril 1969, 1967 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 1999, page 219-221 – voir aussi M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues* – Kluwer 1996, page 51-117; C. Witenberg, *l'Organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale : Traité pratique*, Paris : Pedone, 1937).

183. La doctrine, au demeurant relativement pauvre sur le fardeau de la preuve, a eu l'occasion de souligner que, dès lors que le juge ou arbitre ne peut pas laisser une affaire sans être jugée (interdiction du "non liquet"; cf. aussi Article 42 (2) de la Convention de Washington), "les règles de la charge de la preuve servent à déterminer quelle partie doit prouver pour ne pas être vaincue". Ainsi A. K. de Carlucci, (in Revue de Droit Uniforme – UNIDROIT, 2001 – VI, page 915, sur "la charge de la preuve dans les Principes et Règles de l'American Law Institute – UNIDROIT relatives à la procédure civile transnationale") cite avec approbation la formule de Enrico Redenti, pour qui, dans le procès, il s'agit de "prouver ou succomber". Dans un sens analogue, Leo Rosenberg, cité par le juge K. de Carlucci, estimait que "la théorie de la charge de la preuve est plutôt la théorie de la conséquence de la défaillance de la preuve".

184. Dans le même sens, S. Torres Bernardez (ancien greffier de la Cour internationale de Justice), rappelant l'interdiction du "non liquet", souligne l'importance du principe général, son caractère procédural, et son application, même en l'absence de texte, au stade de la délibération et de l'élaboration de la décision, lorsque les parties n'ont pas établi les faits ou conditions qui devaient être prouvés en l'espèce (Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. 70, tome I, Session de Bruges, 2002-2003, page 144 ss.).

185. L'article 24 (1) des règles d'arbitrage de la CNUDCI, pour sa part, et contrairement, on l'a dit, à la plupart ou la quasi-totalité des règlements en la matière, contient la confirmation expresse du principe général susmentionné: "Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse. »

186. Dans un rapport à l'International Council Commercial Arbitration (ICCA), sur "planning efficient arbitration proceedings", M. Robert von Mehren évoque ce qu'il appelle "the burden of persuasion" (termes équivalents pour lui au fardeau de la preuve) et écrit: "this concept ...plays a critical role in judicial proceedings and is ultimately rooted in logic and common sense."

187. L'idée est ancienne et les commentateurs citent souvent le jurisconsulte français Domat qui, au XVIII^{ème} siècle, considérait que "on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité" (Lois civiles, tome VIII; cité par H. Motuslky, Répertoire de Droit International Dalloz, Paris 1969, article Preuve n°1).

188. On peut résumer la jurisprudence de la Cour Internationale comme confirmant le principe que c'est à la partie qui soulève une question ou invoque un fait d'en apporter de la preuve. Ainsi, par exemple, dans l'affaire des concessions Mavrommatis (CPIJ série 1 n° 5 page 42) et l'affaire du Temple de Preha Vihear (Recueil CIJ 1962, page 15-16). On peut citer aussi l'affaire des Activités militaires et para militaires au Nicaragua (ICJ Report 1984, page 437), ou encore le litige de frontières entre le Burkina Faso et la république du Mali (ICJ Report 1986, page 554-5583).

189. Si, d'une manière générale, les droits nationaux en matière de preuve et de sa charge n'ont pas à être transposés dans le contentieux international, bien que pouvant constituer une utile source d'inspiration, il n'en reste pas moins que l'adage précité peut et doit être considéré comme un principe général de droit universellement reconnu et respecté par la jurisprudence internationale. Il n'est pas contesté que le fardeau de la preuve (ou devoir de persuasion, selon la

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

terminologie de certains auteurs – cf. Arthur von Mehren... et Keith Hight, cités par M. Kazazi, op. cit. page 85) pèse sur la partie "that advances a point for adjudication".

190. La pratique internationale se caractérise aussi par une certaine flexibilité et le refus de s'emprisonner dans les règles rigides qui sont parfois celles d'un droit national. Ainsi, il sera tenu compte de la difficulté plus ou moins grande que pourrait avoir une partie de fournir la preuve directe ou concluante de certains faits lorsqu'elle n'a pas le contrôle ou la maîtrise des documents y relatifs. C'est ainsi que, dans l'affaire du *Canal de Corfou* (jugement du 9 avril 1949, sur le fond, CIJ Report 1949, page 4, page 18) la Cour internationale a tenu compte du fait que l'Albanie exerçait un contrôle exclusif sur son territoire ce qui avait des conséquences quant aux moyens de preuve disponibles. Il en résultait que l'autre Etat, la Grande Bretagne, victime d'une violation du droit international, n'était pas en mesure de fournir une preuve directe des faits donnant lieu à la responsabilité internationale de l'Albanie. Dans ces conditions se justifiait l'emploi plus libéral de déductions de fait et de preuves indirectes.

191. Dans le même ordre d'idée se pose la question de savoir si une partie sur qui pèserait en principe le fardeau de la preuve ou de la persuasion peut voir cette charge allégée, voire supprimée, au cas où il s'agirait d'une preuve négative, c'est-à-dire d'établir l'absence ou l'inexistence d'un fait.

192. La prise en compte des difficultés de fait pouvant faire obstacle à la preuve par celui qui en a la charge, ainsi que le devoir général de collaboration des parties - avec le juge ou tribunal arbitral et entre elles - devoir fondé sur la bonne foi et l'obligation de faciliter une bonne administration de la justice, concourent à faire admettre, dans le cas de la preuve négative, soit un renversement de la charge de la preuve, soit au moins une division ou une répartition de cette charge entre les parties.

193. Sur le devoir de collaboration entre les parties, on peut citer aussi l'article 34 alinéa 3 des Règles d'arbitrage CIRDI, qui prévoit notamment que le

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

tribunal prendra formellement note du fait qu'une partie a manqué à son obligation de coopération et des raisons invoquées à cet effet. Schreuer (*the ICSID Convention: a commentary*, Cambridge 2001, page 656) estime que "the duty to cooperate with the tribunal is a natural consequence of the consent to jurisdiction. The tribunal's only sanction is to draw the appropriate conclusion for a refusal which should be reflected in the award. The tribunal will take note of any reasons that may exonerate a party that fails to produce the requested evidence".

194. On peut citer aussi l'opinion dissidente du Juge Weeramantry (dans l'affaire des essais nucléaires (*New Zealand c. France*, ICJ Reports 1995, page 288, Opinion dissidente page 347-348) qui observe en particulier:

"It would be noted in this connection that all the information bearing upon this matter is in the possession of the Respondent. The Applicant has only indirect or secondary information, but has endeavoured to place before the Court such information as it has been able to the best of its ability, to marshall for the purposes of its application..."

Dans le même sens, le Tribunal US-Iran a analysé l'applicabilité du devoir de collaboration quand les preuves sont accessibles au défendeur. Dans l'affaire *Mohadi v. Iran*, award n° 573-271-3 du 2 décembre 1966, le tribunal a noté que:

"The Respondent could have remedied any deficiencies in its valuation evidence without a difficulty. Documents within the control and access of the Respondent – such as government statistics, tax records and registration records of sale of comparable properties in 1979 – would have been relatively for the Respondent to procure...the Claimant, on the other hand is surely in a weaker position with respect to gathering material held in governmental offices in Iran."

La même position est confirmée par les sentences arbitrales sous le régime de la CCI: voir par exemple, Recueil sentences CCI (1974 – 85, page 263, page 267) où il est dit que: "les deux parties ont au surplus l'obligation de collaborer, selon le principe de la bonne foi, à l'administration de la preuve, tout particulièrement en matière arbitrale."

195. Un tribunal arbitral est en droit de déduire des conséquences adverses (*negative inferencee*) du manquement par une partie à son devoir de soumettre les documents en sa possession. Ce principe, bien que rarement formulé de manière expresse dans les règles de procédure, est habituellement utilisé par les tribunaux internationaux, comme le US-Iran Tribunal, the Inter-American Commission on the Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights (voir à ce propos M. Kazazi, "*Burden of Proof*"...op. cit., Kluwer 1966, page 313).

196. En conclusion, il suffira d'indiquer que l'importance de la preuve dans le contentieux international, comme dans les principes généraux découlant des droits nationaux, est attestée par l'examen de la pratique internationale ainsi que par la constatation suivante, souvent rappelée par la doctrine: il revient au même qu'un droit n'existe pas ou ne puisse pas être prouvé: "*idem est non esse aut non probari*" (cité dans la thèse de Thomas Habu-Groud, Editions de l'Université d'Aix-Marseille 2000, page 7)

197. A la lumière des principes qui viennent d'être résumés, le Tribunal arbitral doit exercer son pouvoir et devoir d'évaluation des preuves fournies en l'espèce par les Parties à l'appui de leurs allégations respectives. Ce pouvoir, incontesté dans la pratique internationale, est du reste confirmé par l'Article 34 du Règlement d'Arbitrage CIRDI, sur "la preuve: principes généraux", dont l'alinéa 1 est ainsi conçu:

"(1) Le Tribunal est juge de la recevabilité de toute preuve invoquée et de sa valeur probatoire." (Voir aussi C. Schreuer, *the ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge, pp. 646-647 sur la "complete discretion" du Tribunal arbitral)

Il convient dès lors, tout en s'efforçant d'éviter autant que possible la répétition des faits et considérations précédemment évoqués, d'examiner la position de chaque Partie sous l'angle du fardeau de la preuve telle que cette obligation est consacrée par la pratique et la doctrine dans le contentieux international.

198. Quant aux Parties demanderesses, il leur incombaît d'établir, ce qu'elles ont fait, qu'elles possédaient la nationalité espagnole, ce qui n'est du reste pas contesté et que le Tribunal ne peut que constater. Sous réserve des observations qui vont suivre (sur la double nationalité), la condition posée par l'Article 25 (1) de la Convention de Washington (être "le ressortissant d'un autre Etat contractant" que l'Etat défendeur) est bien réalisée.

199. Point central du problème soumis au Tribunal arbitral: selon l'exception d'incompétence qui a été soulevée d'emblée par le Chili, le Demandeur Pey Casado était aussi, aux dates critiques, ressortissant chilien (donc double national) – ce qu'il conteste, position qui sera examinée plus loin.

200. En vertu des règles de preuve pertinente et de l'adage précité "Reus in excipiendo fit actor", l'Etat défendeur est donc demandeur sur exception et il lui incombe la charge de prouver, à la satisfaction du Tribunal arbitral, que le Demandeur Pey Casado, indiscutablement chilien en 1973 à l'époque du coup d'Etat militaire, avait conservé cette nationalité par la suite aux deux dates critiques (prévues à l'Article 25(2a) de la Convention).

201. Une fois la réponse donnée à cette question importante et même décisive, il y aura lieu d'examiner – ne fût-ce que "ex abundanti cautela" et en raison du devoir de collaboration des parties en matière de preuve – si le Défendeur sur exception a établi, comme il a, on l'a vu, tenté de le faire, avoir perdu la nationalité chilienne pour une raison ou une autre.

202. Avant de poursuivre, on rappellera que chaque partie a bien, en vertu du principe de la bonne foi et de l'obligation de collaborer, certains devoirs en matière de preuve (sans pouvoir se fonder sur une attitude purement critique et l'éventuel échec de la partie adverse en matière de preuve). Il n'en résulte pas cependant que ces devoirs soient nécessairement identiques, de même nature ou à égalité. Ainsi, il y a lieu de tenir compte par exemple, de l'avis du Tribunal, des difficultés différentes qui peuvent exister à prouver certains faits et de la différence entre la preuve dite "positive" (par exemple de l'existence

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

d'un fait) et de la preuve dite "négative"(de l'absence ou de l'inexistence d'un fait).

203. De même, la pratique judiciaire et arbitrale internationale (ainsi la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Canal de Corfou) n'a pas manqué de prendre en considération le fait que des documents ou autres preuves se trouvent situés sur le territoire et/ou sous le contrôle de l'une des parties.

204. En la présente espèce, il est évident que les preuves de la nationalité chilienne aux dates critiques se trouvent sous le contrôle et/ou sur le territoire de l'Etat chilien, lequel, contrairement à M. Pey Casado, ne peut avoir prima facie aucune difficulté à démontrer la nationalité de ses ressortissants. (cf. aussi, dans le même sens, la jurisprudence du Tribunal Iran-USA des réclamations, p. ex dans les affaires *Sedco c. NIOC*, Award n° 309-129-9, *Birnbaum*, Award n° 549-967-2, et *Mohtadi*, Award n°573-271-3)

Cela étant, comment évaluer les preuves apportées par le Demandeur sur exception de l'existence, du maintien ou de la conservation de la nationalité chilienne? On fera abstraction des arguments fondés sur le débat entre les Parties relatif à l'interprétation de la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité pour la question ici examinée. De même, il convient de renvoyer plus loin la critique portant sur la thèse de M. Pey Casado concernant sa prétendue renonciation à la nationalité chilienne (renonciation invalide ou sans effet de l'avis de l'Etat en cause). Quelles preuves "positives" du maintien de la nationalité chilienne ont-elles été produites par l'Etat?

205. Dans la partie Faits de la présente Sentence ont été mentionnés divers faits et comportements de M. Pey Casado qui, selon l'Etat demandeur sur exception d'incompétence, établiraient que celui-ci s'est considéré comme chilien (demande de carte d'identité ou de passage, inscription dans un registre électoral, etc.)

206. Il n'est pas contesté que, selon le droit international public, le droit applicable à la nationalité d'un Etat donné est en principe le droit de cet Etat.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

Le juge ou arbitre international détient cependant, on l'a dit, le pouvoir d'en apprécier les effets, comme indiqué par exemple dans la décision *Soufraki c. Emirats Arabes Unis* du Tribunal CIRDI du 7 juillet 2004.

207. Dans la décision *Soufraki*, le Tribunal arbitral, appelé à trancher comme en l'espèce la question de sa compétence au regard de la nationalité du demandeur, après avoir rappelé que, en droit international, la nationalité relevait du domaine réservé et que la législation de chaque Etat décidait de son acquisition ou de sa perte, a déclaré ce qui suit (au paragraphe 55):

"...when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of the international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue."

De l'avis du Tribunal, il n'a pas été établi que les actes individuels cités par l'Etat chilien comme accomplis par M. Pey Casado sur le terrain pratique (et, de surcroît, en l'absence d'une intention déclarée ou formelle de produire des effets juridiques en droit de la nationalité) – suffisent à entraîner l'acquisition ou le maintien voire la perte de la nationalité.

208. La preuve de cette dernière semble devoir découler, plutôt que de la conduite d'un individu, des actes et documents officiels de l'Etat concerné. Or force est de constater que, en l'espèce, l'essentiel de la démonstration entreprise par l'Etat (demandeur sur exception d'incompétence) a consisté dans l'analyse et la critique de l'argumentation de la Partie adverse, sur la perte ou la renonciation par M. Pey Casado de la nationalité chilienne.

Si ce fait peut se comprendre dans une certaine mesure dès lors que la nationalité chilienne existait sans conteste jusqu'au coup d'Etat militaire de

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

1973, il ne peut suffire, de l'avis du Tribunal, à expliquer totalement et de manière à dissiper toute hésitation, l'absence d'actes officiels ou de documents chiliens déterminants quant au maintien de la nationalité chilienne.

209. Ces hésitations sont confirmées ou renforcées par d'autres circonstances de fait, comme les voyages de M. Pey Casado en qualité semble-t-il de touriste espagnol, l'interdiction d'accès sur le territoire chilien (cf. pièce C. 257), le refus de passeport, ou encore l'inscription comme étranger, le 4 août 1998, dans le Registre chilien de l'état civil. A ce dernier sujet, il y a lieu de mentionner aussi la démarche entreprise le 23 juin 1999 par le Ministère chilien de l'Intérieur pour faire annuler cette inscription, bien qu'elle soit survenue, comme l'inscription elle-même, pendant le cours de la présente procédure arbitrale.

210. A ce stade de son analyse (et sans préjudice de l'évaluation, qui reste à faire, de la contre-preuve offerte du côté des Demandereuses, défenderesses sur exception), le Tribunal se voit contraint de conclure que le doute subsiste quant à la nationalité chilienne. Il s'impose dès lors de rechercher si ce doute peut ou non être dissipé en raison des arguments invoqués du côté des Parties adverses qui ont fait état, en particulier, d'une renonciation par l'intéressé.

211. Auparavant le Tribunal observera en passant qu'il est superflu à son avis de s'interroger sur les notions de nationalité "primaire", "effective" ou "dominante", d'une part parce que ces notions sont étrangères en principe à la condition de nationalité du requérant au sens de l'Article 25 (2) a) de la Convention et, d'autre part, parce que les faits de la cause permettent et même commandent des hésitations sur l'effectivité relative des deux "nationalités" en discussion. La seule question litigieuse ici étant celle de l'existence ou non d'une nationalité de l'Etat hôte de l'investissement, il n'y a donc pas lieu d'entrer dans les controverses séparant les Parties quand à l'effectivité relative des nationalités chilienne ou espagnole, dans le cadre ou en dehors de la réglementation conventionnelle bilatérale Espagne-Chili sur la double nationalité.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

212. On a relevé que le défendeur sur exception, M. Pey Casado, n'était pas libéré de tout devoir de collaborer aux preuves nécessaires à la décision du Tribunal et qu'il lui incombait d'établir, dans toute la mesure possible selon les circonstances, sinon à proprement parler l'absence de sa nationalité chilienne, aux dates critiques (preuve négative), du moins et positivement la réalité et l'efficacité de la renonciation qu'il allègue à la nationalité chilienne qui était la sienne au moins jusqu'au coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973.

213. De ce point de vue, et à nouveau, il y a lieu de rappeler sommairement les thèses opposées en présence:

Selon M. Pey Casado, il aurait été privé de la nationalité chilienne en tout cas de facto comme de nombreux adversaires de la Junta militaire et, de toute façon, y aurait formellement renoncé de façon valable en droit chilien: ce qui serait attesté, en particulier, non seulement par l'inscription du 4 août 1998 au Registre chilien de l'état civil (comme étranger) mais aussi par une communication du 24 juillet 1998 du Ministère chilien des Affaires étrangères au même Registre, constatant que M. Pey Casado a renoncé à la nationalité chilienne selon l'article 5 de la Convention sur la Double Nationalité - ceci sans parler d'autres actes ou attitudes de l'Autorité chilienne, tels la réception, sans protestation ou contradiction, d'avis et communications des Autorités espagnoles concernant la nationalité exclusive de M. Pey Casado.

214. Ces deux thèses doivent être examinées séparément. Quant à la première, fondée sur les diverses mesures prises par la Junta militaire à l'encontre des milliers de partisans du régime démocratique et de M. Pey Casado en particulier – et sur lesquelles on reviendra – il n'est évidemment pas surprenant que M. Pey Casado n'ait pu produire aucun document officiel le privant de la nationalité chilienne, la Junta s'étant abstenu de prendre un tel décret, pour une raison ou une autre.

215. A cet égard, on peut citer l'article 2 du Décret-loi du 3 décembre 1973 prévoyant que les pertes de nationalité devaient être déclarées par décret du gouvernement (avec faculté de recours à la Cour Suprême), ainsi que le fait,

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

déjà cité, que M. Pey Casado ne figurait pas dans une liste communiquée par le Chili. Mais ces faits ne sauraient être tenus pour une preuve décisive, pour ou contre la "dénationalisation" de M. Pey Casado.

216. Il n'a pas davantage produit la preuve que la Constitution chilienne de 1925 reconnaissait comme valable la déclaration unilatérale de renonciation à la nationalité – pas plus, d'ailleurs, que le Gouvernement n'est parvenu, de son côté, à établir que l'énumération des causes spécifiques de perte de nationalité serait limitative ou exhaustive dans la Constitution – compte tenu aussi du caractère général et programmatique de ce genre de textes, souvent complétés ou modifiés par interprétation dans la pratique, comme le montre le Droit constitutionnel comparé.

217. Quant aux quelques décisions qui ont été évoquées de la Cour Suprême du Chili en la matière, aucune d'entre elles ne concerne une situation identique à celle du présent litige, si bien qu'il est difficile ou même impossible d'y trouver la preuve du bien fondé de l'une ou l'autre des thèses contraires qui ont été développées sur la renonciation à la nationalité. Il en est ainsi notamment, sans qu'il soit besoin d'une analyse de détail, de la décision *Vasquez Valencia* du 3 octobre 1989 (pièce C.92) ou de la décision *Turbay* du 25 juillet 1988 (pièce C.147 – voir aussi pièce C.28).

218. Des arguments et documents produits par M. Pey Casado, il résulte certes une volonté d'abandonner la nationalité chilienne mais un certain doute subsiste quant à l'effet juridique de ces manifestations de volonté, quand bien même elles semblent avoir été accueillies par des autorités chiliennes, ce qui est de nature tout au moins à affaiblir quelque peu la crédibilité de la thèse chilienne contraire.

219. Devant cette situation où aucune des Parties n'a été, de l'avis du Tribunal arbitral, en mesure d'apporter une preuve décisive, susceptible d'emporter sa conviction, le Tribunal ne peut que revenir aux principes fondamentaux résumés précédemment relatifs à la répartition du fardeau de la preuve dans le contentieux international. Il constatera donc qu'il incombait en

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

premier lieu à l'Etat défendeur sur exception d'incompétence de prouver, à la satisfaction du Tribunal, que M. Pey Casado avait bien, aux deux dates critiques énoncés par l'Article 25 de la Convention, celle du dernier consentement à l'arbitrage (le 2 octobre 1997) et celle de l'enregistrement de la requête (le 20 avril 1998), la nationalité chilienne (à côté de sa nationalité espagnole).

220. Pour les diverses raisons exposées précédemment et devant la complexité des faits, arguments et pièces produites comme du comportement et actions des Parties, le Tribunal arbitral, dans l'exercice de son droit et pouvoir d'évaluer leur valeur probatoire et de son devoir de trancher, nonobstant les doutes existants, ne peut que conclure à l'absence de preuve décisive à l'appui de l'exception d'incompétence.

221. Une considération supplémentaire vient à l'appui de cette conclusion, bien qu'elle se situe sur un terrain différent de celui des règles: "Actori incumbit probatio" et "in excipiendo reus fit actor".

222. Il a été mentionné, notamment dans la partie Faits, que dès le coup d'Etat de septembre 1973, la Junta militaire chilienne s'était livrée à de nombreuses voies de fait et violations des droits de l'Homme, contre ceux qu'elle considérait comme ses ennemis ou des rebelles, et ce y compris assassinats, tortures, bannissements et confiscations de biens. Ces voies de fait peuvent être considérées comme établies internationalement et, en outre, elles ont été en substance reconnues par les gouvernements chiliens successifs, notamment dans la procédure arbitrale par la voix de représentants autorisés. Mais il a été contesté que ces actes ou voies de fait constituent ou entraînent juridiquement une privation de jure de la nationalité chilienne.

223. Il apparaît que le même complexe de faits peut donner lieu à une question différente, encore que voisine: est-il admissible, et conforme au principe général de la bonne foi, qu'un Etat puisse priver un de ses ressortissants de sa protection, lui refuser le bénéfice de la plupart des droits attachés à la nationalité (dont celui de résider en sécurité sur son territoire), le

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

considérer en fait et le dénoncer comme rebelle et son ennemi, l'exiler et le priver de ses biens et, d'autre part prétendre ensuite lui reconnaître cette même nationalité dans le seul but d'échapper ainsi, par une exception d'incompétence, aux réclamations et demandes de compensation de l'intéressé?

224. La question se pose en effet de savoir si pareil comportement n'est pas contradictoire et/ou contraire au principe de la bonne foi ou, pour user d'autres termes, si l'exception d'incompétence ne se heurte pas en de telles circonstances à l'interdiction de se contredire aux dépens d'autrui, principe généralement reconnu par la jurisprudence et la doctrine internationales, et que l'on trouve aussi exprimé dans le concept d'"estoppel" – lié comme on le sait au principe général de la bonne foi et à l'interdiction de l'abus de droit (voir à ce sujet, par exemple, Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Stevens, London 1953, Paris II, pp 105 ss. esp.p. 141-149 et passim, avec la jurisprudence citée).

225. Dans les rapports interétatiques, il est en principe reconnu qu'une partie ne saurait adopter une position qui contredit celle qu'il a déjà admise antérieurement alors que son adverse partie, se fondant sur cette position antérieure, a subi de ce fait un préjudice quelconque ou a adopté un comportement défavorable pour elle ou avantageux pour la partie qui s'est contredite. On peut citer à ce sujet, par exemple, la Cour Internationale de Justice (affaire du *Plateau Continental de la Mer du Nord*, Recueil CIJ 1969, page 26 para 30; l'affaire *Land's Island & Maritime Frontiers Dispute* (El Salvador v. Honduras). Application to intervene, ICJ Reports 1990 para 118-119 page 92 et Preliminary Objections: ICJ Reports 1998, page 303-304, para 57-58).

Le principe de l'estoppel (et de "non concedit venire contra factum proprium") est indiscutablement un principe de droit international, lequel s'applique aussi aux questions de nationalité (cf. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford Clarendon Press, 1998, page 645 et 408; cet auteur observe notamment que "in many cases where the basic facts concerning the individual are ambiguous, the conduct of government will provide the

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

answer"). De même, il a été reconnu que ce principe, bien que généralement applicable dans les litiges entre Etats, était aussi "applicable aux relations économiques internationales dans lesquelles sont impliqués des particuliers (Tribunal arbitral CIRDI, affaire AMCO c. Indonésie, in J.D.I., Clunet 1986, page 220).

226. En l'espèce, il ressort des faits de la cause, tels qu'exposés ci-dessus et des considérations qui précèdent, que l'Etat chilien s'est comporté envers M. Pey comme à l'égard d'un ennemi ou d'un rebelle, et l'a privé de l'essentiel de ses droits de citoyens, de sorte que, contraint à l'exil, ce dernier a pu se croire exclusivement espagnol (ne procédant à une renonciation formelle à la nationalité chilienne que "ex abundanti cautela", et pour le cas où elle serait requise ou utile du point de vue chilien (renonciation peut-être superfétatoire mais qui, on l'a vu, fut reçue par certaines autorités chiliennes).

227. Quoi qu'il en soit, il résulte de l'ensemble des circonstances et de l'attitude générale de la Partie chilienne, que M. Pey, lors du dépôt de sa requête d'arbitrage, était en droit de s'attendre à la voir enregistrée comme émanant d'un ressortissant espagnol, et ne devait pas compter sur le fait que l'Etat défendeur choisisse d'invoquer, pour s'opposer à la compétence du CIRDI, la persistance ou la "survie" de la nationalité chilienne.

228. L'application du principe général susmentionné à la condition de nationalité posée par l'Article 25 (2a) de la Convention de Washington de 1965 ne soulève, de l'avis du Tribunal arbitral, aucune difficulté particulière, théorique ou pratique. Elle est en harmonie, notamment d'abord avec le Droit international public général en matière de nationalité, et ensuite avec l'esprit général de la Convention et aux intentions de ses auteurs (quelle que soit ici la portée d'une interprétation historique des textes).

229. Il paraît superflu, d'abord de rappeler qu'un principe général comme celui de la bonne foi (et ses avatars comme l'estoppel ou l'interdiction de l'abus de droit) est applicable dans tous les domaines régis par le droit des gens, ainsi, notamment, celui de la nationalité. Que cette dernière matière relève, dans l'état

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

actuel de la société internationale, du droit interne de chaque Etat ne change rien au fait que le droit de l'Etat de déterminer qui a sa nationalité et dans quelles conditions – n'est pas seulement limité par le Droit international mais conféré par lui. Si bien que, comme l'a écrit Van Panhuys, cité par R. Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, New York, page 124): « A conferment of nationality contrary to international law constitutes an excès de pouvoir. »

230. Que les décisions d'un Etat soient limitées par le droit international et donc susceptibles d'être appréciées, reconnues ou non par un tribunal international (comme par les autres Etats) n'est pas contestable et est illustré, par exemple, par le sentence précitée d'un tribunal CIRDI dans l'affaire Soufraki.

231. Ce pouvoir d'appréciation est en outre conforme à l'esprit de la Convention de Washington et de son article 25(2a). A ce propos, il y a lieu de citer les commentateurs autorisés que sont A. Broches et C. Schreuer. Selon le premier de ces auteurs (in *Selected Essays World Bank, ICSID and other subject of public and private international law*, Dordrecht, Nijhoff, Chapter 8 pages 204-205), lors de l'élaboration du projet de Convention, on n'a pas voulu définir la "nationalité":

"There was a general recognition that in the course of ruling for the competence Commissions and Tribunals might have to decide whether a nationality of convenience (see the *Nottebohm* case 1955, ICJ Reports page 4) or a nationality *acquired involuntarily by an investor* could or should be disregarded".(italiques ajoutées)

232 Selon le Commentaire de Christoph Schreuer, (*ICSID Review*, Vol. XII, Spring 1997, page 75), un investisseur ayant une double nationalité ne peut avoir accès au système CIRDI qu'à la condition de renoncer à la nationalité de l'Etat défendeur avant de consentir à la juridiction du CIRDI, la validité de la renonciation étant appréciée en principe au regard de la loi nationale dudit Etat, étant admis toutefois qu'un tribunal international n'est pas

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

lié dans tous les cas par la loi nationale en cause (cf. la sentence CIRDI déjà citée, dans l'affaire *Soufraki*):

"... an international tribunal is not bound by the national law in question under all circumstances. Situations where nationality provisions of national law may be disregarded include cases of effective nationality lacking a genuine link between the State and the individual..." (op.cit. page 70, par 429)

233. Cette dernière situation, mentionnée à titre exemplatif, n'est évidemment pas la seule dans laquelle le Tribunal arbitral peut contrôler, au nom du droit international, l'intervention ou l'application du droit national de l'Etat. Ainsi dans l'hypothèse où l'Etat hôte de l'investissement, défendeur, voudrait imposer sa nationalité à l'investisseur. C. Schreuer écrit encore (op.cit, page 70 al430):

"During the Convention's preparatory work, it was generally acknowledged that nationality would be determined by reference to the law of the State whose nationality is claimed, subject, where appropriate, to the applicable rules of international law (*History*, vol. II, page 67, 286, 321, 448, 580, 705, 839). In particular, it was pointed out that the Commission or Tribunal would have to deal appropriately with cases where a host State imposed its nationality upon an investor" (page 70 al. 430).(souligné par nous)

234. Le passage suivant du même auteur est particulièrement significatif ou pertinent; il démontre que les rédacteurs de la Convention de Washington ont été conscients du risque qu'un Etat hôte de l'investissement utilise son droit interne de la nationalité de manière abusive:

"The host State may not impose its nationality on a foreign investor for the purpose of withdrawing its consent. During the Convention's drafting the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Center (*History*, vol. II, page 658, 705, 876). But it was decided that this question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral tribuna (souligner par nous)

235. En résumé le Tribunal est amené à tirer deux conclusions de ce qui précède:

D'une part, et ceci dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des faits et d'évaluation des preuves, largement discrétionnaire, on l'a vu, , le Tribunal arbitral estime que l'Etat chilien n'a pas satisfait à la preuve qui lui incombaît du maintien, d'une conservation ou survivance, aux dates critiques, de la nationalité chilienne du Demandeur Pey Casado, donc n'a pas apporté la preuve des allégations motivant son exception d'incompétence (cf. les articles 25 de la Convention CIRDI et 34 du Règlement d'arbitrage CIRDI).

D'autre part, dans l'hypothèse où cette preuve de la nationalité chilienne aurait été apportée ("quod non est") ou pourrait l'être, la question se poserait de son admissibilité ou de sa recevabilité, au regard des principes de droit international public énoncés plus haut, comme celui de l'estoppel ou de l'interdiction de l'abus de droit, principes qui confirment l'interprétation juste de l'Article 25 (2)a de la Convention de Washington. Selon cette interprétation, on l'a vu, l'Etat défendeur ne saurait conférer ou imposer sa nationalité en invoquant voire en manipulant son droit interne, en contradiction avec ses positions antérieures, aux fins d'échapper à la compétence du CIRDI.

236. Il ne résulte pas de l'ensemble des circonstances et du dossier que l'Etat défendeur ait allégué, révélé ou démontré à cet égard une autre justification que celle, purement négative, de faire obstacle à des réclamations (et par conséquent, de priver le demandeur potentiel de son droit d'accès à la juridiction internationale). De ce seul point de vue aussi, le Tribunal arbitral estime que dans l'hypothèse considérée, il ne serait pas en mesure d'admettre l'exception d'incompétence fondée sur l'allégation de la nationalité chilienne. Des lors, cette exception d'incompétence ne paraît pouvoir être retenue.

237. Il reste à examiner, pour être complet, si d'autres arguments invoqués par la Partie demanderesse seraient susceptibles de modifier cette conclusion. Ainsi il y a lieu d'ajouter aux analyses qui précèdent quelques brèves observations ou "*obiter dicta*" sur d'autres points ou arguments qui ont été évoqués par les Parties, comme la clause de la nation la plus favorisée ou

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

encore les conséquences de la compétence reconnue par les Demandées à la justice chilienne en ce qui concerne la rotative Goss.

238. Sur le premier de ces points, on notera que dans leurs plaidoiries (v. par exemple Transcript pp. 166-175), les Parties demandées ont invoqué, à l'appui de leur interprétation du Traité bilatéral hispano-chilien de protection des investissements, divers accords bilatéraux liant le Chili à d'autres pays – comme l'Argentine, l'Autriche, les Pays-Bas ou la Suisse, etc. – accords à prendre en considération selon elles en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, dont la portée serait plus générale dans le traité hispano-chilien.

239. De l'avis du Tribunal arbitral, pour une pluralité de raisons, la pertinence d'une application de la clause de la nation la plus favorisée dans le présent contexte apparaît comme des plus douteuses. Vu le but et la fonction de cette clause, notamment dans les traités invoqués par les Demandées, on ne voit pas – et il n'a pas été expliqué – en quoi ou comment ladite clause pourrait affecter ou remettre en cause les conclusions dégagées plus haut.

240. D'une manière générale, la clause de la nation la plus favorisée, dans la pratique internationale, ne paraît pas avoir jamais été utilisée de manière à limiter le droit d'un État de réglementer les conditions de l'octroi ou de la perte de sa nationalité. Selon un Projet de la Commission de Droit International de l'ONU, de 1978, (voir Yearbook of the International Law Commission 1978 vol. II 2^{ème} partie, à l'article 4), la clause est définie comme "*a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most favored nation treatment in an agreed sphere of relations*" selon la doctrine, (Oppenheim's International Law, 9^{ème} édition par Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts, page 1329), de telles clauses "*usually deal only with certain areas of the relations between the countries concerned, such as tariffs, or right of establishment for nationals*". Leur domaine d'application, qui n'est pas toujours clair, est délimité soit par les termes extraits du traité en cause, soit par le contexte général.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

241. Le traitement de la nation la plus favorisée auquel a droit l'État bénéficiaire, pour lui-même ou au profit des personnes ou des choses d'une certaine catégorie, est déterminé par le traitement accordé par l'État en cause à un État tiers (ou à des personnes ou choses ayant la même relation avec cet État tiers). (cf. article 8 et article 9 du Projet de la Commission du Droit International). Selon cette clause, l'Etat bénéficiaire "*acquires for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject matter of the clause*" (mots soulignés par nous).

242. La pratique internationale semble favoriser, cela étant, l'interprétation stricte ou même restrictive de la clause. C'est ainsi, que dans leur Opinion dissidente commune dans l'affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume Uni, fond: obligation d'arbitrage; Arrêt du 19 mai 1953, le Président Mc Nair, les Juges Basdevant, Klaestadt et Read, Recueil CIJ 1953 page 34), les Juges en question ont énoncé le principe selon lequel "*la clause de la nation la plus favorisée énoncée dans l'article 10 du Traité de 1986 liant les Parties ne saurait être étendue à des matières [de commerce et de navigation] autres que celles pour lesquelles elle a été stipulée.*"

243. Qu'en est-il de la seconde question, soit de l'objection soulevée par la Partie défenderesse selon laquelle, en saisissant la Justice chilienne d'une réclamation concernant la rotative Goss, les Parties demanderesses auraient par là même opéré un choix définitif et général de for, excluant toute possibilité d'une requête à un Tribunal arbitral du CIRDI.

244. L'argument (dit du "fork in the road") assez fréquemment semble-t-il par un Etat défendeur, n'appelle pas de longues considérations. Il y a lieu de prendre en considération à la fois le texte du consentement à l'arbitrage CIRDI et de la Requête émanant des Demandeurs et celui de la réserve concernant la rotative GOSS, comme le comportement des Demandeurs.

245. Il est manifeste que cette dernière réserve constitue une exception, à interpréter "in dubio" restrictivement, à la clause générale de référence ou de la

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

soumission à la compétence ou la juridiction du Centre et du Tribunal arbitral.

Pour cette raison déjà, il est difficile d'admettre la thèse selon laquelle, en cas de contradiction ou de conflit – qui resterait à démontrer – c'est la compétence attribuée aux tribunaux internes chiliens qui devrait l'emporter sur celle reconnue à l'arbitrage international selon la Convention de Washington (cf. Transcript page 163, Contre-mémoire de la République du Chili pp. 196-197, voir aussi sur la primauté de la compétence internationale : P. Lalive, *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) some legal problems*).

246. Un autre obstacle à la réclamation des Demandeurs a été invoqué enfin par la Partie défenderesse, de manière quelque peu subsidiaire, relativement à l'absence alléguée des consultations amiables qui, à son avis, auraient dû constituer un préalable au dépôt de la Requête d'arbitrage.

247. De l'avis du Tribunal arbitral, l'objection ne peut manifestement pas être retenue pour deux ordres de raisons. En fait parce que, compte tenu du nombre et de la nature des mesures (de dépossession et autres) prises contre M. Pey Casado et de la politique générale du Gouvernement chilien à son égard (tant avant qu'après novembre 1997, date du dépôt de la requête), M. Pey Casado était en droit de considérer que des consultations amiables n'auraient aucune chance de succès et seraient "obviously futile" (pour transposer ici une formule classique en matière d'épuisement des recours internes). En droit, parce que l'exigence de consultations préalables amiables ou de tentative de conciliation, selon une formule souvent incluse dans les traités bilatéraux d'investissement (BIT) n'a en général aucun caractère impératif ou contraignant, mais plutôt le caractère d'une recommandation procédurale voire d'une clause de style diplomatique (cf. par exemple la décision du Tribunal CIRDI dans l'affaire *S.G.S. c. Pakistan*, n° ARB/01/03, où il est dit notamment que "Compliance with such a requirement is...not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction").

248. En résumé, le Tribunal arbitral a constaté qu'il était bien en présence d'un différend en relation directe avec un investissement étranger, au sens de la Convention CIRDI, et il est parvenu à la conclusion que l'Etat chilien,

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

défendeur et demandeur sur exception d'incompétence, n'avait pas satisfait à la nationalité chilienne du premier Demandeur, M. Pey Casado, aux dates critiques (Articles 25 de la Convention et 34 du Règlement d'Arbitrage). Il ne peut dès lors qu'admettre sa compétence pour statuer sur le fond du litige.

La position de la deuxième Partie demanderesse : La Fondation Presidente Allende:

249. Il y a lieu enfin d'examiner la situation particulière de la seconde Partie demanderesse, la Fundación Presidente Allende. Et celà du double point de vue des deux conditions principales de la juridiction *rationae materiae* et de la juridiction *rationae personae*.

250 Les principaux faits à retenir à cet égard sont les suivants: la Fundación a été créée le 16 janvier 1990 par un acte notarié passé à Madrid. Le notaire, Maître Jaime García Rosado y García mentionne que sont comparus devant lui Monsieur Juan Enrique Garcès Ramon (disposant de pouvoirs à lui conférés par Monsieur Victor Pey Casado le 6 octobre 1989 et Monsieur Gonzalo-Oscar Marten Garcia (Ministre de la planification nationale du Chili entre novembre 1970 et septembre 1973) ainsi que Monsieur Oscar Soto Guzman (médecin personnel du Président Allende) aux fins de créer une Fundación Presidente Allende, comme fondation culturelle de droit privé à but non lucratif. La Fondation est domiciliée Calle Alfonso XII à Madrid et a été créée pour une durée indéterminée (Document C7, Contre-mémoire page 22). Monsieur Pey Casado avait donné pouvoir à Monsieur Marten Garcia, aux fins de créer ladite fondation, le 6 octobre 1989 par devant un notaire de Miami (USA).

251. Selon l'Article 3 du Statut de la Fondation son but est « la promotion des libertés et droits culturels, civiques, démocratiques, sociaux et

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

économiques du peuple du Chili et des peuples hispano-américains, conformément aux valeurs et aux idéaux soutenus par Salvator Allende.

252. Le capital de la Fondation est composé de divers éléments: un million de pesetas donné par Monsieur Garcés Ramon, cent mille pesetas apportés par Monsieur Martner Garcia et 90% des avoirs de diverses sociétés apportés par Monsieur Pey Casado en tant que propriétaire des actions sociales, du patrimoine et des droits de quelque nature que ce soit" -("en su condición de propietario de las acciones sociales del patrimonio y derechos de cualquier naturaleza" [Doc, C 7]). Ces sociétés sont définies à l'Article 11 dudit Statut de la façon suivante: le "Consorcio Publicitario y Periodistico SA" créé le 3 août 1967 à Santiago devant Maître Rafael Zaldivar, société établie à Santiago du Chili, et l'Empresa Periodistica Clarin Limitada" créée au Chili en 1955, et établie elle aussi à Santiago, achetés [par Monsieur Pey] à Monsieur Sainte-Marie Soruco en 1972". En ce qui concerne les apports de Monsieur Pey à la Fondation, il apparaît que Monsieur Pey a signé l' acte de transfert et celui d'acceptation par-devant un notaire des États Unis , le 6 février 1990, agissant en sa double qualité de Président de la Fondation et de ressortissant espagnol. Cet acte a été enregistré mais la donation aurait été acceptée au Ministère espagnol de la Culture le 14 décembre 19949, deux semaines après l'entrée en vigueur de la loi 30/1994 (Journal Officiel du 25 novembre 1994) exonérant les Fondations d'impôts pour les donations en leur faveur (article 65).¹⁰

253. Une Ordonnance ministérielle du 27 avril 1990 (publiée au *Journal Officiel* du 6 juillet 1990) a approuvé, classé et enregistré la Fondation. Cette Ordonnance transcrivait littéralement, conformément à la législation régissant les Fondations citées dans l'Ordonnance, les données figurant dans les écritures de constitution de la Fondation du 11 janvier précédent, dont le capital de la Fondation limité à 1.1 millions de pesetas.

⁹ Document 9 annexé à la «Requête d'arbitrage » et document 18 annexé au « Mémoire » du 17 mars 1999.

¹⁰ Voir la Table chronologique des faits en relation avec la compétence et le fond de l'affaire, du 11 septembre 2002, page14.

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

254. Selon la Défenderesse, en 1995 et 1996, les activités de la Fondation semblent avoir été consacrées essentiellement à suivre les procédures judiciaires et/ou politiques en cours au Chili, et notamment devant le Parlement chilien, en ce qui concerne la reconnaissance des droits patrimoniaux cédés à la Fondation, ainsi qu'à agir juridiquement en vue d'obtenir du pouvoir judiciaire chilien une indemnisation pour les dommages subis dès 1973 (Contre mémoire sur la compétence et le fond, annexes 118, 119, 120 et 121).

255. La Fondation demanderesse, pour sa part, a fait valoir les activités multiples, judiciaires, politiques et culturelles qu'elle mène depuis sa création (intervention au Parlement européen, au sujet des confiscations sous le régime militaire à l'occasion de l'examen de l'accord-cadre CEE-Chili ; attribution de bourses d'études aux étudiants chiliens en Espagne ; défense des victimes de toutes nationalités du régime issu du coup d'Etat ; actions en justice en Europe dans l' « affaire Pinochet » ; actions auprès du Parlement espagnol, en restitution des biens confisqués ; etc ...).

Les Demandereuses ont rappelé que les actions en justice menées par M. Pey l'avaient été également en défense des intérêts de la Fondation en vertu des accords autorisant aussi bien la Fondation que M. Pey à agir l'un en faveur de l'autre pour la récupération de leurs biens confisqués.

256. La Défenderesse a allégué qu'en 1999, le Statut de la Fondation avait été modifié sur divers points, comme l'emploi du capital en cas de dissolution, mais aussi pour énoncer que Monsieur Pey possédait, non pas une double nationalité comme déclaré précédemment par le mandataire de M. Pey (point 93) mais la seule nationalité espagnole (« Contre-mémoire sur la compétence et le fond », annexe 135).

257. À la lumière de ces faits ainsi résumés, il y a lieu d'examiner si le Centre et le Tribunal arbitral sont compétents pour se prononcer sur les demandes de la seconde Partie demanderesse, la Fondation President Allende, ou, en d'autres termes et plus précisément, si cette dernière remplit les conditions requises par la Convention de Washington et par le Traité bilatéral

CONFIDENTIEL

PROJET 9

hispano-chilien tant du point de vue "*rationae materiae*" que du point de vue "*rationae personae*".

Par commodité, le Tribunal arbitral procèdera ici dans l'ordre inverse de celui qu'il a préféré en ce qui concerne Monsieur Pey Casado, c'est-à-dire examinera d'abord la condition de nationalité.

258. Il n'est pas douteux que la Fondation possède la nationalité espagnole, et seulement celle-ci. Cette nationalité ne semble pas avoir été contestée. Il convient cependant de ne pas s'en tenir à cette acceptation mais d'examiner si les conditions requises par l'Article 25 de la Convention CIRDI sont satisfaites.

L'Article 25 déclare:

(1) *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.*

(2) "Ressortissant d'un autre État contractant" signifie:

[...]

(b) *toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et tout personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenus, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers."*

259. La Défenderesse a allégué que, si le Statut de la Fondation énonce clairement que la nationalité de cette personne juridique est espagnole, parmi les trois fondateurs un seul avait la nationalité espagnole (Monsieur Garcés), un

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

second (Monsieur Martner) étant (exclusivement) chilien et le troisième, Monsieur Pey Casado, est décrit comme double national. Quant au capital de la Fondation, il est en partie chilien et en partie étranger au Chili.

260. La question pourrait donc se poser de savoir quels sont les critères déterminant la "nationalité" de la personne juridique, une question dont on sait qu'elle a fait l'objet, dans différents domaines (droit international privé, droit international public, par exemple protection diplomatique, nationalisations, condition des étrangers, etc.) de nombreux écrits, controverses et jurisprudences, etc. Les critères proposés ou retenus pour déterminer cette "nationalité" (qui ne sont pas nécessairement les mêmes selon le domaine considéré) sont essentiellement le lieu de l'incorporation et celui du siège statutaire, celui du siège réel ou effectif ou du centre de l'administration, ainsi que (dans certains domaines), celui du contrôle.

261. Dans le domaine de la protection diplomatique, la Cour Internationale de Justice, dans la célèbre affaire de la Barcelona Traction, Light & Power, Limited (2m phase), jugement du 5 février 1970, C.I.J., Recueil 1970, a écarté la possibilité de "percer le voile corporatif" pour définir la nationalité de la société en prenant en compte celle des actionnaires. En l'espèce un tel « voile » n'existe pas. La composition des organes de la Fondation est inscrite au Registre du Ministère espagnol de la Culture, lequel est d'accès public, selon la législation relative aux Fondations soumises à la protection de l'État dont il est fait état dans le dossier (paragraphe 95 *supra*). Le critère de la nationalité a été adopté par la Convention CIRDI (article 25(2)(b) et il a été appliqué, en conséquence, par les Tribunaux arbitraux CIRDI (Schreuer, « Commentary », ICSID Review Foreign Investment Law Journal 1997, 59, page 82). L'API Chili-Espagne a retenu, quant à lui, le double critère de la nationalité et du siège (article 1.1). Ces critères sont réunis en ce qui concerne la Fondation demanderesse.

262. C'est ainsi que dans l'affaire *SOABI c. Sénégal* (affaire n° ARB/82/1) Décision sur la compétence 1er août 1984, ICSID Report 175-2 aux pages 180-181) le Tribunal arbitral a considéré que

"As a general rule, States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality" (et non pas celui de la nationalité des actionnaires, sinon dans des circonstances exceptionnelles).

De même, le Tribunal arbitral dans l'affaire *Amco c. Indonésie* (affaire n° ARB/81/1) Décision sur la compétence, du 25 septembre 1983, 1 ICSID Report 396; cf. Schreuer op. cit., ICSID Review Foreign Investment Law Journal 12 (1997, 59 aux pages 120-121) a retenu que:

"the concept of nationality is there a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place of incorporation and the place of the social seat..."

tout en notant que les parties contractantes peuvent prévoir des exceptions (comme le montre l'Article 25 para 2 in fine).

C'est donc à juste titre que la Partie défenderesse n'a pas tenté de contester la nationalité espagnole de la Fondation Presidente Allende.

263. La seconde condition que la Fondation Allende doit remplir pour que le Tribunal arbitral puisse se reconnaître compétent à l'égard de sa requête d'arbitrage est celle de l'investissement. La Fondation demanderesse a démontré qu'elle est en possession de 90% des actions de CPP S.A.(Annexes au « Mémoire » du 17 mars 1999, documents 6 à 9, 17 et 18), qui lui ont été transmises par M. Victor Pey au moyen d'écritures passées entre le 6 octobre 1989 et le 27 mai 1990 (Document 9 annexe à la « Requête d'arbitrage », 17 et 18 annexes au « Mémoire du 17 mars 1999 ; pièce C 7) . La Défenderesse, elle, a posé la question : la Fondation peut-elle être considérée comme une partie à un litige qui soit « en relation directe avec un investissement et que les Parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre»?

264. On rappellera brièvement que l'art. 25(1) de la Convention CIRDI renvoie à l'article 1.2 de l'API Chili-Espagne, selon lequel:

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

« Par "investissements" on désigne toutes sortes d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement et en particulier, encore que non exclusivement, les suivants:

Actions et autres formes de participation dans les sociétés. »

Quant à l'article 2.2 de l'API, il accorde sa protection:

« 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. »

Or une partie des droits découlant de l'investissement avait été transmise en faveur de la Fondation. 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 (une condition établie dans les écritures de cession du 6 octobre 1989, pièce 17 annexe au « Mémoire » du 17 mars 1999).

265. La question de savoir si la Fondation est un investisseur aux fins de la question de compétence soumise au Tribunal doit être examinée sous divers aspects, d'importance d'ailleurs inégale, dont celui de la validité et des effets de la cession de droits opérée par Monsieur Pey Casado à la Fondation (et celle de ses éventuelles conséquences en ce qui concerne la nationalité des réclamations).

266. Si la position de la Fondation était examinée de manière "indépendante" et en soi, c'est-à-dire abstraction faite de la cession de droits opérée par Monsieur Pey Casado, il y aurait sans doute lieu de se demander si, au moins *prima facie*, elle a ou non le caractère d'"investisseur". Elle n'a fait que recevoir de Monsieur Pey (et d'autres) une donation (terme utilisé par son Conseil, le Dr. Garcés). Au jour de l'introduction de la demande d'arbitrage, elle paraît n'avoir guère contribué voire en rien à l'économie chilienne, et ne prétend pas l'avoir fait, bien que l'Article 3 de son Statut pourrait être éventuellement interprété comme lui assignant des objectifs dont le Chili devait normalement

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

obtenir à l'avenir certains bénéfices, d'ordre essentiellement culturel, social ou juridique.

267. Il est vrai que l'article 1.1 de l'API n'exclut pas de la définition d'investisseur les personnes morales dont les activités ne seraient pas à caractère lucratif, et que les Demandéresses ont invoqué la clause de la nation la plus favorisée en rapport avec des API ratifiés par le Chili ayant défini les Fondations comme des « investisseurs » (par exemple avec l'Allemagne, article 4). Selon cette thèse, la Fondation espagnole a au Chili des intérêts à portée économique, culturelle, sociale et humanitaire. Elle aurait donc en elle-même la qualité d'investisseur en vertu de l'article 1er de l'API Chili-Espagne et, à titre subsidiaire, de la clause de la nation la plus favorisée de l'API Chili-Espagne en rapport avec l'article 1.2.b de l'API Chili-Australie.

268. A supposer même que ce type de déduction puisse être admis, il n'est pas certain qu'il suffise à conférer la qualité d'investisseur à la Fondation dans les circonstances concrètes de la présente espèce. On a fait valoir que les Demandéresses auraient affirmé souhaiter destiner une partie de l'indemnisation demandée à reprendre une activité d'ordre économique au Chili, la publication de journal Clarin (v. pièce C 208).

Pareille intention, fût-elle admise ou incontestable, ne peut viser que l'avenir et non pas les conditions juridiques existant au jour de la Requête d'arbitrage. En outre, ladite intention dépend, pour sa réalisation, d'une hypothétique indemnisation, laquelle n'est à l'évidence possible que si les conditions de la conférence posées par la Convention CIRDI sont réalisées.

269. Quoiqu'il en soit, il est superflu de s'interroger davantage à cet égard, la compétence du Tribunal et la qualité pour agir de la Fondation dépendant à l'évidence surtout de la validité et des effets du transfert de droits, c'est-à-dire de la cession accomplie en faveur de la Fondation (voir Article 11 du Statut de la Fondation, précité). En effet, à supposer que la Fondation n'ait pas, en elle-même la qualité d'investisseur, il y a lieu d'examiner si elle n'a pas reçu cette qualité du fait de la cession de droits par Monsieur Pey.

270. La validité du transfert ou de la cession, à titre gratuit, ou donation opérée par Monsieur Pey Casado en 1990 est d'abord une question de droit privé ou de droit international privé, qu'il convient de distinguer de la question de ses effets qu'on pourrait appeler de droit international public en ce qui concerne plus précisément la compétence du Tribunal arbitral et la qualité pour agir de la Fondation.

271. Sur le premier terrain, celui de la validité de la cession en droit privé, une première question doit être brièvement évoquée, celle du droit applicable, à la forme et au fond. Mais il est superflu de l'approfondir dès lors que la validité formelle ou substantielle de la cession n'a pas été sérieusement contestée ni analysée par les Parties et ceci, aussi bien selon le droit espagnol, (*"prima facie"* applicable selon l'intention présumable des parties à l'acte de cession et s'agissant de biens mobiliers que sont les actions de société) que selon le droit chilien éventuellement applicable s'agissant d'intérêts dans des sociétés chiliennes. Le Chili n'a pas soulevé d'objection à la cession de droits sur CPP S.A. en faveur de la Fondation espagnole; la cession serait donc opposable à la partie défenderesse, (pages 151- 157), on notera en passant que la notification de la cession du crédit au débiteur n'a d'autre portée que de l'obliger envers le nouveau créancier (article 1.527 du Code civil espagnol ; article 1.902 du Code civil chilien).

272. D'un autre point de vue, on pourrait se demander si le cédant, Monsieur Pey, a voulu et pu se limiter à transférer, à la Fondation seulement ses droits et intérêts qu'on pourrait appeler substantiels dans les deux sociétés C.P.P. S.A. et E.P.C. Lté, ou s'il n'a pas voulu transférer aussi, en même temps, par là-même, voire nécessairement ses droits à l'indemnisation pour les confiscations dont il s'est dit victime et, notamment, des droits de caractère "procédural" contre la République du Chili. Ces éventuels droits de caractère "procédural" (dont le droit de bénéficier de l'arbitrage CIRDI) dépassent ce qu'on pourrait appeler le seul terrain du "droit privé" et obligent à examiner du point de vue de la Convention de Washington, la situation du cessionnaire, la Fondation Président Allende.

273. Les Demandederesses ont soutenu que la cession des droits en faveur de la Fondation avait eu lieu en 1989-1990, lorsque ni l'Espagne ni le Chili n'avaient conclu l'API, ni signé la Convention de Washington. Par conséquent, le droit d'agir de la Fondation auprès d'un Tribunal CIRDI aurait été créé, comme pour tous les autres investisseurs espagnols au Chili, *ex lege*, le 29 mars 1994, date de l'entrée en vigueur de l'API. Cette affirmation serait confortée par les précédents cités (CIRDI, Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka ; Robert Azianin et Altri v. United States of Mexico ; Waste Management v. United States of Mexico ; Metalcad Corporation v. United States of Mexico ; Klöckner v. Cameroon ; AMT v. Zaïre ; Holiday Inn ; AMCO Asia ; pièce D15, «La compétence du Tribunal arbitral», pp. 153-169).

274. Sur ce point, le Tribunal arbitral estime que le différent est né aux mêmes dates que pour M. Pey, car celui-ci revendiquait le 20 novembre 1995 et le 10 janvier 1996 100% des droits de CPP S.A., ce qui incluait le pourcentage transféré à la Fondation. Ainsi le Ministre des biens nationaux avait répondu le 20 novembre 1995 en tenant compte que la réclamation de M. Pey portait sur la totalité des biens de CPP S.A.

M. Pey agissait de la sorte en vertu de l'accord du 20 décembre 1994, intervenu entre lui-même et le Conseil des Fondateurs de la Fondation, accord incorporé aux minutes d'un notaire à Madrid. Cet accord avait été communiqué au Centre le 19 décembre 1997 (doc. annexe n° 3). Le Tribunal arbitral observe que la mise à exécution de cet accord a bien été faite. C'est ainsi que :

a) La Requête introduite par M. Pey en 1995 avait été faite avec l'accord de la Fondation, auprès de la 8^{ème} Chambre criminelle de Santiago, pour la restitution de la totalité des 40.000 titres originaux de CPP S.A., de leur transfert signé en blanc et des justificatifs de leur paiement (pièce n° 21, annexe à la Requête arbitrale),

b) La Requête introduite par M. Pey avait été faite avec l'accord de la Fondation, auprès de la première Chambre civile de Santiago, en 1995, en réclamation de la restitution de la totalité de la puissante

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

rotative GOSS (voir les pièces C105 et C106, et les extraits de ladite procédure produits par le Chili après la clôture de la procédure orale le 5 mai 2000 et dont la version française a été produite après les audiences des 29 et 30 octobre 2001),

275. Par ailleurs, le dossier soumis au Tribunal arbitral comporte deux pièces dans lesquelles il apparaît que, dans ses lettres des 30 avril et 29 mai 1997 adressées au Gouvernement du Chili, M.Pey avait agi en concertation avec ladite Fondation (pièces n° 11 et 12 annexées à la Requête), sans que de quelque manière les Autorités chiliennes aient réagi à cela.

276. La véritable question n'est pas celle du droit applicable à la cession consentie à la Fondation – encore une fois non analysée par les Parties - mais celle de savoir si cette cession à une personne juridique espagnole a pu conférer à cette dernière non seulement des droits "matériels", par exemple de propriété, sur les biens ou intérêts transférés, mais aussi, voire surtout, le droit d'agir en justice et en arbitrage en indemnisation, comme prévu par son Statut, en raison de la confiscation alléguée des biens du cédant, Monsieur Pey, c'est-à-dire si cette cession est opposable à la République du Chili dans le présent contexte.

277. Les Demandanderesses ont allégué que:¹¹

« Aussi bien le droit chilien que le droit espagnol, en accord avec la tradition du droit romain et « continental », établissent une distinction entre :

- a) le droit substantiel du crédit cédé, c'est-à-dire l'accord générique destiné à produire une succession inter-vivos, et qui peut être contenu dans des contrats types déterminés ou atypiques qui sont régis par le principe «tempus regit actum»,*
- b) le droit processuel qui régit la procédure pour la revendication de ce droit, y compris l'action judiciaire et l'arbitrage, entre autres, et*
- c) les questions processuelles, y compris celles relatives à la juridiction et à la compétence d'un tribunal sont régies par la loi en*

¹¹ Les précédents invoqués sont l'affaire Fedax v. Venezuela (pièce D 5, pages 38 à 43) ; l'affaire AMCO (pages 369, 373) et celles citées dans TUPMAN (W.Michael): "Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", International and Comparative Law Quarterly, volume 35, partie 4, octobre 1986, page 838.

CONFIDENTIEL

PROJET 9

vigueur au moment où est entreprise la procédure judiciaire ou arbitrale. »

278. En admettant que, selon le droit applicable à la cession (quel qu'il soit – espagnol, chilien ou autre), le consentement du débiteur cédé ne soit pas nécessaire (et le contraire n'a pas été allégué ni prouvé dans la présente procédure), cette considération ne suffit pas encore à décider du sort des objections d'incompétence soulevées par la Partie défenderesse à l'égard de la Fondation Président Allende. Car le Tribunal arbitral doit se demander si le transfert opéré par Monsieur Pey Casado en faveur de la Fondation, (transfert valable en soi par hypothèse) a suffi à faire en sorte que, comme les Demandereuses l'ont soutenu, la Fondation remplisse toutes les conditions lui permettant de requérir l'arbitrage du CIRDI, soit de remplir toutes les conditions posées tant par la Convention de Washington que par l'API quant à la compétence du Tribunal Arbitral.

279. La Défenderesse a soutenu (voir la transcription des audiences des 3 et 5 mai 2000) que, pour que la Fondation puisse faire valoir des droits à l'égard de la Partie défenderesse, il ne suffirait pas qu'elle puisse se prévaloir de la seule nationalité espagnole, mais qu'il fallait encore qu'elle remplisse les autres conditions requises (plusieurs fois mentionnées précédemment) et, notamment, qu'elle ait valablement obtenu les droits transférés. Or ceci supposerait que M. Pey en ait été titulaire, compte tenu du principe général *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (ou *Nemo potest facere per alium quod per se non potest*). En effet si M. Pey n'avait pas, selon la Convention CIRDI ou le Traité bilatéral hispano-chilien, le droit de faire valoir des réclamations contre la Partie défenderesse, il n'a pas pu les transférer ou en faire bénéficier la Fondation.

280. Dans le Droit international public des réclamations, le principe de base a été traditionnellement celui que l'on peut appeler de la continuité de la nationalité. On lit par exemple dans le Traité classique de Oppenheim- (cf. 9^{ème} édition par Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts, page 514) ce qui suit (avec références à plusieurs cas de jurisprudence internationale): "a claim will

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

normally be allowed if the continuity of nationality is maintained and disallowed if it is not" (page 514). De même, le Professeur F. Orrego Vicuña (Changing approaches to the nationality of claims, in the context of diplomatic protection and international dispute settlement, 15 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal (Fall 2000) 340, at 352) écrit : "*the continuance of nationality has generally been required in respect of transferability or assignment of claims. To this end, transfer of claims can only be done between persons having the same nationality of the espousing State*" (ces derniers termes montrant bien que l'on est dans le cadre de la protection diplomatique). Toujours dans le même sens, le Professeur Brownlie (Principles of Public International Law (2003) page 462) écrit que "*if during the critical period a claim is assigned to or by a non national of the claimant State, the claim must be denied*" mais observe qu'une cession n'affecterait pas la validité de la réclamation "*if the principle of continuity is observed*".

281. Quant est-il de la "jurisprudence" des tribunaux arbitraux CIRDI à cet égard? Selon un commentaire autorisé, celui de Ch. Schreuer (The ICSID Convention: A Commentary 2001, page 184), ces tribunaux arbitraux ont montré une souplesse certaine en reconnaissant le statut de partie à des successeurs ou cessionnaires, tout en marquant de la prudence à l'égard d'une extension non contrôlée de la compétence.

282. Un autre commentateur, M. A. Broches, dont est notoire le rôle important qu'il a joué dans la genèse de la Convention CIRDI, a écrit:

« Nous avons laissé ouvertes toutes les questions de détermination de la nationalité ; on a aussi laissé ouverte la question d'une cession ou plutôt des effets juridiques d'une cession volontaire, par exemple la question de savoir si la clause compromissoire bénéficierait à une tierce personne ou plutôt au successeur où à une personne à qui a été cédé le contrat. La question de savoir si le consentement doit être censé avoir été donné intuitu personae est une question d'interprétation du consentement (...) Je crois qu'il s'agira toujours d'une interprétation du consentement ». ¹²

¹² Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965, Paris, Padone, pages 51-52

CONFIDENTIEL**PROJET 9**

Les Demandereuses voient cette conclusion confortée du fait que plusieurs Tribunaux du CIRDI se sont déclarés compétents dans des cas où avaient eu lieu des cessions et des transferts de titularité des droits, en citant l'affaire FEDAX N.V. v. République du Venezuela (pièce D5, annexe à la Réplique)

283. De ces considérations générales, la Défenderesse a tiré deux conclusions: si le premier Demandeur, Monsieur Pey Casado, devait être tenu pour ayant eu la nationalité chilienne la question pourrait se poser de l'opposabilité à la République du Chili du transfert de ses droits et intérêts (y compris les droits procéduraux) à une personne juridique espagnole, la Fondation Président Allende. En revanche, s'il devait être considéré comme n'ayant pas la nationalité chilienne, mais exclusivement la nationalité espagnole, la question d'un changement de la nationalité des réclamations ne se poserait évidemment pas.

284. Or, le Tribunal arbitral a examiné la question de la nationalité de M. Pey Casado en détail, et il est parvenu à la conclusion que la nationalité chilienne de M. Pey Casado n'avait pas été prouvé par la partie défenderesse. Une fois arrivé à cette conclusion, le Tribunal doit nécessairement conclure, alors, que la question de changement de la nationalité des réclamations ne se pose pas, et qu'il est compétent pour statuer sur le fond du litige pour ce qui concerne la deuxième partie défenderesse.

CONFIDENTIEL
PAR CES MOTIFS,

PROJET 9

Le Tribunal arbitral,

PAR CES MOTIFS

Le Tribunal arbitral,
statuant à la majorité,

1. Rejette l'exception d'incompétence de la Partie défenderesse;
2. Constate qu'il est compétent pour statuer sur le fond du présent litige;
3. Rejette toutes autres conclusions;
4. Réserve la suite de la procédure, laquelle fera l'objet d'une Ordonnance ultérieure;
5. Décide quant aux frais de l'instance à ce jour...

Fait le.....2005,

Mohamed Bedjaoui
Arbitre

Galo Leoro Franco
Arbitre

Pierre Lalive
Président