

**C I R D I**

**(Affaire N° ARB/98/2)**

**VICTOR PEY CASADO**  
**ET FUNDACION "PRESIDENTE ALLENDE"**

**c/**

**REPUBLIQUE DU CHILI**

***Audience du 15 janvier 2007***

1

## **S O M M A I R E**

2

3

4

5	OUVERTURE DE LA SESSION PAR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL.....	4
6		
7	PLAIDOIRIE DE LA PARTIE DEMANDERESSE	
8	1) Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) que le	
9	Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de la question de	
10	double nationalité au sens de la Convention de Washington?.....	6
11	2) Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) qui permettent	
12	au Tribunal arbitral d'apprécier la satisfaction de la condition de nationalité au sens du	
13	Traité bilatéral ? .....	14
14	3) Y a-t-il dans la jurisprudence chilienne des éléments nouveaux qui permettent au	
15	Tribunal arbitral d'apprécier la question de la renonciation par un national chilien à sa	
16	nationalité ? .....	21
17		
18	<i>Application dans le temps du Traité bilatéral</i>	
19	4. Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) que le	
20	Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de l'application	
21	dans le temps du Traité bilatéral ?.....	37
22		
23	<i>Clause de la nation la plus favorisée</i>	
24	5) Le Tribunal arbitral invite les parties à préciser les conséquences qu'elles souhaitent, le	
25	cas échéant, voir le Tribunal tirer de la Clause de la nation la plus favorisée figurant au	
26	Traité bilatéral .....	45
27		
28	QUESTIONS POSEES PAR LE TRIBUNAL.....	52
29		

1      **Présents :**

2      **1. Tribunal Arbitral**

- 3            • M. le Pr Pierre Lalive, Président  
4            • Me Mohammed Chemloul, Arbitre  
5            • M. le Pr Emmanuel Gaillard, Arbitre

6      **2. CIRDI**

- 7            • Mme Gabriela Alvarez Avila

8      **3. Pour la partie demanderesse :**

- 9            • Dr Juan E. Garcès (Avocat, Cour de Madrid)  
10          • Mme Carole Malinvaud (Avocate, Gide, Loyrette, Nouel)  
11          • Mme Alexandra Munoz ((Avocate, Gide, Loyrette, Nouel)  
12          • M. Markus Petsche (Avocat, Gide, Loyrette, Nouel)  
13          • Mme Clotilde Lemarié (Avocate, Gide, Loyrette, Nouel)  
14          • M. Pey Casado (partie demanderesse)  
15          • Mme Francisca Duran-Ferraz de Andrade (Fondation Président Allende, Madrid)  
16          • Mme Marie Ducrocq (Fondation Président Allende, Madrid)

17     **4. Pour la partie défenderesse :**

- 18          • M. Paolo di Rosa (Winston & Strawn LLP)  
19          • M. Ronald Goodman (Winston & Strawn LLP)  
20          • M. Bruno Leurent (Winston & Strawn LLP)  
21          • M. Tomas Leonard (Winston & Strawn LLP)  
22          • M. Kelby Ballena (Winston & Strawn LLP)  
23          • Mme Aura Colmanni (Winston & Strawn LLP)  
24          • M. Jorge Carey (Avocat-Conseil)  
25          • M. Gonzalo Fernandez (Avocat Conseil)  
26          • M. Luis Sanchez Castellón (Gouvernement du Chili)  
27          • M. Eduardo Bobadilla (Gouvernement du Chili)  
28          • M. Jose Luis Cea (Président du Tribunal de la Cour constitutionnelle du Chili)  
29

30     **5. Sténotypistes francophones**

- 31          • Mmes Simone Bardot et Agnès Naudin

32     **6. Sténotypistes hispanophones**

- 33          • Mme Marta Rinaldi et M. Rodolfo Rinaldi

34     **7. Interprètes**

- 35          • Mme Annick Labarère, M. Ernesto Gonzalez et M. Gustavo Goyen  
36                • *L'audience est ouverte à 9 heures 25,*  
37                • *sous la présidence de M. Pierre Lalive.*

1

## OUVERTURE DE LA SESSION PAR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL

2                   **M. le Président.** - Mesdames et messieurs, je vous souhaite à tous et à  
3 toutes la bienvenue et j'ouvre cette audience du Tribunal arbitral.

4                   La première question que je veux soulever est celle de l'horaire, du  
5 calendrier de l'organisation pour éviter tout malentendu. Le Tribunal arbitral a prévu,  
6 comme vous le savez, que ce matin nous entendions le point de vue de la délégation  
7 du Chili sur les questions qui vous ont été posées par le Tribunal arbitral, il y a cinq  
8 questions dont j'ai la liste sous les yeux et que vous avez certainement aussi, dont trois  
9 portent sur la nationalité, la quatrième sur l'application dans le temps du Traité  
10 bilatéral et la cinquième sur la Clause de la nation la plus favorisée.

11                  En ce qui concerne le calendrier, nous avons prévu ce matin une séance  
12 qui devrait durer jusqu'à 12 heures 30 / 13 heures environ, avec bien entendu  
13 l'interruption rituelle pour le café à un moment qui sera jugé convenable par la  
14 délégation chilienne, dont nous ne voulons pas interrompre l'exposé à un moment  
15 inopportun. Cet après-midi, nous reprendrions l'audience à une heure qui reste à fixer  
16 exactement à la fin de la séance de ce matin, c'est-à-dire vers 14 heures 30 ou peut-  
17 être 15 heures, et qui permettrait à la délégation de la partie demanderesse de répondre  
18 sur les mêmes questions.

19                  Il est entendu, je n'ai pas besoin de le répéter, que le Tribunal arbitral  
20 entend s'en tenir strictement aux questions posées et n'acceptera pas des débordements  
21 qui reviendraient à d'autres questions. Il est d'ailleurs inutile et irrecevable de traiter  
22 d'autres questions que celles fixées par le Tribunal arbitral.

23                  Mais auparavant, je souhaiterais non seulement, selon l'usage, que soit  
24 remplie la liste des présences mais je pense qu'il serait utile pour nous tous et en tout  
25 cas pour les membres du Tribunal arbitral que chacun veuille bien s'identifier. Je  
26 demanderai donc, pour la délégation du Chili d'abord, à chacun de dire simplement  
27 quel est son nom et sa qualité de manière intelligible. Nous ferons un tour de table et  
28 je poserai la même question à la délégation que j'ose appeler espagnole, pour que nous  
29 sachions à qui nous avons affaire. Est-ce que je peux demander au porte-parole de la  
30 délégation chilienne de décider dans quel ordre ils veulent se présenter mais il n'y a  
31 pas d'ordre protocolaire, on peut simplement faire le tour de la table. S'ils veulent bien  
32 se présenter, je les en remercie par avance.

33                  **M. L. Sanchez Castellón** (*interprétation de l'espagnol*). - Monsieur le  
34 président, avec votre accord, je fais ce que vous demandez. Je suis  
35 Luis Sanchez Castellón. Je suis le responsable du ministère et je suis ici au nom du  
36 ministre du Développement et de la Reconstruction. Je suis donc ici à la tête de la  
37 délégation chilienne.

38                  Monsieur le président, nous a demandé à tous de nous présenter je crois, si  
39 je vous ai bien compris, monsieur le président. Donc je passe la parole...

40                  **M. J. L. Cea** (*interprétation de l'espagnol*). - Monsieur le président,  
41 messieurs les membres du Tribunal, je suis José Luis Cea, Président du Tribunal de la  
42 Cour constitutionnelle du Chili.

1                   **M. E. Bobadilla** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour, je suis Eduardo  
2 Bobadilla. Je suis avocat et je m'occupe des problèmes d'investissements étrangers au  
3 sein du ministère de l'Economie.

4                   **M. P. di Rosa** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour, Paolo di Rosa.  
5 J'appartiens à l'étude Winston & Strawn.

6                   **M. R. Goodman**. - Messieurs les arbitres, je m'appelle Ronald Goodman,  
7 associé de Winston & Strawn. Je veux seulement ajouter qu'on ne peut pas bien sûr  
8 accepter que l'autre délégation soit nommée la délégation espagnole. Merci.

9                   **M. le Président**. - C'était sans préjugés !

10                  **M. B. Leurent**. - Bruno Leurent, avocat, associé du cabinet Winston &  
11 Strawn.

12                  **M. J. Carey** (*interprétation de l'espagnol*). - Jorge Carey, avocat-conseil.

13                  **M. G. Fernandez** (*interprétation de l'espagnol*). - Gonzalo Fernandez.  
14 J'appartiens à Carey Company et je suis aussi avocat-conseil.

15                  **M. T. Leonard** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour. Tomas Leonard,  
16 associé de Winston & Strawn.

17                  **M. K. Ballena** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour. Kelby Ballena,  
18 associé de Winston & Strawn.

19                  **Mme A. Colmani** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour.  
20 Aura Colmani. Je suis assistante de M. Goodman chez Winston & Strawn.

21                  **M. le Président**. - Je vous remercie. Je passe à l'autre côté. Je crois  
22 reconnaître M. Pey Casado. Si vous voulez suivre le même ordre...

23                  **M. P. Casado** (*interprétation de l'espagnol*). - Monsieur le président,  
24 messieurs les membres du Tribunal, je suis M. Victor Pey. Je suis la partie  
25 demanderesse.

26                  **M. J. E. Garcès** (*interprétation de l'espagnol*). - Je suis Juan E. Garcès,  
27 avocat du cabinet Garcès y Prada Asociados, Madrid, Espagne.

28                  **Mme C. Malinvaud**. - Monsieur le président, messieurs les arbitres, je  
29 suis Carole Malinvaud, associée du cabinet Gide, Loyrette, Nouel.

30                  **Mme A. Munoz**. - Monsieur le président, messieurs les arbitres, bonjour.  
31 Je suis Alexandra Munoz, avocate au cabinet Gide, Loyrette, Nouel.

32                  **M. M. Petsche**. - Bonjour. Mon nom est Markus Petsche. Je suis avocat  
33 du cabinet Gide, Loyrette, Nouel.

1                   **Mme C. Lemarié.** - Monsieur le président, messieurs les arbitres, je suis  
2 Clotilde Lemarié, avocate au cabinet Gide, Loyrette, Nouel.

3                   **Mme F. Duran** (*interprétation de l'espagnol*). - Monsieur le président,  
4 Francisca Duran, membre de la Fondation Président Allende.

5                   **Mme M. Ducrocq.** - Marie Ducrocq, de la Fondation Président Allende  
6 d'Espagne.

7

1

2

## PLAIDOIRIE DE LA PARTIE DEFENDERESSE

3

(...)

4

*L'audience, suspendue à 13 heures 40, est reprise à 15 heures 18.*

5

6

7

**M. le Président.** – Mesdames et messieurs, nous reprenons l'audience. Je vous remercie d'avoir fait l'effort de venir assez rapidement. Je vois que le Docteur Garcès est disposé à prendre la parole. Je la lui donne.

8

## PLAIDOIRIE DE LA PARTIE DEMANDERESSE

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

**Dr J. E. Garcès.** – Merci beaucoup, monsieur le président. Tout d'abord, permettez-moi, au nom de M. Pey et des conseils, de vous saluer, vous, le président, et messieurs les co-arbitres Mohammed Chemloul et Emmanuel Gaillard. C'est pour nous un honneur de parler devant vous, malgré les circonstances dans lesquelles ce Tribunal a été constitué et que nous avons exprimées par écrit dans nos communications pendant plusieurs mois.

En préparant la réponse, nous avons tenu compte de l'ordre du jour que vous nous avez indiqué, c'est-à-dire de chercher et d'essayer de trouver s'il y avait des jurisprudences ou des doctrines postérieures au mois de mai 2003, date de la dernière audience. Nous nous efforcerons de nous limiter à la question qui nous a été posée. L'intervention suivante suivra, elle aussi, l'ordre du jour.

Maître Alexandra Muñoz répondra à la première question. Maître Malinvaud répondra à la deuxième question. Moi-même, je répondrai à la troisième. A la quatrième question, ce sera à nouveau Me Malinvaud. Et, pour finir, je répondrai à la cinquième question.

Mais avant de donner la parole à la première intervenante, en ménageant l'avenir aux effets de la Règle 27 d'arbitrage, nous voulons indiquer que la requête a été adressée à M. le Président de la République du Chili en tant que chef du pouvoir exécutif qui représente la politique étrangère et les engagements internationaux du Chili. Et ce matin, c'est avec beaucoup d'intérêt que nous avons écouté le Président du Tribunal constitutionnel qui, d'après la loi constitutionnelle chilienne à l'article 1<sup>er</sup> de la Loi n° 17997, est un pouvoir autonome et indépendant de toute autre autorité de l'Etat.

A telle enseigne que le Tribunal constitutionnel a la faculté d'analyser les décrets du Pouvoir exécutif, du Chef de l'Etat, et de les annuler. Par exemple, vendredi dernier, le Tribunal constitutionnel chilien, sous la présidence de son président ici présent, a annulé, a laissé sans effet, un décret qui autorisait la vente à Santiago de la pilule dite « du jour d'après », trouvant que cela allait à l'encontre de la Constitution chilienne. Voilà à quel point c'est un pouvoir indépendant.

Or, il a dit à plusieurs reprises qu'il parlait en tant que président du Tribunal constitutionnel. De ce point de vue-là, nous devons penser qu'il agit en tant

1 qu'expert de la Constitution chilienne, ce qui est tout à fait légitime, si ce n'est que ce  
2 n'est pas le moment de faire intervenir un expert dans cette audience.

3 Qu'aurait dit le Chili si nous avions intégré, dans notre délégation, un  
4 Haut responsable du ministère espagnol des Affaires étrangères pour montrer  
5 comment, dans le système des Conventions de double nationalité entre l'Espagne et les  
6 pays latino-américains, la renonciation au bénéfice de la double nationalité est  
7 consubstantielle à ce système de Traités? L'autre partie aurait dit (*citation*) : « *Mais le*  
8 *ministère des Affaires étrangères ne peut pas venir dans votre délégation parce que*  
9 *c'est un expert et nous ne tolérons pas la présence d'un expert dans votre délégation* ».

10 Si M. le Président du Tribunal constitutionnel s'est exprimé en tant  
11 qu'expert en droit constitutionnel, nous demandons au Tribunal arbitral de ne pas tenir  
12 compte du tout de son intervention car, une fois encore, ce n'est pas le moment, du  
13 point de vue de la procédure, de faire intervenir un expert.

14 En revanche, on pourrait nous dire qu'il s'est exprimé en tant que conseil.  
15 Si tel était le cas, bien entendu, nous n'aurions pas d'objection. Mais, en l'occurrence,  
16 nous nous heurtons à un problème de légalité extraordinairement grave : selon  
17 l'article 92.C de la Constitution de l'Etat chilien, il est interdit, je cite (*citation*) :

18 « *A tous les membres du Tribunal constitutionnel d'exercer la profession*  
19 *de conseil, y compris celle de juge.* »

20 De fait, il y a une incompatibilité, que M. le Président du Tribunal  
21 constitutionnel ne peut pas ignorer, entre ses fonctions comme président du Tribunal  
22 constitutionnel et le travail en tant que conseil dans cette réunion.

23 Par ailleurs, s'il nous disait qu'il représente l'Etat, nous le contesterions. Il  
24 ne peut pas représenter l'Etat chilien dans cette procédure dans la mesure où c'est le  
25 Chef de l'Etat qui a été assigné ès-qualité de représentant de l'Etat et que le Chef de  
26 l'Etat –tel que cela figure dans les dossiers- a désigné, comme son représentant dans  
27 cette procédure, le Conseil des Investissements Étrangers, dont le ministre de  
28 l'Economie est le Vice-Président. Par conséquent, c'est le Ministère de l'Economie qui  
29 représente l'Etat et non pas le Président du Tribunal constitutionnel.

30 Voilà, monsieur le président, les observations que nous voulons faire tout,  
31 comme je le disais, en ménageant l'avenir aux effets de la Règle 27 d'arbitrage.

32 **M. le Président.** – Je vous remercie. Si je comprends bien, c'est Me  
33 A. Muñoz qui va maintenant intervenir ?

34 **Dr J. E. Garcès.** – Tout à fait.

35 **M. le Président.** – Vous avez la parole, maître.

1     **1. Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) que  
2       le Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de  
3       la question de double nationalité au sens de la Convention de Washington?**

4           **Mme A. Muñoz.** – Merci. Bonjour, monsieur le président, messieurs les  
5       co-arbitres. J'essayerai, dans une première intervention, de répondre à la question  
6       posée par le Tribunal concernant les éléments de droit nouveaux que le Tribunal  
7       arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de la question de double  
8       nationalité au sens de la Convention de Washington.

9           Avant d'aborder la réponse à cette question, je souhaiterais, très  
10      brièvement, reprendre l'argument des demandeurs concernant la nationalité de M. Pey  
11      aux dates de la Convention de Washington.

12           La position des demandeurs est qu'aux dates pertinentes de la Convention  
13      de Washington, M. Pey et la Fondation Allende avaient, tous les deux, la nationalité  
14      espagnole et, concernant M. Pey, la nationalité espagnole exclusive.

15           Sur ce point, je souhaiterais faire deux remarques.

16           Ma première remarque concerne la date du consentement qui, pour la  
17      première fois par le Chili, aujourd'hui, a été considérée comme partant du 30 avril  
18      1997, soit de la date de la demande qui avait été formulée par M. Pey aux autorités  
19      chiliennes avant de déposer la réclamation devant le CIRDI. Or, jusqu'à présent, la  
20      date du consentement retenue était bien la date du dépôt de la requête ou en tout cas la  
21      date du consentement de M. Pey qui est du 2 octobre 1997 et qui est incluse en tant  
22      que pièce avec la requête de l'arbitrage de M. Pey et de la Fondation.

23           Deuxième remarque : les demandeurs considèrent que M. Pey avait  
24      effectivement la nationalité espagnole exclusive, parce que l'Etat du Chili l'avait  
25      évincé du système de la Convention de double nationalité, ce dès 1973, et qu'entre  
26      1996 et 1997, M. Pey a entrepris les démarches nécessaires, notamment auprès des  
27      autorités chiliennes, pour que le registre de l'état-civil du Chili en prenne acte, sous la  
28      forme de son inscription en tant qu'étranger.

29           Cette position, à l'évidence, est maintenue et ce n'est donc qu'à titre  
30      subsidiaire que les développements qui vont suivre concernant la double nationalité  
31      dans la Convention de Washington seront faits.

32           J'évoquerai également, dans un second temps et assez rapidement, le fait  
33      que la jurisprudence récente confirme la position des demandeurs concernant la  
34      charge de la preuve en matière de nationalité.

35           S'agissant de la possibilité pour un double national de se prévaloir de la  
36      compétence du Centre, je ferai, là encore, une remarque préliminaire pour dire que  
37      cette question ne concerne bien évidemment que M. Pey et non pas la Fondation  
38      Allende, alors que M. Pey est titulaire de 5 % des droits de CPP SA.

39           Il s'agit donc, en répondant à cette question, de savoir si M. Pey peut  
40      prétendre à la compétence du Centre alors même que le Tribunal considérerait M. Pey,  
41      aux dates pertinentes de la Convention de Washington, comme étant toujours

1 bénéficiaire de la Convention de double nationalité, autrement dit comme toujours  
2 titulaire de la nationalité chilienne.

3 Ce matin, on nous a lu l'article 25-2-a de la Convention de Washington  
4 qui prévoit, *in fine*, l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou l'autre de ces dates,  
5 possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend.

6 La question qui se pose est de savoir si cette exclusion de  
7 l'article 25 s'applique à tous les binationaux ou si l'on peut considérer qu'il y aurait  
8 une exception à cette exception concernant les doubles nationaux dont la nationalité  
9 de l'Etat d'accueil ne serait pas effective.

10 En effet, il faut rappeler que si le Tribunal devait considérer que M. Pey  
11 avait toujours la nationalité chilienne aux dates pertinentes de la Convention de  
12 Washington, ce serait dans le cadre du système de la Convention de double nationalité  
13 et, en tout état de cause, cette nationalité chilienne ne serait pas effective puisque la  
14 Convention de double nationalité prévoit, dans son texte, qu'une seule des deux  
15 nationalités a pleine efficacité. Et selon la Convention de double nationalité, la  
16 nationalité effective de l'individu est la nationalité de l'Etat dans lequel cet individu a  
17 établi son domicile.

18 Or, le Tribunal se souviendra que dès le mois de mai 74, M. Pey a fait  
19 enregistrer son domicile en Espagne, ce qui a eu pour conséquence -*a minima*, selon  
20 les demandeurs- de réactiver la nationalité espagnole comme étant la nationalité  
21 primaire et effective de M. Pey.

22 Cela étant rappelé, nous allons donc voir que la jurisprudence des  
23 tribunaux arbitraux, dans le cadre du CIRDI va dans le sens d'un assouplissement de  
24 l'exclusion prévue par l'article 25-2-a de la Convention de Washington.

25 Dans l'Affaire *Champion Trading*, dans laquelle le Tribunal arbitral a  
26 rendu une sentence sur la compétence le 21 octobre 2003, dont les faits vous ont été  
27 exposés ce matin et sur lesquels je ne reviendrai pas, le Tribunal a effectivement  
28 admis que l'exclusion prévue à l'article 25 de la Convention de Washington était, en  
29 réalité, une exception au principe de nationalité effective dégagée par la jurisprudence  
30 de droit international coutumier. Mais il a également admis que (*citation*) : « *dès lors*  
31 *que l'exclusion de la compétence du Centre, à l'égard d'un double national aurait*  
32 *pour résultat une solution absurde ou déraisonnable, il conviendrait alors d'appliquer*  
33 *à nouveau le principe de la nationalité effective* ». On vous démontrera, un peu plus  
34 tard, qu'il serait « *absurde ou déraisonnable* » d'opposer la prétendue double  
35 nationalité chilienne à M. Pey.

36 Pour revenir sur cette sentence *Champion Trading*, un auteur qui a  
37 commenté cette sentence s'est étonné de deux choses démontrant qu'en réalité, tout en  
38 considérant que l'exclusion de l'article 25 était une exception au principe de  
39 nationalité effective, n'était pas complètement sûr de ce fait. En effet, comme  
40 M. Farouk Yala, dans son commentaire, publié à la Gazette du Palais du 7 décembre  
41 2004, le soulève : tout en écartant le critère de la nationalité effective, le Tribunal a  
42 néanmoins recherché s'il existait des éléments de rattachement des demandeurs

1 (personnes physiques) avec l'Etat d'accueil de l'investissement et il a utilisé ses  
2 éléments de rattachement pour rejeter l'application de la nationalité effective.

3 De la même manière cet auteur s'étonne et critique plus particulièrement  
4 le Tribunal arbitral dans l'Affaire *Champion Trading* sur le fait que ce dernier ne se  
5 soit pas interrogé sur le comportement de l'Etat à l'égard des demandeurs, alors même  
6 que les demandeurs avaient soutenu que l'Egypte se prévalait de la nationalité  
7 égyptienne des demandeurs dans l'unique but de faire échec à la compétence du  
8 CIRDI.

9 Selon cet auteur, le Tribunal arbitral, dans *Champion Trading*, aurait dû se  
10 prononcer sur cet argument, notamment au regard de la jurisprudence internationale  
11 ancienne qui avait été dégagée dans l'Affaire Pinson, selon laquelle, je cite (*citation*) :

12 « *Il serait contraire à l'équité de permettre à un Etat de traiter*  
13 *constamment comme sujet étranger un individu pour lui opposer, après, sa double*  
14 *nationalité dans le seul but de se défendre contre une réclamation internationale.* »

15 Ce dernier principe avait été également discuté lors des travaux  
16 préparatoires de la Convention Washington et les commentateurs s'étaient mis  
17 d'accord sur le fait qu'il était effectivement impossible, pour un Etat d'accueil,  
18 d'imposer sa nationalité à un investisseur en vue de faire échec à la compétence du  
19 Centre.

20 Ce matin, les représentants du Chili nous ont dit que la situation de M. Pey  
21 était bien différente et qu'il ne s'agissait pas, pour le Chili, d'imposer sa nationalité en  
22 vue de retirer son consentement à la compétence du Centre. Nous verrons très  
23 rapidement que cette affirmation est erronée et qu'effectivement le Chili impose sa  
24 nationalité à M. Pey dans l'unique but de faire échec à la compétence du CIRDI.

25 J'ouvre ici une petite parenthèse pour indiquer qu'en réalité, la  
26 jurisprudence de *Champion Trading* s'inscrit dans un processus plus général qui  
27 reflète l'évolution du monde contemporain dans lequel, de plus en plus fréquemment,  
28 des individus ont une double nationalité. Comme cela a été rappelé ce matin, même  
29 dans le cadre de la protection diplomatique des Etats, il existe une évolution. Le projet  
30 d'article adopté par la Commission de droit international en 2006 dispose, dans son  
31 article 7 (*citation*) qu' « *un Etat de nationalité pourrait exercer sa protection*  
32 *diplomatique à l'égard d'une personne contre un Etat, dont cette personne a*  
33 *également la nationalité, dès lors que la nationalité prépondérante de l'individu est*  
34 *celle du premier Etat* ». Donc, même dans le cadre de la protection diplomatique, on  
35 admet que les doubles nationaux peuvent y entrer.

36 Je referme la parenthèse.

37 Je reviens aux critères dégagés par *Champion Trading* et plus exactement  
38 sur l'exception à l'exclusion de l'article 25, pour dire qu'il serait effectivement absurde  
39 -ou à tout le moins déraisonnable- d'opposer la nationalité chilienne ineffective,  
40 depuis 1974, à M. Pey compte tenu des circonstances particulières de ce cas.

1                    Il serait, en effet, absurde d'opposer la prétendue nationalité chilienne à  
2 M. Pey :

- 3                    • alors que le Chili l'a banni sous peine de mort, et ce dès 1973 ;  
4                    • alors que le Chili a méconnu cette nationalité en lui niant les droits  
5 qui y sont attachés, notamment ceux de la Convention de double nationalité ;  
6                    • alors que M. Pey n'a eu de cesse de manifester sa volonté de faire  
7 inscrire sur les registres chiliens, les conséquences de ces faits par les voies qui lui  
8 étaient disponibles, y compris en renonçant formellement au bénéfice de la  
9 Convention de double nationalité qui a eu pour conséquence la renonciation à sa  
10 nationalité chilienne.

11                  Sur le fait que le Chili se prévaut, en réalité, de la prétendue nationalité  
12 chilienne de M. Pey dans le seul but de faire échec à la compétence du présent  
13 Tribunal, je rappellerai brièvement trois faits.

14                  Tout d'abord, M. Pey a effectivement fait les demandes nécessaires auprès  
15 des autorités, notamment chiliennes, pour que le registre d'état-civil du Chili prenne  
16 acte de la situation concernant son statut personnel.

17                  Ensuite, je rappellerai également que le registre d'état-civil du Chili a pris  
18 effectivement acte de ce fait et a enregistré, en marge de la fiche signalétique de  
19 M. Pey, le fait qu'il était étranger.

20                  Enfin, je rappellerai que ce n'est qu'au mois de juin 1999, à la demande  
21 des autorités chiliennes et en particulier d'un représentant de la Délégation chilienne,  
22 que le registre d'état-civil du Chili a supprimé la mention « étranger » sur la fiche  
23 signalétique de M. Pey.

24                  En réalité, plus encore que de s'opposer à la compétence du présent  
25 Tribunal arbitral, l'objectif du Chili est de priver M. Pey de tout forum pour présenter  
26 sa réclamation en indemnisation. Et, sur ce point, je souhaiterais rappeler quelques  
27 éléments.

28                  Tout d'abord, les demandeurs ont déposé leur requête en arbitrage le  
29 7 octobre 1997, soit plus de 9 mois avant la promulgation de la loi 1998 qui avait pour  
30 objectif d'indemniser les victimes d'expropriation du régime militaire chilien. A cet  
31 égard, on rappellera qu'en application de l'article 26 de la Convention de Washington  
32 et de l'article 10-2 de l'Accord de protection des investissements, une fois la requête  
33 d'arbitrage déposée, le choix fait par les demandeurs était définitif et M. Pey et la  
34 Fondation ne pouvaient plus aller devant les juridictions internes du Chili.

35                  Je rappellerai également que la loi de 1998, concernant la possibilité pour  
36 les victimes du régime militaire d'être indemnisées, prévoyait que les demandes  
37 devaient être formulées en tout état de cause au plus tard le 24 juillet 1999. Dès lors,  
38 en admettant même que M. Pey et la Fondation puisse aller, en dépit des stipulations  
39 de la Convention de Washington et de l'API, devant les juridictions chiliennes, ils  
40 seraient aujourd'hui forclos pour demander une indemnisation devant les juridictions  
41 internes.

1           Enfin, je rappellerai qu'en tout état de cause, le Chili s'est libéré de toute  
2 obligation d'indemnisation à l'égard de M. Pey et de la Fondation puisque, comme l'a  
3 rappelé la République du Chili ce matin, en prenant la Décision n° 43 du 28 avril  
4 2000, le ministère chilien des Biens Nationaux a reconnu la qualité de propriétaire des  
5 actions de la société CPP à des tiers et a indemnisé ces personnes au titre des  
6 prétendues confiscations qu'elles auraient subies. Il est évident que si M. Pey ou la  
7 Fondation avaient la possibilité d'aller devant les juridictions internes chiliennes, ce  
8 qui n'est pas le cas, le Chili ne manquerait pas d'opposer la Décision 43 à M. Pey et à  
9 la Fondation pour s'opposer à l'indemnisation de M. Pey et de la Fondation.

10          En réalité, tant les mesures internes prises par le Chili, que ses agissements  
11 dans le cadre de la présente procédure tendant à s'opposer à la compétence du présent  
12 Tribunal et du Centre, ont pour unique objectif de priver M. Pey de toute réparation et  
13 si le Chili parvenait à atteindre cet objectif, il commetttrait, à l'égard de M. Pey, le délit  
14 de déni de justice.

15          En conséquence et pour conclure, à supposer que le Tribunal considère,  
16 contre toute évidence, que M. Pey est toujours bénéficiaire de la Convention de  
17 double nationalité et, qu'à ce titre, il a la nationalité chilienne « non effective » -je le  
18 rappelle-, le Tribunal devra néanmoins se déclarer compétent en appliquant  
19 l'exception dégagée par *Champion Trading* à l'exclusion de l'article 25-2-a des  
20 doubles nationaux.

21          Je ferai maintenant un point assez rapide concernant la charge de la preuve  
22 en matière de nationalité dans le contentieux international.

23          La Délégation du Chili a, ce matin, profité de cette occasion pour refaire  
24 un point complet sur la charge de la preuve en reprenant des sentences antérieures à  
25 2003, allant même jusqu'à citer le droit romain. Je me contenterai, pour ma part, de  
26 reprendre des sentences récentes et postérieures à 2003 pour démontrer que la  
27 jurisprudence récente vient au soutien de la position des demandeurs qui consistait à  
28 dire que la charge de la preuve concernant l'exception d'incompétence soulevée par le  
29 Chili reposait sur la partie chilienne.

30          Tout d'abord, dans l'Affaire Génération Ukraine contre Ukraine du  
31 16 septembre 2003, le Tribunal arbitral, statuant sur une exception d'irrecevabilité  
32 soulevée par l'Etat défendeur, a considéré qu'il appartenait effectivement à cet Etat  
33 défendeur de démontrer le contrôle par un Etat tiers pour s'opposer à l'application de  
34 l'accord de protection des investissements invoqués par le demandeur. Il s'agissait,  
35 dans cette sentence, d'une exception d'irrecevabilité sur la nationalité de la personne  
36 morale.

37          De même, dans un arrêt du 31 mars 2004 de la Cour internationale de  
38 justice, qui est l'arrêt Mexique contre Etats-Unis, lequel est publié dans les arrêts de la  
39 CIJ, le Tribunal a rappelé le principe selon lequel (*citation*) : « *il appartient à l'Etat,*  
40 *qui se prévaut de la double nationalité d'un individu pour s'opposer à la protection du*  
41 *droit international, de démontrer cette double nationalité* ».

1           Ce matin, le Chili a également considéré que la sentence Soufraki aurait  
2 dégagé le principe selon lequel il appartenait au demandeur de démontrer qu'il n'avait  
3 pas la nationalité chilienne.

4           La sentence Soufraki, sur le point de la charge de la preuve, n'est pas  
5 pertinente, en l'occurrence, puisque ce qu'a dit le Tribunal dans cette sentence  
6 Soufraki, c'est qu'en réalité l'investisseur avait la charge de la preuve concernant la  
7 nationalité italienne. Or, en l'espèce, les demandeurs ne sont pas en train de demander  
8 au Chili de démontrer la nationalité espagnole de M. Pey ; il appartient bien  
9 évidemment à M. Pey de démontrer sa nationalité espagnole, ce qui a été fait. En  
10 revanche, les demandeurs considèrent que s'agissant d'une exception d'incompétence  
11 du Tribunal, il appartient au Chili de démontrer la nationalité chilienne de M. Pey.

12          Je ferai un dernier point s'agissant de la sentence Soufraki pour dire que  
13 dans cette affaire, effectivement, le Tribunal arbitral a considéré qu'il était souverain  
14 pour déterminer la valeur probante des éléments de preuve qui étaient soumis par les  
15 parties. En l'occurrence, dans la sentence Soufraki, il s'agissait pour Soufraki de  
16 démontrer sa nationalité italienne sur le fondement de certificats de nationalité émis  
17 par les autorités italiennes et le Tribunal a considéré qu'il n'était pas lié par ces  
18 éléments de preuve, le tout en application d'une jurisprudence ancienne bien établie.

19          En l'occurrence, cela signifie que le Tribunal ne serait pas lié par un  
20 certain nombre d'éléments de preuve qui seront repris par mon confrère Juan Garcès,  
21 éléments de preuve soumis par le Chili pour démontrer la nationalité prétendument  
22 chilienne de M. Pey.

23          En conclusion, s'agissant de la nationalité de M. Pey aux dates pertinentes  
24 de la Convention de Washington, la position des demandeurs est que M. Pey avait la  
25 nationalité espagnole exclusive, à ces dates-là. Etant précisé que les demandeurs ont  
26 bien démontré que M. Pey avait la nationalité espagnole et que la charge de la preuve  
27 concernant la nationalité chilienne repose sur la partie chilienne, le Tribunal devra  
28 apprécier souverainement les éléments de preuve soumis par les parties, notamment  
29 par le Chili, sans tenir compte du fait que, selon le droit interne chilien, ces éléments  
30 de preuve équivalent à la démonstration de la nationalité chilienne d'un individu.

31          A supposer que le Tribunal considère que M. Pey était néanmoins toujours  
32 bénéficiaire de la Convention de double nationalité et, à ce titre, qu'il possédait  
33 encore, aux dates de Convention Washington, la nationalité chilienne, le Tribunal  
34 devra néanmoins se déclarer compétent *ratione personae* à l'égard de M. Pey, étant  
35 précisé que la nationalité chilienne de M. Pey n'est pas effective en application de la  
36 Convention de double nationalité et en application du critère ou de l'exception à  
37 l'exclusion de l'article 25-2-a dégagé dans la sentence *Champion Trading*.

38          S'agissant de la Fondation, il est bien évident, concernant la nationalité,  
39 que le Tribunal devra se déclarer compétent *ratione personae*.

40          J'en ai terminé.

41          **M. le Président.** – Je vous remercie, maître. Si j'ai bien compris, la  
42 question suivante sera traitée par Me Malinvaud. Vous avez la parole, maître.

1    2) **Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) qui  
2    permettent au Tribunal arbitral d'apprécier la satisfaction de la condition de  
3    nationalité au sens du Traité bilatéral ?**

4                   **Me C. Malinvaud.** - Je vous remercie. Monsieur le président, messieurs  
5    les arbitres, je voudrais faire une remarque préalable. En étudiant, encore tout  
6    récemment, un certain nombre de jurisprudences et de doctrines relatives à la  
7    protection des investissements, un élément m'est apparu frappant, de manière assez  
8    constante et générale, à savoir une tendance à rechercher une interprétation de bonne  
9    foi et du sens ordinaire du Traité de base API et cette tendance est assez générale, quel  
10   que soit le thème auquel on souhaite l'appliquer.

11                  C'est précisément ce que nous vous demandons de faire, en l'espèce, c'est-  
12   à-dire d'interpréter le Traité API sans y ajouter ou en supprimer une quelconque  
13   condition et en particulier sans ajouter de conditions prétendument implicites.

14                  La question que je vais plus particulièrement traiter a trait à la prudence ou  
15   doctrine nouvelle en matière de satisfaction de la condition de nationalité au sens du  
16   Traité API, c'est-à-dire la compétence *ratione personae* et plus précisément à quelle  
17   date la condition de nationalité au sens de l'API devait être satisfaite.

18                  Une petite remarque préalable, au vu de l'intervention qui a eu lieu ce  
19   matin et qui me paraît intéressante. Il a été confirmé de manière réitérée qu'au sens de  
20   l'API, la condition de nationalité s'entendait de la nationalité effective et que c'était  
21   d'ailleurs la seule pertinente.

22                  Cela étant, pour en revenir aux questions des dates, puisque suivant le gré  
23   des positions des parties, on peut partir de la date de l'investissement, c'est-à-dire de  
24   1972 ou aller, comme nous le soutenons, à la date du consentement de l'arbitrage et à  
25   la date de l'enregistrement de la requête, seules dates, à notre sens, pertinentes, je  
26   souhaiterais faire deux types de développement. Le premier qui tend à confirmer que  
27   la position de la demanderesse -selon laquelle les deux seules dates pertinentes sont  
28   celles de la Convention CIRDI- est la position qui doit être retenue et qui est  
29   confirmée par la jurisprudence comme la doctrine récente et, deuxièmement, quelques  
30   développements sur la non application des principes dérivés de la protection  
31   diplomatique en matière de nationalité API.

32                  En ce qui concerne la première partie et, donc, les dates qui nous  
33   paraissent pertinentes au regard de la nationalité au sens de l'API, je vous rappelle  
34   brièvement la position des demandeurs avant d'évoquer les quelques jurisprudences  
35   récentes qui viennent confirmer cette position.

36                  La position de la demanderesse est assez simple, elle part du Traité et elle  
37   l'analyse sans aller rechercher des conditions supplémentaires implicites. Elle part,  
38   tout d'abord, de l'article 1-1 qui définit le champ d'application *ratione personae* et qui  
39   donne, à ce titre, la définition de la notion d'investisseur. Vous remarquerez qu'il n'y a  
40   aucune condition temporelle dans la définition de l'investisseur. Elle va donc  
41   rechercher, dans l'article 2-2 qui, lui, traite, de la question *ratione temporis*, le champ  
42   d'application *ratione temporis* du Traité, ce y compris par rapport à la question de la  
43   nationalité de l'investisseur, si tant est qu'on y trouve quoi que ce soit.

1           Or, que trouve-t-on dans l'article 2-2 ? On trouve que ce Traité s'applique  
2 aux investissements futurs comme aux investissements passés, précisant que,  
3 concernant les investissements passés, la seule condition n'a pas trait du tout à la  
4 condition de nationalité de l'investisseur, mais simplement au fait que cet  
5 investissement doit être étranger. Je lis (*citation*) :

6           *« Investissement réalisé antérieurement à son entrée en vigueur et qui,*  
7 *selon la législation de la partie contractante concernée, aurait la qualité*  
8 *d'investissement étranger. »*

9           C'est donc l'investissement qui doit être étranger et absolument pas  
10 l'investisseur. En tout cas, ce n'est pas la condition qui est posée dans l'application  
11 *ratione temporis* du Traité.

12          Il n'y a donc pas, dans ce Traité, de précision sur la date à laquelle la  
13 condition de nationalité de l'investisseur doit être satisfaita. Ceci nous amène à  
14 renvoyer aux dispositions du Traité qui ont trait au règlement des conflits et à  
15 l'article 10-3, donc au règlement CIRDI et au Traité fondateur, soit à l'article 25 de la  
16 Convention CIRDI, dont je vous épargne sa lecture, qui reprend comme date celle du  
17 consentement à l'arbitrage, en l'espèce octobre 1997, et la date d'enregistrement de la  
18 requête, en l'espèce avril 1998.

19          La jurisprudence récente confirme notre interprétation. Pourquoi ? Je vais  
20 vous citer trois décisions. La première est la décision *West Management contre United*  
21 *Mexican States* qui est une sentence CIRDI rendue le 30 avril 2004. Pour être  
22 complète, elle se situe dans la cadre du NAFTA et du règlement complémentaire du  
23 CIRDI.

24          La question posée dans cette affaire-là n'est pas la même que la nôtre.  
25 Néanmoins, elle avait trait à la question de la nationalité et plus particulièrement au  
26 point de savoir de quelle nationalité devait être le véhicule qui portait l'investissement  
27 ou de quelle nationalité il ne devait pas être. Or, le Traité fondateur ne pose pas de  
28 conditions quant à la nationalité du véhicule. Et c'est le raisonnement qui a été pris  
29 dans l'Affaire West Management : dans la mesure où il n'y a pas de condition de  
30 nationalité pour le véhicule, il n'y a pas lieu d'en rechercher une.

31          C'est ce que nous vous demandons ici : dans la mesure où il n'y a pas de  
32 conditions de date particulière dans l'API, n'allons pas chercher une date implicite,  
33 faisons un renvoi à un système de règlement des conflits.

34          D'ailleurs, c'est ce qui a eu lieu dans les deux affaires *Soufraki* et  
35 *Champion Trading* qui ont été évoquées ce matin par nos confrères. En effet, dans  
36 l'Affaire *Soufraki* ou dans le BIT entre les Emirats et l'Italie, il n'y avait pas non plus  
37 de conditions de temporalité quant à la date à laquelle l'investisseur devait avoir telle  
38 ou telle nationalité. Dans ce cas, très naturellement, le Tribunal est allé  
39 immédiatement rechercher les dates prévues dans la convention CIRDI, sans chercher  
40 de conditions implicites complémentaires. Il ne s'est pas reconnu compétent parce que  
41 les dates n'étaient pas satisfaites et il n'est pas aller en chercher d'autres avant.

1                    De la même façon, dans l’Affaire *Champion Trading* contre l’Egypte, du  
2 21 octobre 2003, il fait un renvoi au règlement CIRDI et à l’article 25 sur la date de la  
3 nationalité et il va vérifier si, aux dates pertinentes de l’article 25, la condition de  
4 nationalité est satisfaite ou non.

5                    En conclusion sur ce point-là, notre position en principe étant que l’API ne  
6 prévoit pas de date particulière à laquelle l’investisseur doit avoir la nationalité de  
7 l’autre Etat contractant, il n’y a donc pas lieu d’en chercher une autre que celle à  
8 laquelle il accepte l’offre de consentement, celle du règlement des litiges : date du  
9 consentement à l’arbitrage, date de l’enregistrement par le CIRDI de la requête  
10 d’arbitrage.

11                  Voilà pour la position de principe qui reste notre position principale et qui  
12 doit vous amener à considérer que ces conditions sont satisfaites.

13                  Maintenant, je vais faire quelques développements sur l’application qu’il  
14 convient de donner dans le cadre de la protection des investissements aux principes  
15 dérivés de la protection diplomatique. Il a été dit : il s’agit essentiellement de la  
16 détermination du *dies a quo* et du problème de savoir si le principe de continuité, à  
17 supposer qu’il existât en matière de protection diplomatique, doit être transposé en  
18 matière de protection des investissements.

19                  La position, qui a d’ores et déjà été prise en 2003 par la demanderesse et  
20 qui reste la même, est que les principes retenus en matière de protection diplomatique  
21 n’ont pas droit de cité en matière d’arbitrage CIRDI dans le cadre de protection des  
22 investissements et qu’à supposer –c’était l’argument subsidiaire- que certains  
23 principes doivent être retenus, les deux seules dates pertinentes seraient, d’une part, la  
24 date de survenance du dommage et, d’autre part, la date de réclamation, sans aucune  
25 continuité entre ces deux dates.

26                  Les développements jurisprudentiels et doctrinaux récents confirment nos  
27 positions : d’une part, le rejet des principes dérivés de la protection diplomatique en  
28 matière d’investissements et de protection d’investissements et, d’autre part, les deux  
29 dates pertinentes que je viens de mentionner.

30                  En ce qui concerne le premier point, à savoir la jurisprudence ou la  
31 doctrine récente qui rejette l’application des principes dérivés de la protection  
32 diplomatique, je souhaite évoquer deux points : d’une part, le *dies a quo* et, d’autre  
33 part, la question de la continuité.

34                  S’agissant du *dies a quo*, qui a été défini ce matin, on va très loin puisque  
35 c’est maintenant la date de l’investissement qui devient le *dies a quo* –position déjà  
36 retenue précédemment et donc pas du tout une position nouvelle- et c’est intéressant  
37 car même en matière de protection diplomatique, on ne va pas aussi loin et il est  
38 considéré que le *dies a quo*, c’est la survenance du dommage et non pas celle de  
39 l’investissement.

40                  Toujours est-il, pour rester sur la question précise de l’application en  
41 matière de protection des investissements des principes dérivés de la protection  
42 diplomatique, je vais curieusement reprendre la sentence *Loewen* du 26 juin 2003,

1 citée tout à l'heure et qu'il est inutile de présenter puisque tout le monde la connaît. Je  
2 rappellerai simplement qu'elle se situe dans le cadre de l'ALENA et du règlement  
3 complémentaire du CIRDI dès lors que c'est entre le Canada et le Mexique, aucun  
4 n'ayant ratifié la convention.

5 Que dit la sentence Loewen sur le *dies a quo* uniquement (paragraphe 226  
6 de la sentence) ? Elle dit ceci (*citation*) :

7 « *Faute de précision particulière dans le Traité ALENA, elle a retenu,*  
8 *comme dies a quo pour la nationalité de l'investisseur, la date prévue par la Clause de*  
9 *règlement des litiges* »

10 c'est-à-dire les articles 116 et 117 du Traité ALENA qui, eux, donnent comme *dies a*  
11 *quo* la date de la réclamation et non pas le *dies a quo* qui est désigné par le droit  
12 international coutumier en matière diplomatique et qui est la date de survenance du  
13 dommage.

14 Donc même cette sentence -et Dieu sait qu'elle a été critiquée-, ne retient  
15 pas des principes dérivés de la protection diplomatique pour définir le *dies a quo*, elle  
16 se réfère aussi au système de règlement des litiges, ce qui est ce que nous vous  
17 demandons de faire en l'espèce.

18 Tout au plus si on voulait appliquer la sentence Loewen véritablement  
19 dans notre espèce, on pourrait aller jusqu'à dire que la date de *dies a quo* pourrait être,  
20 au lieu de la date de présentation de la requête du consentement, la date de la  
21 controverse, parce que si on reprend l'API, l'article 10 de l'API, qui est celui a trait au  
22 règlement des litiges, il a comme critère la controverse qui d'ailleurs est un peu la  
23 pierre angulaire de ce Traité et sur laquelle il conviendra de revenir quand on  
24 évoquera la question de l'application *ratione temporis* du Traité.

25 C'est éventuellement la controverse : « *toute controverse relative aux*  
26 *investissements, etc.,... », c'est le début de l'article 10 et c'est le critère qui est retenu*  
27 *tout au long de l'article 10 dans la Clause de règlement des litiges comme étant le*  
28 *critère déterminant.*

29 Tout au plus, si on devait aller au-delà de la Clause du règlement CIRDI,  
30 on pourrait aller jusqu'à la controverse. Or la controverse, ce n'est pas le fait à  
31 l'origine de la controverse –on y reviendra-, la controverse est née en 1995, c'est-à-  
32 dire quand M. Pey, pour la première fois, a pu entamer un dialogue avec la  
33 République du Chili et se voir, à ce moment-là, refuser de restituer les biens qui lui  
34 avaient été confisqués.

35 Voilà pour le *dies a quo*.

36 En ce qui concerne la continuité de la nationalité qui est encore évoquée  
37 aujourd'hui par la République du Chili, la jurisprudence comme la doctrine, comme la  
38 Commission du Droit International, en réalité, rejettent ce principe de continuité dans  
39 un arbitrage CIRDI. C'est ce qui me permet, s'agissant de la jurisprudence, d'évoquer  
40 encore la sentence *Loewen* puisque ces critiques ont été à nombreux ordres, mais  
41 beaucoup sur le *dies ad quem*.

1           Mais en ce qui concerne le principe de continuité, ce qui est intéressant  
2 pour nous -parce qu'on est dans un arbitrage CIRDI-, c'est d'essayer de voir le  
3 raisonnement qu'a suivi le Tribunal en matière de continuité. Il n'est pas transposable  
4 ici. Pourquoi ?

5           Parce que dans l'Affaire Loewen, justement, ils ont constaté que les  
6 dispositions de la Convention de Washington, en particulier l'article 25 qui n'exige  
7 aucune continuité entre les dates de consentement et d'enregistrement, n'étaient pas  
8 applicables puisqu'il s'agissait simplement du règlement complémentaire du CIRDI  
9 qui était le seul qui s'appliquait dans l'Affaire Loewen, ce qui, aux yeux des arbitres  
10 dans l'Affaire Loewen, ne montrait que davantage l'absence d'une telle règle dans le  
11 Traité ALENA. Ceci leur a permis d'avoir recours au droit coutumier en matière de  
12 protection diplomatique et au principe de continuité. On peut considérer que,  
13 s'agissant d'un arbitrage CIRDI, il n'y a pas lieu de pouvoir suivre même la  
14 jurisprudence *Loewen* en matière de principe de continuité.

15          Deuxièmement, concernant le principe de continuité en matière de  
16 protection des API, cette application a été extrêmement critiquée par la doctrine. Je  
17 m'abstiendrai de faire part des critiques qui ont pu être faites par des membres du  
18 Tribunal, pour me contenter de celles faites par d'autres auteurs, notamment M. Noah  
19 Rubins, qui, dans un ouvrage commun paru en 2006 intitulé « *Le contentieux arbitral  
transnational relatif à l'investissement* » relève, aux paragraphes 68 et 69, que  
20 (*citation*) : « *l'application de la règle de la continuité de la nationalité risquerait  
d'ébranler les objectifs même des API* ».

23          La même critique a été faite par M. Matthew S. Duchesne dans un article  
24 critique intitulé ‘*The continuous nationality of claims principle its historical  
development and current relevance to investor-State investment disputes*’ publié dans  
25 la revue *International Law Review de l'Université George Washington* de 2004.  
26

27          Il critique abondamment l'utilisation du principe de continuité de la  
28 nationalité en matière de protection des investissements. Il cite, en page 804, quatre  
29 raisons fondamentales pour ne pas le retenir. Je vais peut-être vous faire l'économie de  
30 ces raisons-là pour ne retenir que la dernière.

31          Quatrièmement et finalement (*citation*) : « Importer le principe de la  
32 continuité de la nationalité à partir des règles de protection diplomatique dans les  
33 accords API... », je vais le dire en anglais parce que c'est la lecture que j'ai devant les  
34 yeux (*citation*) :

35           “*importing continuous-nationality principles from diplomatic protection into  
36 modern investment-protection agreements would lightly undermine the very objectives  
37 those agreements were designed to achieve.*”

38          Enfin, dans un article de Maurice Mendelson (CUSI), consacré à la règle  
39 de la continuité de la nationalité publié en 2005, article intitulé (*citation*) : “*The  
40 runaway train, the continues nationality rule from Panevezys to Loewen*”, publié en  
41 mai 2005 dans la revue *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases  
42 from ICSID and NAFTA*, souligne, sur le point particulier -étant entendu qu'il ne traite  
43 pas que de la question de la protection des investissements- de l'impact de la règle de

1 continuité de la nationalité en matière de protection des investissements, je cite (page  
2 97) (*citation*) :

3           *“Fundamentally, the traditional continuous nationality rule can have no*  
4 *application here. The claim is not the State’s (...) the investor has his own rights that he*  
5 *is entitled to vindicate without the assistance of his national State.”*

6           La doctrine unanime considère donc que ce principe de continuité de  
7 nationalité n'a pas lieu d'être appliqué dans le cadre des API. D'ailleurs, c'est  
8 conforté par les règles mêmes de la Convention de Washington et de l'API en  
9 question puisque lorsqu'on prend l'article 27 de la Convention CIRDI, il est écarté la  
10 possibilité même d'une protection diplomatique.

11           De même lorsqu'on prend l'article 10-6 de l'API Espagne-Chili, il est  
12 précisé (*citation*) :

13           *« Les parties contractantes s'abstiendront d'échanger, au travers de*  
14 *canaux diplomatiques, des arguments concernant l'arbitrage ou une action judiciaire*  
15 *déjà entamée ».* Toutes les règles liées à des relations diplomatiques sont exclues  
16 radicalement de ces conventions.

17           S'agissant du troisième et dernier point qui rejette ce principe de  
18 continuité de nationalité en matière de protection des investissements, je voulais citer  
19 la Commission de Droit International elle-même et les projets d'articles sur la  
20 protection diplomatique, adoptés par la Commission de droit international en 2006,  
21 auxquels il a été fait référence ce matin. En effet, l'article 5 prévoit une règle de  
22 continuité de la nationalité.

23           Mais il faut également lire l'article 17 qui prévoit (*citation*) : *« Le projet*  
24 *d'article ne s'applique pas dans la mesure où il est incompatible avec des règles*  
25 *spéciales du droit international »* et il est précisé *« telles que des dispositions*  
26 *conventionnelles relatives à la protection des investissements ».*

27           Il n'y a donc pas droit de cité, dans le droit des investissements, pour les  
28 règles de protection diplomatique.

29           De manière subsidiaire, et si tant est qu'il faille appliquer certaines règles  
30 dérivées du mécanisme de protection diplomatique, en l'espèce et dans le cadre de la  
31 question qui nous est posée, c'est-à-dire la nationalité au sens du BIT, quelques  
32 développements récents nous permettent de confirmer -c'est un argument subsidiaire,  
33 je le répète- que les deux dates critiques seraient la survenance du dommage et la  
34 présentation officielle de la réclamation, sans aucune continuité entre ces deux dates.

35           Je me réfère, pour ce faire, à la doctrine de M. Mendelson, à la  
36 Commission de Droit International sur la protection diplomatique, que j'appliquerai  
37 en l'espèce.

38           L'article de M. Mendelson que j'ai cité tout à l'heure, publié en 2005, à la  
39 page 132, en analysant le modèle API américain, relève que *« dans ces traités-là, il*  
40 *n'y a pas de critères ratione temporis pour la nationalité »* -c'est une opinion  
41 doctrinale- *« néanmoins, il pourrait y avoir des conditions implicites qui seraient :*

- 1                   •     *la date du dommage, pour l'application de la protection de fond du*  
2     *traité* ;  
3                   •     *la date de la réclamation, pour celle du règlement des litiges.*  
4                   *Mais que rien ne permettrait d'imposer une continuité dans ces deux*  
5     *dates. »*

6                   De même, si on se réfère aux règles énoncées par la Commission de Droit  
7     International dans le projet d'article sur la protection diplomatique, avec toutes les  
8     réserves qu'il convient de faire à l'égard de ces textes-là puisque je viens de démontrer  
9     qu'ils n'ont pas lieu d'avoir droit de cité en matière de protection des investissements,  
10    même ces textes-là retiennent comme *dies a quo* et *dies ad quem*, c'est l'article 5, la  
11    date du préjudice et la date de la présentation officielle de la réclamation. Ce sont les  
12    deux dates pertinentes.

13                  Evidemment, en matière de protection diplomatique, on revient à la règle  
14    de continuité et il n'y a pas lieu d'en faire état plus avant.

15                  Ici, à supposer que l'on retienne même ces dates-là, la date du dommage  
16    quelle serait-elle ? Je rappelle que l'on est dans un argument subsidiaire. Celle-ci  
17    pourrait être soit la date du refus de l'Etat d'indemniser l'investisseur, soit la date de  
18    l'acte commis préjudiciable. Ces deux dates-là pourraient être pertinentes.

19                  Il nous semble qu'en ce qui concerne l'API, la date de survenance du  
20    dommage devrait être pertinente par référence au refus d'indemnisation des  
21    demandeuses, c'est-à-dire le 20 octobre 1995. Pourquoi ? Tout simplement parce  
22    que, là encore, c'est cohérent avec l'application *ratione temporis* du Traité, c'est-à-dire  
23    la date à laquelle la controverse est née. Or, quand est née la controverse ? La  
24    controverse est née une fois –et simplement une fois que- la République du Chili a  
25    refusé d'indemniser ou, en l'occurrence, de restituer les biens à M. Pey.

26                  Etant entendu –je reviendrai là-dessus- que le refus d'indemnisation en  
27    1995 est en soi un acte du Chili qui constitue l'acte dommageable à l'origine du  
28    présent litige. Je parle du refus et non de la controverse qui s'ensuit. Cet acte et ce  
29    refus sont, pour mémoire, postérieurs à l'entrée en vigueur du Traité.

30                  Quoi qu'il en soit et même si l'on prend la position la plus extrême, à  
31    savoir que la date de survenance du dommage pourrait être définie comme le premier  
32    acte préjudiciable commis à l'encontre de M. Pey, on ne pourrait pas remonter au-delà  
33    des décrets de 1975 ou de 1977 ; 1975 étant le décret qui a confisqué les actifs des  
34    sociétés CPP SA et EPC et le décret de 1977 étant celui qui s'est appliqué à M. Pey. Il  
35    n'y a pas de dates auxquelles on puisse remonter en amont de ces dates-là. En tout cas,  
36    nous soutenons que là où l'on pourrait remonter, c'est plutôt à la date du  
37    20 novembre 1995, à savoir date du refus de restituer les actifs à l'investisseur  
38    espagnol.

39                  Par conséquent, quelles que soient les dates que l'on reprenne, que ce soit  
40    notre position principale, qui reste la référence et qui reste la référence aux règles de  
41    règlement des litiges faute de disposition particulières dans l'API, ou que ce soit la

1 position extrême que je viens de mentionner, à toutes ces dates-là, pertinentes, les  
2 conditions de nationalité au sens du BIT qui ont été rappelées par la défenderesse, à  
3 savoir la nationalité effective, étaient réunies.

4 Je vous remercie.

5 **M. le Président.** – Je vous remercie. Docteur Garcès, comment voyez-  
6 vous la suite de votre exposé ou de vos exposés ?

7 **Dr J. E. Garcès.** - C'est mon tour. Si vous le voulez bien, je vais donc  
8 répondre à la troisième question. Mais, au préalable, je voudrais souligner un point  
9 que j'ai omis de préciser.

10 En effet, nous avons préparé la réponse à vos questions de telle manière  
11 que chacune de nos affirmations, chaque invocation d'un article d'une doctrine ou  
12 d'une jurisprudence récente a été réunie dans un dossier. Dans la mesure où une copie  
13 de ce dossier a été réalisée, nous pouvons soit vous le remettre sur le champ, si vous le  
14 souhaitez, soit vous le donner à la fin de cette audience.

15 Bien entendu, cela signifie également que si au cours de notre exposé,  
16 vous trouvez qu'une précision s'impose, qu'une demande de date, de page ou de  
17 paragraphe se doit d'être faite, puisque nous disposons d'une copie, nous pourrons  
18 vous répondre immédiatement.

19 J'en viens à la troisième question, monsieur le président, posée par le  
20 Tribunal.

21 **3) Y a-t-il dans la jurisprudence chilienne des éléments nouveaux qui  
22 permettent au Tribunal arbitral d'apprécier la question de la renonciation  
23 par un national chilien à sa nationalité ?**

24 Vous avez parlé de jurisprudence. En écoutant ce matin M. le Président de  
25 la Cour constitutionnelle, vous aurez apprécié qu'il n'a cité aucune résolution  
26 judiciaire postérieure à mai 2003. En effet, il n'en a pas cité parce qu'il n'en existe pas.  
27 Je pourrais dire que la réponse est déjà donnée. Aucune sentence n'a été prononcée par  
28 la Cour suprême du Chili ni par la Cour constitutionnelle concernant la nationalité qui  
29 puisse être produite auprès de la présente audience.

30 Il nous paraît qu'une réponse tellement simple escamoterait un peu la  
31 profondeur de la question et nous allons essayer d'y répondre en développant deux  
32 points : celui de voir les conditions d'appréciation d'un tribunal arbitral en matière de  
33 nationalité, le deuxième étant la doctrine chilienne sur la réforme de la Constitution  
34 en 2005, dont nous on a parlé pendant l'intervention de ce matin de M. Cea.

35 Avant de développer les éléments nouveaux qui pourraient permettre au  
36 Tribunal arbitral d'apprécier la validité de la renonciation par une personne naturalisée  
37 chilienne à sa nationalité, il convient de rappeler que ces problèmes juridiques n'ont  
38 été soulevés par nous qu'à titre subsidiaire. A titre principal, les demandeurs ont  
39 soutenu que les agissements du Chili à l'encontre de M. Pey, à partir du coup d'Etat  
40 de 1973, ont privé ce dernier de tous les éléments constitutifs de sa double nationalité  
41 selon la CDN. Selon les demandeurs, la République du Chili a nié à M. Pey Casado

1 les droits inhérents à sa double nationalité chilienne qu'il avait acquise en application  
2 de la CDN signée entre le Chili et l'Espagne en 1958. En effet, alors que la CDN  
3 prévoit que l'octroi d'un passeport ou la protection diplomatique et l'exercice des droits  
4 civils et politiques seront régis par la loi du pays où l'intéressé serait domicilié, le  
5 Chili, à partir du 11 septembre 1973, a nié l'intégralité de ces droits à M. Pey.

6 Pour mémoire, le 11 septembre, les putschistes, par des proclamations  
7 radiotélévisées, ont sommé M. Pey de se présenter au ministère de la Défense qu'ils  
8 occupaient. Le 14 septembre 1973, M. Pey se réfugie à l'ambassade du Venezuela,  
9 cela est prouvé, ce sont les pièces C49 et C13 à C15. Le 11 octobre 1973, le décret loi  
10 n° 61 interdisait aux personnes dans la situation de M. Pey d'entrer sur le territoire  
11 chilien sans autorisation sous peine de mort (pièce C249).

12 Le 27 octobre 73, les autorités chiliennes refusent de lui délivrer un  
13 passeport et lui délivrent un sauf-conduit entre l'ambassade du Venezuela et l'aéroport  
14 de Santiago. Mais quand il est monté en avion, on lui retire le sauf-conduit, ce qui fait  
15 que M. Pey quitte le Chili sans aucune pièce d'identification, même pas le sauf-  
16 conduit. Cela a été expliqué par M. Pey dans sa déclaration auprès du Tribunal arbitral  
17 le 28 novembre 2001.

18 Le 8 janvier 1974, face au nouveau refus des autorités chiliennes, cette  
19 fois à Caracas, de lui délivrer un passeport, les autorités vénézuéliennes lui ont délivré  
20 un passeport d'urgence pour étrangers sans nationalité. C'est la pièce C15.

21 Pendant les années quatre-vingt, M. Pey continue d'être interdit du droit  
22 d'entrer librement au Chili (pièce 257). Ces actes dans leur ensemble constituent une  
23 négation par les autorités chiliennes du système établi dans la CDN.

24 M. Pey a pris acte de cette méconnaissance en reprenant sa nationalité  
25 espagnole en mai 1974. Il pouvait légitimement se prévaloir de ces faits juridiques à  
26 l'encontre du Chili -qui cherche à imposer sa nationalité en vue de se soustraire à la  
27 Convention de Washington- pour démontrer qu'il a été évincé du système de double  
28 nationalité depuis les événements de 1973. En refusant à M. Pey les droits  
29 spécifiquement prévus dans la CDN, il a été déchu des avantages de cette dernière.  
30 Cela a été une déchéance *de facto*. Comme nous avons eu l'occasion de vous  
31 l'expliquer dans d'autres audiences, il y a eu des dizaines de milliers de Chiliens qui  
32 ont été torturés sans qu'il y ait de traces dans les registres. Néanmoins, malgré le fait  
33 que la formalité n'a pas été enregistrée au point de vue formel, le fait est réel. Des  
34 milliers de personnes ont été assassinées et « disparues ». Evidemment, sur le registre  
35 de l'état-civil elles ne figurent pas ou ne figuraient pas comme disparues. Néanmoins,  
36 les faits ont eu lieu.

37 Donc il s'est trouvé dans une situation de déchéance *de facto* du bénéfice  
38 de la CDN. Or M. Pey ayant acquis sa nationalité chilienne sous le bénéfice de la  
39 CDN, son éviction du régime de celle-ci équivaut à une déchéance *de facto*.

40 Dès lors, depuis 1973, M. Pey n'a jamais formé de recours pour rétablir la  
41 nationalité que lui accorde l'article 12 de la Constitution de 1980, ni avant 80 ni après  
42 80. N'ayant pu se prévaloir après le 11 septembre 1973 de sa nationalité espagnole qui  
43 était considérée comme dormante, M. Pey s'est trouvé, lorsqu'il était à Caracas, dans

1 une situation d'apatriote *de facto*, jusqu'au jour de mai 1974 où il a pu regagner  
2 l'Espagne et a demandé à être rétabli dans la plénitude de sa nationalité espagnole à  
3 titre exclusif. C'est la pièce C10 de la requête.

4 A cet égard, nous attirons l'attention du Tribunal sur la récente opinion  
5 concurrente du juge Cançado, de nationalité brésilienne, dans l'arrêt de la Cour  
6 Interaméricaine des Droits de l'Homme du 8 septembre 2005, qui se réfère à la  
7 notion d'apatriote *de facto* que nous avons utilisée dans nos écritures. Un jour  
8 les demandeurs nous ont dit : qu'est-ce que c'est l'apatriote *de facto*, où est-ce  
9 que cela est défini ? Voici donc la sentence du 8 septembre 2005. Je lis en  
10 anglais : "Nowadays, the *de jure* stateless persons are joined by the *de facto*  
11 stateless persons, i.e., those who are unable to prove their nationality, and  
12 those without an effective nationality (for the effects of protection). Nowadays,  
13 the *de facto* stateless persons – whose registration documents have often been  
14 confiscated or destroyed by those who control and exploit them – are  
15 multiplying, owing to the barbarian practice of the “invisible” trafficking of  
16 human beings"- et ici il développe cette perspective.

17 Voilà donc la situation d'apatriote *de facto* où M. Pey s'est trouvé entre  
18 septembre 1973 et son retour en Espagne en mai 1974.

19 Il est compréhensible qu'en rentrant en Espagne en 1974, il n'ait pas eu à  
20 renoncer au bénéfice de la CDN tant les agissements du Chili à son égard  
21 démontrent qu'il en avait été évincé, comme il l'a déclaré sous serment dans la pièce  
22 C14 qui figure dans le dossier.

23 En conséquence, entre le 11 septembre 1973 et le 4 juin 1974, M. Pey était  
24 apatriote *de facto* et depuis le 4 juin 1974, il possède la nationalité espagnole à titre  
25 exclusif. Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire que les demanderesses répondent à votre  
26 question n° 3 sur la renonciation à la nationalité chilienne.

27 S'agissant de la renonciation expresse de M. Pey à cette nationalité dans le  
28 cadre de la CDN, nous rappelons les faits suivants.

29 Dans le souci de mettre à jour le registre avec la réalité extrarégistrale, par  
30 lettre du 10 décembre 1996 adressée au département Etranger et Immigration du  
31 ministère de l'Intérieur chilien, M. Pey a indiqué qu'il était espagnol et que durant son  
32 séjour au Chili–il n'avait pas recours au bénéfice de la CDN (pièce C40). Par  
33 déclaration du 16 septembre 1997 faite auprès du consul d'Espagne à Mendoza,  
34 M. Pey déclarait qu'il avait transféré son domicile en Espagne depuis 1974 et qu'à ce  
35 titre il était espagnol. Il indiquait, en outre, que la communication du  
36 10 décembre 1996 devait s'entendre en tant que de besoin comme preuve de  
37 renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne (pièce C40).

38 Le 10 juillet..., au point de vue du droit espagnol et également du droit  
39 chilien, l'acte constitutif de la renonciation à la nationalité est la manifestation de la  
40 volonté explicite.

41 Le 10 juillet 1998, l'ambassade d'Espagne à Santiago demandait aux  
42 autorités chiliennes de prendre note que M. Pey était depuis 1974 espagnol exclusif,  
43 renonçant ainsi au bénéfice de la CDN (pièce C24). Le Directeur de la Politique

1 Consulaire et des Migrations du ministère des Relations extérieures faisait suivre cette  
2 communication du gouvernement espagnol -et le dossier qui y était joint, dans lequel  
3 figurait la renonciation auprès du consul à Mendoza- à la directrice du Registre de  
4 l'état - Civil, qui a inscrit M. Pey comme ayant renoncé à la nationalité chilienne et  
5 qu'il était étranger. Cette inscription a été effectuée le 4 août 1998. C'est la pièce C25.  
6 C'est la fiche signalétique de M. Pey. Cette inscription, pour la loi chilienne et  
7 également pour la loi espagnole, a seulement des effets déclaratifs.

8 Donc M. Pey a bien renoncé à la nationalité chilienne avec effet à la date  
9 de la déclaration, c'est-à-dire le 10 décembre 1996.

10 La République du Chili a répondu que selon le droit interne chilien, et plus  
11 particulièrement la constitution chilienne, la renonciation volontaire à la nationalité  
12 n'était pas une cause de perte de nationalité. Nous l'avons entendu encore ce matin. La  
13 République du Chili soutenait, par ailleurs, que la détermination de la perte de la  
14 nationalité est de la compétence exclusive de la législation et de la réglementation  
15 chiliennes. Cela a été indirectement réitéré ce matin dans la mesure où M. Cea se  
16 référerait exclusivement à la Constitution chilienne et aux normes juridiques internes du  
17 Chili. Or le demandeur soutenait que l'attribution par le Chili de la nationalité  
18 chilienne à M. Pey Casado en 1999 était non seulement contraire à la CDN mais  
19 également au droit international. Il est un principe établi et réaffirmé par la  
20 jurisprudence récente qu'alors même que les règles de détermination de la nationalité  
21 sont du domaine réservé de l'Etat -nous ne le contestons pas, la détermination de la  
22 nationalité-, cela est soumis aux principes du droit international, et un tribunal  
23 international conserve son pouvoir d'appréciation en cette matière. En tout état de  
24 cause, l'argument de la République du Chili, selon lequel il ne serait pas possible de  
25 renoncer à la nationalité chilienne n'est pas fondé, ce qui est confirmé par la doctrine  
26 récente concernant la réforme de la Constitution chilienne.

27 Je vais donc maintenant développer cette doctrine récente. J'ai été frappé  
28 d'entendre ce matin M. le Président du Tribunal constitutionnel dire qu'il n'existe au  
29 Chili aucun exemple de doctrine soutenant une position différente de celle qu'il nous a  
30 exposée. C'est bien dommage qu'il ne soit pas là car autrement, je lui rafraîchirais la  
31 mémoire. Je n'ose pas penser que d'une manière délibérée il ait souhaité occulter au  
32 Tribunal la doctrine que je vais vous citer, de spécialistes bien connus au Chili.

33 Il est effectivement un principe de droit international selon lequel la  
34 détermination de l'acquisition ou de la perte de la nationalité relève en principe du  
35 domaine réservé des Etats, et la Convention de La Haye, article 1, de 1930, qui a été  
36 signée par le Chili et également par l'Espagne, sur les conflits de nationalités, exige  
37 également de tenir compte des traités internationaux et des principes de droit  
38 international en la matière.

39 Ainsi, le droit pour la République du Chili de régler par sa propre  
40 législation l'acquisition ou la perte de la nationalité de ses ressortissants est limité dans  
41 l'espèce, en particulier, par la Convention de double nationalité signée entre l'Espagne  
42 et le Chili le 24 mai 1958.

1 Monsieur le président du Tribunal, le président du Conseil constitutionnel  
2 n'a jamais cité dans son intervention la Convention de double nationalité qui  
3 néanmoins fait partie de la législation chilienne.

4 Soulignons à cet égard que l'article 6 de la CDN admettait déjà la  
5 renonciation volontaire à la nationalité chilienne. Je vais vous donner un exemple de  
6 la manière cavalière dont, ce matin, on nous a expliqué la renonciation à la nationalité  
7 chilienne seulement dans les termes de l'article 11 de la Constitution, comme si tout ce  
8 qui n'était pas dans la Constitution n'était pas conforme à la loi chilienne.

9 Nous avons préparé ici un tableau comparatif des constitutions chiliennes  
10 depuis 1925, 1980, la réforme de 1989 et de 2005. Vous pouvez certainement, vous  
11 pouvez vous rappeler l'article 11 dont il a été question ce matin, qui établit les critères  
12 par lesquels on peut perdre la nationalité chilienne. M. Cea disait que c'était un  
13 *numerus clausus* et que ce *numerus clausus* prévoit, à la fin de l'article 11, que "*les*  
14 *personnes qui auraient perdu la nationalité par l'un des motifs établis dans le présent*  
15 *article ne pourront être réhabilitées qu'au moyen d'une loi*". Voilà ce que dit la  
16 constitution. Mais je peux vous montrer -et c'est bien dommage que le Président ne  
17 soit pas là parce que je le lui montrerais à lui aussi- qu'il y a une disposition à  
18 l'intérieur du système législatif chilien qui prévoit une autre manière de récupérer la  
19 nationalité chilienne lorsqu'on a renoncé à la nationalité chilienne, et qui ne passe pas  
20 par une loi du Parlement. Quelle est cette disposition ? C'est la Convention de double  
21 nationalité avec l'Espagne.

22 Prenez l'article 6 de la Convention de double nationalité avec l'Espagne.  
23 Que dit-il ? "*Les Chiliens qui auraient acquis la nationalité espagnole en renonçant*  
24 *préalablement à leur nationalité d'origine pourront récupérer cette dernière en*  
25 *déclarant qu'ils en ont la volonté devant le préposé au registre correspondant*".  
26 Aucun besoin pour ces Chiliens de s'adresser au Parlement pour rétablir leur  
27 nationalité. Cela montre à quel point un traité international s'applique malgré ce que  
28 dispose l'article 11 de la Constitution.

29 Je trouve, permettez-moi de vous le dire, incompréhensible, pour ne pas  
30 employer un autre mot, que le président du Tribunal constitutionnel, en préparant son  
31 exposé au nom et avec l'autorisation de tous ses confrères du Tribunal constitutionnel,  
32 ait ignoré que dans la CDN on prévoit des actes régissant la perte et la récupération de  
33 la nationalité qui ne sont pas dans la Constitution et qui vont même contre ce qui est  
34 disposé dans la Constitution.

35 C'est un exemple parmi d'autres. Article 6 de la CDN et article 11 de la  
36 Constitution.

37 En outre, il est tout aussi établi qu'aucun Etat ne peut invoquer des règles  
38 de compétence exclusive pour exiger que sa nationalité puisse produire des effets dans  
39 l'ordre international.

40 C'est ce que prévoit l'article 1 de la Convention de La Haye sur le conflit des  
41 nationalités qui dispose - je n'ai pas ici la version française (*citation*) : "*It is for each*  
42 *State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be*  
43 *recognized by other States in so far as it is consistent with international conventions,*

1     *international custom, and the principles of law generally recognized with regard to*  
2     *nationality ".*

3             Sur la base de ces principes, la jurisprudence internationale récente a  
4     précisé, d'une part, qu'un tribunal arbitral devait apprécier les éléments de preuve de la  
5     nationalité et, d'autre part, les règles de droit qui doivent être prises en considération  
6     pour apprécier la nationalité.

7             Il résulte de ces principes que le Tribunal arbitral n'est lié :

- 8     1) ni par les documents établis par les autorités prétendument compétentes du  
9         ministère de l'Intérieur chilien tendant à démontrer que M. Pey est un ressortissant  
10      chilien depuis 1958 jusqu'à ce jour. Peut-être le Tribunal constitutionnel chilien  
11      pourrait-il être contraint à cela, mais ce n'est pas le cas du Tribunal auquel j'ai  
12      l'honneur de m'adresser ;
- 13     2) ni par la délivrance d'un passeport chilien en 1991 à M. Pey, dont il a été question  
14      ce matin. Sur ce point, il convient d'indiquer qu'alors même que le statut personnel  
15      de M. Pey aurait été régi par la CDN, le Chili ne pouvait pas délivrer en 1991 de  
16      passeport à M. Pey. Son domicile était en Espagne, transféré en Espagne depuis  
17      1974 et, conformément à l'article 3 de la CDN, le Chili ne pouvait pas lui délivrer  
18      un passeport. C'est la pièce 11 du mémoire du Chili et également dans son mémoire  
19      du 27/12/1999. On a parlé également d'une pièce d'identité. Eh bien, M. Pey a  
20      demandé en 1990 le Rôle Unique d'Imposition, connu sous le sigle RUT, qui lui a  
21      été émis lorsqu'il est entré avec un passeport espagnol et en qualité de touriste.

22             Comme l'a souligné le Tribunal arbitral dans *Soufraki*, il appartiendra au  
23     Tribunal arbitral de décider si, au regard des faits et des textes de loi qui lui sont  
24     présentés, l'individu est titulaire ou pas de la nationalité de l'Etat en question.

25             Voyons maintenant ce qui concerne brièvement les règles de droit  
26     permettant d'apprécier la nationalité.

27             Selon la jurisprudence récente, le Tribunal arbitral devra, dans le cadre de son  
28     pouvoir d'appréciation, déterminer si, selon le droit chilien, il est possible de  
29     renoncer valablement à sa nationalité compte tenu des normes de droit  
30     international, un fait qui a été passé sous silence ce matin. Or c'est ce  
31     qu'affirmait un arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme le  
32     8 septembre 2005. Le 8 septembre 2005, c'est l'arrêt dans l'*Affaire Yean &*  
33     *Basico Children contre la République Dominicaine*. Je cite la Convention  
34     Interaméricaine des Droits de l'Homme qui, comme vous savez, elle fait partie  
35     du système législatif interne du Chili. Il est dit dans cet arrêt de septembre 2005,  
36     je cite en anglais (*citation*) : "*It is generally accepted that the nationality is an  
37     inherent right of all human beings. Not only is nationality the basic requirement  
38     for the exercise of political rights, it is also an important bearing on the  
39     individual's legal capacity. Thus, despite the fact that it is traditionally accepted  
40     that the conferral and regulation of nationality are matters for each State to  
41     decide, contemporary developments indicate that international law does impose  
42     certain limits on the broad powers enjoyed by the states in that area, and that*

1                   *the manners in which states regulate matters bearing on nationality cannot*  
2                   *today be deemed within their sole jurisdiction (...)"*

3                   Et il termine en disant (*citation*) : "*The classical doctrinal position, which*  
4                   *viewed nationality as an attribute granted by the state to its subjects, has gradually*  
5                   *evolved to a conception of nationality which, in addition to being the competence of*  
6                   *the state, is a human right*".

7                   Cette doctrine est obligatoire et doit être suivie par tous les pays où la  
8                   Convention américaine des droits de l'Homme est en vigueur.

9                   Nous attirons en particulier encore une fois l'attention du Tribunal sur  
10                  l'opinion concurrente du juge Cançado qui développe les points que je viens de citer  
11                  de la sentence.

12                  Il en résulte qu'à supposer que le droit chilien ne reconnaissait pas la  
13                  renonciation volontaire comme une cause de perte de la nationalité, le Tribunal devra  
14                  vérifier si la législation chilienne ne contrevient pas aux normes de droit international  
15                  en la matière. Le Chili a ratifié la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme  
16                  le 21 août 1990, dont l'article 20 dispose que "*nul ne peut être privé du droit de*  
17                  *changer de nationalité*". Qui plus est, le Chili l'a incorporé dans son système législatif  
18                  par le décret n° 853 publié au *Journal Officiel* le 3 janvier 1991.

19                  Selon le demandeur, la position du défendeur consistant à soutenir que la  
20                  Constitution chilienne ne reconnaît pas la renonciation volontaire de M. Pey comme  
21                  une cause valable de perte de nationalité est une violation flagrante de ces principes de  
22                  l'article 20 de la Convention américaine passée sous silence par M. le Président de la  
23                  Cour constitutionnelle du Chili.

24                  A cet égard, nous attirons l'attention du Tribunal arbitral sur l'arrêt de la  
25                  Cour suprême du Chili qui a confirmé celui du 13 juin 2001 de la Cour de Valparaiso.  
26                  Je ne comprends pas comment un président de la Cour constitutionnelle du Chili vient  
27                  devant ce Tribunal arbitral international nous lire le 4<sup>ème</sup> paragraphe de l'arrêt de la  
28                  cour de Valparaiso, qui figure dans l'annexe C95 de notre dossier, pour dire à ce  
29                  Tribunal que ce 4<sup>ème</sup> paragraphe, qu'il était en train de lire, a été rédigé par la Cour  
30                  suprême du Chili, l'équivalent de la Cour de cassation française.

31                  Ou il ignore ce dont il parle ou il ment effrontément car le texte qu'il a lu a  
32                  été rédigé par la Cour d'appel de Valparaiso qui dit exactement, quatrième point  
33                  (*citation*) : "*Dès lors, il convient de poser d'emblée que des normes constitutionnelles*  
34                  *qui nous régissent en matière de nationalité, il ressort qu'il n'existe pas de règle qui*  
35                  *disposerait la perte de la nationalité chilienne par la simple renonciation qui pourrait*  
36                  *en être faite par une personne*". En d'autres termes, par la renonciation, on ne perd pas  
37                  la nationalité chilienne. Voilà le paragraphe qu'il nous a lu.

38                  Eh bien, je trouve incompréhensible que le président d'une Cour de justice,  
39                  quel que soit son niveau, sans parvenir au sommet de la magistrature, ait oublié de  
40                  tirer les conséquences de ce que cette même sentence dit dans son 10<sup>ème</sup> paragraphe.

41                  **M. le Président.** - Je peux vous demander la date de cette décision de la  
42                  Cour suprême du Chili à laquelle vous vous référez ?

1                   **M. Garcès.** - Justement, le président du Tribunal constitutionnel vous a dit  
2 que c'était la décision de la Cour suprême du Chili. Je suis en train de vous dire que le  
3 texte qu'il vous a lu figure dans l'arrêt de la Cour d'appel de Valparaiso. C'est l'arrêt de  
4 la Cour de Valparaiso du 2 avril 2001, qui figure dans la pièce C95.

5                   **M. le Président.** - Et la Cour suprême du Chili ou la Cour d'appel de  
6 Valparaiso ? (*A vérifier, hors micro.*)

7                   **M. Garcès.** – Justement, la Cour d'appel de Valparaiso. C'est une cour  
8 d'appel provinciale. Il n'y a qu'une Cour suprême au Chili. C'est comme la Cour de  
9 cassation en France.

10                  **M. le Président.** – C'est la date de la décision de la Cour suprême du  
11 Chili ? (*A vérifier, hors micro.*)

12                  **M. Garcès.** - Non. Je ne parle que de la Cour d'appel de Valparaiso. J'ai  
13 dit que le texte que M. le Président nous a lu ce matin est un texte qui figure dans  
14 l'arrêt de la Cour d'appel de Valparaiso, mais il l'a présenté comme si cela se trouvait  
15 dans l'arrêt de la Cour suprême du Chili. Et l'arrêt de la Cour Suprême du Chili est un  
16 arrêt qui a deux lignes et qui se limite à dire (*citation*) : "*On rejette l'appel en  
17 cassation contre cet arrêt de la cour de Valparaiso*". Voilà la précision.

18                  Mais ce qui est frappant, c'est que le président de la Cour constitutionnelle  
19 ait ignoré délibérément, je dois le penser, ce que dit cette cour d'Appel dans ce même  
20 arrêt. Elle dit : « *enfin, ce qui démontre également l'illégalité et l'arbitraire contenu  
21 dans l'interprétation de l'article 11 numéro 1 de la Constitution politique de la  
22 République* » -qui était défendu par les fonctionnaires chiliens dans les débats devant  
23 la Cour d'appel de Valparaiso, qui était exactement la même thèse qu'a soutenue le  
24 président du Tribunal constitutionnel ce matin.

25                  A cela répond cet arrêt de Valparaiso, confirmé par la suite par la Cour  
26 suprême. Il répond que « *dans l'interprétation de l'article N° 11 de la Constitution  
27 politique de la République faite par les fonctionnaires, si l'on tient compte des  
28 interprétations faites par le gouverneur de Valparaiso et d'autres, M. Rizzo  
29 Castellón* », qui était chilien par naturalisation, « *pour se défaire de la nationalité  
30 chilienne acquise en 1986, serait obligé de se livrer à des comportements  
31 répréhensibles qui contraindraient les autorités chiliennes pertinentes à annuler sa  
32 carte de naturalisation chilienne ; il ne fait aucun doute que telle ne saurait être  
33 l'interprétation correcte des textes régissant la nationalité dans notre pays, en effet, il  
34 n'appartient pas d'exiger d'une personne dont la volonté et le désir est de cesser d'être  
35 chilienne, qu'elle doive se livrer, pour ce faire, à l'inconduite et obtenir, par la voie  
36 d'une sanction la perte de la nationalité chilienne acquise volontairement. Qui plus  
37 est, s'y oppose également l'article 20.3 du décret n° 853* », c'est-à-dire la Convention  
38 Américaine des Droits de l'Homme d'après laquelle, je cite (*citation*) : "Nul ne sera  
39 privé arbitrairement de sa nationalité ni du droit d'en changer", étant donné que c'est  
40 à ce dernier résultat qu'aboutit l'interprétation donnée par les fonctionnaires visés  
41 par l'appel des dispositions de l'article n° 11 du paragraphe 1 de la Charte  
42 fondamentale. »

1                    Voilà la réponse de la Cour d'Appel de Valparaiso, entérinée par la Cour  
2 Suprême, à la thèse qu'a soutenue devant vous ce matin le président du Tribunal  
3 constitutionnel du Chili. Et il a cité cette sentence !

4                    Je poursuis. A cet égard donc, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme,  
5 dans l'arrêt que je viens de citer, du 8 septembre 2005, a souligné (*citation*) : "  
6                    *When regulating mechanisms for granting nationality, States must abstain from*  
7                    *producing regulations that are discriminatory or have discriminatory effects on*  
8                    *certain groups of populations when exercising their rights*".

9                    Or le refus de la République du Chili de reconnaître la renonciation de  
10 M. Pey à sa nationalité chilienne est discriminatoire, d'autant plus que, comme le dit  
11 cet arrêt de la Cour de Valparaiso, ce monsieur nicaraguayen aurait dû donc agir d'une  
12 manière délictueuse pour pouvoir perdre la nationalité chilienne si on suivait  
13 l'interprétation qui vous a été indiquée ce matin.

14                  Eh bien, j'ai ici sous les yeux un chapitre du livre de M. Cea, Président du  
15 Tribunal constitutionnel, qu'il a cité ce matin. Il s'agit de son Traité de Droit  
16 Constitutionnel chilien, publié à Santiago, édition de 2002, où il fait les commentaires  
17 suivants en ce qui concerne le changement de nationalité. Que dit M. Cea dans son  
18 livre de 2002 ? "*Toute personne a droit de changer de nationalité*". Voilà le principe  
19 qu'il énonce. "*Bien entendu, cela n'est pas un droit absolu. Il doit être exercé d'une*  
20 *manière qui ne soit pas arbitraire, en conformité de la Constitution et les lois (...), en*  
21 *particulier afin d'éviter l'apatriodie*", et nous sommes tout à fait d'accord.

22                  Or en commentant l'article 11 de la Constitution de 1980, il dit clairement  
23 que les raisons de *numerus clausus*, dont il a parlé ce matin, sont des motifs de perte  
24 de la nationalité contre la volonté ou sans la volonté du ressortissant en question. Il  
25 parle même des motifs *para despajar*, c'est-à-dire en français pour dépouiller  
26 quelqu'un de sa nationalité. Les quatre motifs qui figurent dans l'article 11 pour perdre  
27 la nationalité sont des motifs de dépouillement, *despojo, spoliation* en anglais. Voilà  
28 donc ce que dit l'article 11 d'après M. Cea dans son livre publié en 2002. Je le  
29 répéterai mille fois : je regrette qu'il ne soit pas là pour entendre la lecture de son  
30 texte !

31                  Voyons maintenant la doctrine chilienne sur la réforme constitutionnelle et  
32 de la Constitution en 2005, que M. Cea nous a citée ce matin comme étant la seule en  
33 vigueur. Il a fait état en particulier de l'opinion de M. le professeur Nogueira qui,  
34 comme par hasard, est l'un des experts du Chili dans la présente procédure. Selon les  
35 demandeurs, la Constitution chilienne de 1980 reconnaît la faculté de renoncer  
36 volontairement à la nationalité chilienne. C'est la pièce C221. En effet, l'article 11.1 de  
37 la constitution de 1980 dispose que la nationalité chilienne se perd par naturalisation  
38 dans un pays étranger, sauf dans le cas des Chiliens visés aux numéros 1, 2 et 3 de  
39 l'article antérieur -qui sont les Chiliens *iure soli* et *iure sanguinis*-, qui auraient obtenu  
40 une autre nationalité sans renoncer à la nationalité chilienne (...).

41                  Donc, en fait, dans le tableau que nous vous avons préparé, vous pouvez  
42 voir comment, dans la rédaction de la Constitution en 1925, il était dit que la  
43 nationalité se perdait par le fait d'avoir acquis la nationalité dans un pays étranger.  
44 C'était une perte automatique, 1925. Or que nous dit la Constitution de l'année 1980

1 dans son article 11 ? Elle dit qu'elle introduit la renonciation. C'est-à-dire qu'un  
2 Chilien ne peut pas perdre la nationalité par le seul fait d'acquérir la nationalité dans  
3 un autre pays. Il faut un acte de renonciation à cette nationalité, qui n'existe pas dans  
4 la version originale de la Constitution de 1925.

5 Cela signifie bien que la constitution chilienne reconnaît la renonciation  
6 volontaire comme une cause valable de la perte de la nationalité. Et cette  
7 interprétation que nous faisons est confirmée par la position prise par l'Etat du Chili  
8 lui-même, lors de la désignation de M. Witker en qualité d'arbitre dans la présente  
9 procédure arbitrale auprès du CIRDI.

10 Dans une lettre du 20 août 1998, qui figure dans le dossier arbitral, le  
11 représentant du Chili indiquait, je cite littéralement (*citation*) : "Les faits objectifs  
12 démontrent que M. Jorge Wilker est de nationalité mexicaine, qu'il a renoncé à la  
13 nationalité chilienne qu'il a perdue, en conformité avec la Constitution politique de la  
14 République du Chili". Le Chili donc a proposé comme arbitre M. Wilker parce qu'il  
15 avait renoncé à la nationalité chilienne. Et le 21 octobre 98, le Chili écrivait à nouveau  
16 au Secrétaire général du CIRDI en précisant (*citation*) : "En outre, ainsi que l'a  
17 indiqué le requérant lui-même, pour obtenir la nationalité mexicaine il est nécessaire  
18 de renoncer préalablement à la nationalité d'origine, comme l'a fait le professeur  
19 Witker, pour être naturalisé mexicain".

20 Voilà encore une confirmation que cette renonciation était volontaire et  
21 préalable au fait de l'acquisition de la nationalité. Ce n'est pas le fait d'acquérir la  
22 nationalité mexicaine qui la lui fait perdre mais la renonciation volontaire parce que la  
23 Constitution de 1980 était déjà en vigueur, que j'ai citée.

24 Il est donc particulièrement audacieux pour le Chili et pour le président de  
25 son Tribunal constitutionnel de venir soutenir ici, aujourd'hui, que le droit chilien ne  
26 reconnaît pas la renonciation volontaire à la nationalité. Et la doctrine récente,  
27 commentant les dispositions relatives à la nationalité réformant la Constitution du  
28 Chili intervenue en 2005, confirme l'interprétation que nous faisons.

29 S'agissant du projet de réforme constitutionnelle, M. le président du  
30 Tribunal constitutionnel chilien a soutenu que le projet de réforme constitutionnelle  
31 portait précisément sur la reconnaissance de cette renonciation volontaire. Cela  
32 signifie indubitablement que la Constitution précédente ne reconnaissait pas ce droit.

33 C'est un argument fallacieux :

34 ▪ d'abord, parce que l'inscription d'une règle dans la Constitution ne signifie pas que  
35 cette règle n'existe pas avant, bien au contraire. Par exemple, l'article 6 de la CDN  
36 que je citais, contredit et laisse sans effet le dernier paragraphe de l'article 11 de la  
37 Constitution chilienne en ce qui concerne la récupération après avoir renoncé.  
38 « *Préalablement* », dit également la CDN ;

39 ▪ en deuxième lieu parce que la réforme n'avait pas pour but de reconnaître la  
40 renonciation comme une cause de perte de nationalité. Bien au contraire, comme il  
41 a été manifesté par le ministre de l'Intérieur pendant le débat préparatoire de la  
42 réforme constitutionnelle.

1            Je vous ai apporté ici le résumé du débat parlementaire à la Chambre des  
2 députés et au Sénat chiliens pour cette réforme de la Constitution en 2005. Que dit le  
3 ministre de l'Intérieur en défendant cette réforme ? Il s'adresse au Sénat en disant, je  
4 traduis directement de l'espagnol (*citation*) : "*Une question qu'on devrait résoudre*" –  
5 a-t-il poursuivi- "*est celle de la renonciation à la nationalité chilienne pour des*  
6 *raisons de résidence et de travail dans un autre pays*". Le ministre a informé que  
7 «*jusqu'en 1990, cette situation était interprétée de manière assez libérale* », assez  
8 ouverte, «*par les consuls du Chili à l'étranger, et en fait, les personnes qui se*  
9 *trouvaient dans cette situation n'étaient pas éliminées du registre des nationaux*  
10 *chiliens, à moins qu'elles ne manifestent expressément leur volonté de renoncer à la*  
11 *nationalité chilienne* ». C'est à dire que jusqu'en 1990, les consuls qui avaient  
12 connaissance qu'un Chilien avait renoncé à la nationalité chilienne en acquérant une  
13 autre nationalité ne considéraient pas pour autant celui-ci comme ayant perdu sa  
14 nationalité si volontairement il n'avait pas renoncé. Or, poursuit le ministre,  
15 «*malheureusement ceci n'a pas été interprété de la même manière par la suite ; donc*  
16 *il a suffi qu'un Chilien devienne national dans un autre pays pour que cela soit*  
17 *communiqué au Chili et pour que cet individu soit rayé du registre des nationaux.* »

18           Voilà, pour le ministre, dans cette intervention, quel est le but de la  
19 réforme : mettre de la clarté et de la certitude quant au statut national des Chiliens à  
20 l'étranger dans ces circonstances.

21           En effet, vous pouvez regarder également le compte rendu officiel signé  
22 par le Bureau d'information du Sénat du Chili le 16 août 2005, dont je produis ici une  
23 photocopie. Il s'agit ici du texte intégral en espagnol mais je vais vous traduire la  
24 partie qui se réfère à la modification de la Constitution en matière de nationalité. Je  
25 cite textuellement (*citation*) :

26           "Nationalité. Les principaux sujets abordés par la réforme  
27 constitutionnelle sont les suivants :

- 28        ▪ *Premièrement, élimination de l'exigence faite aux enfants de parents chiliens nés à*  
29 *l'étranger de vivre une année au Chili pour acquérir la nationalité chilienne ;*
- 30        ▪ *Deuxièmement, dans le but de favoriser la double nationalité, il ne sera pas exigé*  
31 *des étrangers qui se naturaliseraient chiliens qu'ils renoncent à leur nationalité*  
32 *d'origine ;*
- 33        ▪ *Troisièmement* -c'est celui qui nous importe le plus- *pour éviter que des*  
34 *compatriotes deviennent apatrides, la renonciation volontaire à la nationalité*  
35 *chilienne ne peut avoir d'effet que si la personne s'est préalablement naturalisée*  
36 *dans un pays étranger.*
- 37        ▪ *En quatrième lieu, suppression de la sentence judiciaire comme motif de perte de la*  
38 *nationalité".*

39           En réalité, la différence fondamentale entre la Constitution de 1980, après  
40 la réforme de 1985, et celle de 2005, c'est que la première prévoit qu'en principe les  
41 Chiliens qui auraient volontairement renoncé auprès d'une autorité étrangère, comme  
42 l'arbitre M. Witker, à la nationalité chilienne, en vue de se naturaliser dans un autre

1 pays perdent la nationalité chilienne, alors que la seconde prévoit que, en principe, la  
2 nationalité chilienne n'est pas perdue par naturalisation sauf renonciation volontaire  
3 manifestée devant les seules autorités chiliennes. C'est-à-dire que jusqu'à 2005, la  
4 renonciation volontaire intervenue auprès d'un fonctionnaire de l'Allemagne, par  
5 exemple, en recevant la nationalité allemande signifiait la perte. Maintenant, non : si  
6 un Chilien devient ressortissant allemand par renonciation, auprès du fonctionnaire  
7 allemand, à la nationalité chilienne, pour le Chili il continue à être un Chilien aussi  
8 longtemps qu'il n'ira pas chez un officier chilien pour renoncer. Donc c'est une  
9 garantie additionnelle pour le maintien de la nationalité chilienne. Aujourd'hui, un  
10 Chilien naturalisé par un Etat étranger aurait la double nationalité, sauf à renoncer  
11 volontairement à la nationalité chilienne par devant l'autorité chilienne compétente.  
12 Voilà la grande nouveauté.

13 Loin d'admettre une nouvelle cause de perte de la nationalité, cette  
14 réforme incorpore de manière explicite l'interprétation de la Constitution dégagée par  
15 l'arrêt de la Cour de Valparaiso qui est entériné par la Cour suprême que je viens de  
16 vous le lire.

17 Or, M. le Président nous a lu ce matin un texte de l'expert du Chili,  
18 M. Nogueira, pour soutenir sa thèse. Eh bien, nous avons produit ici le texte intégral  
19 de M. Nogueira dont le contenu a été dénaturé par M. le Président de la Cour  
20 constitutionnelle. Pour cela, je vais vous lire ce que M. Nogueira dit à propos de cette  
21 réforme en ce qui concerne la Convention Panaméricaine des Droits de l'Homme qui  
22 est celle que nous sommes en train d'invoquer.

23 Je cite le professeur Nogueira, expert du Chili, dans son article sur la  
24 réforme de 2005 (*citation*) : "*Il y a lieu de mettre l'accent sur le fait que la réforme*  
25 *possède également un fondement implicite, à savoir l'harmonisation du texte*  
26 *constitutionnel avec la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906 [elle*  
27 *figure dans la pièce C27 du dossier arbitral] publiée au Journal Officiel du*  
28 *20 juillet 1909, qui s'impose seulement aux pays d'Amérique qui en sont signataires et*  
29 *qui, dans le cas où la personne possédant la double nationalité rétablit sa résidence*  
30 *dans son pays d'origine et l'y maintient durant plus de deux ans, détermine l'abandon*  
31 *de la nationalité acquise par naturalisation si elle [cette personne] l'exprime".*

32 Donc voilà encore une manière de perdre la nationalité chilienne qui n'est  
33 pas prévue dans l'article 11 de la Constitution et qui est en vigueur au Chili. C'est-à-  
34 dire le Traité de Rio, la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906 qui est  
35 toujours en vigueur au Chili, dit par l'expert du Chili, M. Nogueira. "*Cela se trouve*  
36 *encore renforcé*" -c'est toujours Nogueira qui parle- "*si nous prenons en considération*  
37 *que l'article 20 de la Convention américaine interdit aux Etats parties de priver*  
38 *arbitrairement les personnes du droit de changer de nationalité, qui fait partie*  
39 *constitutive essentielle du droit à la nationalité. Cette norme affecte directement la*  
40 *matière qui fait l'objet de notre analyse* -c'est Nogueira qui parle- *en ce que la réforme*  
41 *constitutionnelle de 2005 rétablirait une pleine harmonie avec l'article 1 de la*  
42 *Convention panaméricaine de Rio en vigueur entre Etats américains et avec*  
43 *l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'Homme de 1990, évitant la*  
44 *responsabilité internationale qui pourrait potentiellement encourir l'Etat du Chili en*  
45 *interdisant la renonciation volontaire à la nationalité chilienne aux Chiliens ayant*  
46 *une double nationalité d'un autre pays panaméricain, ou à toute personne depuis la*

1      *ratification de la Convention américaine des droits de l'Homme*". Donc pour  
2      M. Nogueira, l'Etat chilien a encouru dans un acte illicite international en interdisant  
3      à M. Pey de renoncer à la nationalité chilienne après que le Registre de l'état-Civil ait  
4      inscrit qu'il était étranger par renonciation.

5                Maintenant, je vais vous citer, pour vous démontrer à quel point  
6      l'intervention de M. le Président ce matin, en disant qu'il ne connaissait aucun, aucun,  
7      expert en droit constitutionnel qui soutiendrait une thèse différente de la sienne, n'est  
8      pas vraie. Nous avons apporté le chapitre d'un livre publié à Santiago par les Editions  
9      LexisNexis, qui s'appelle *La réforme constitutionnelle de 2005*, publié à l'initiative de  
10     l'Association chilienne des droits constitutionnels, dont M. Cea fait partie, et  
11     coordonnée par le professeur Francisco Zúñiga Urbina, où une série d'auteurs et de  
12     rédacteurs de traités analysent en détail les diverses réformes touchant la Constitution  
13     introduites par la loi de 2005.

14               Sur le sujet de la nationalité, nous avons recueilli les opinions de trois  
15     experts. Il s'agit du professeur Avilés, du professeur Quinzio Figueireido et du  
16     professeur Ribera Neuman. Toutes ces opinions sont convergentes avec celles que  
17     nous soutenons non seulement aujourd'hui mais tout au long de la procédure arbitrale.

18               Ainsi, au chapitre 4 de la contribution du professeur Avilés, qui s'intitule  
19     *La jurisprudence chilienne comme anticipation de la réforme*, et faisant clairement  
20     allusion à la nouvelle rédaction de l'article 11 de la Constitution politique de l'Etat,  
21     paragraphe 1, le professeur Avilés cite la jurisprudence établie par la Cour d'appel de  
22     Valparaíso, dont il a été question ici tout à l'heure, dans son arrêt du 2 avril 2001  
23     confirmé par la Cour suprême, relatif à une personne qui avait récupéré sa nationalité  
24     nicaraguayenne et avait renoncé à la nationalité chilienne, ce qui fut accepté par les  
25     tribunaux chiliens malgré le refus de l'autorité administrative.

26               A propos de cette jurisprudence, l'auteur, le professeur Avilés, indique, je  
27     cite (*citation*) : "La cour a rejeté cette argumentation de l'autorité administrative en  
28     acceptant le recours sur la base d'une interprétation qui, au fond, reconnaît le droit à  
29     cesser d'être chilien en termes plus larges que ceux que suggère le texte  
30     constitutionnel puisque l'on ne peut obliger un citoyen naturalisé à se livrer à des  
31     comportements répréhensibles pour obtenir de la sorte l'application d'une autre cause  
32     de perte de la nationalité".

33               Concernant la limitation imposée par la nouvelle rédaction de l'article 11  
34     n° 1 de la Constitution, à savoir que la renonciation doit être précédée d'une  
35     naturalisation dans un autre pays, cet auteur affirme (*citation*) : "Pour sa part, il y est  
36     indiqué, faisant écho aux traités internationaux en vigueur, s'agissant d'éviter de  
37     créer des apatrioides, que la renonciation volontaire au Chili ne produit pas la perte  
38     de la nationalité si la personne préalablement ne s'est pas naturalisée dans un pays  
39     étranger".

40               Le professeur Quinzio Figueireido, analysant cette modification de  
41     l'article 11, affirme, je cite (*citation*) : "Cette disposition est devenue beaucoup plus  
42     claire avec la modification mentionnée, dès lors qu'elle s'ajuste mieux aux principes  
43     consacrés dans les traités internationaux sur cette matière, et en général au Droit  
44     International en ce qu'il doit être juste et équitable". Il ajoute plus loin (*citation*) : "La

1 réforme relative à la nationalité, nous la trouvons en accord avec ce que se doit d'être  
2 cette institution juridique, dès lors qu'elle doit répondre à des considérations tant  
3 internes qu'externes, de sorte qu'il faut s'accorder à l'égard du Droit International,  
4 et tout spécialement des traités internationaux en la matière, tout comme dans le droit  
5 interne".

6 Ainsi, pour le Pr Quinzio Figueireido, la réforme reprend simplement ce  
7 qui découlait déjà du droit interne et du droit international, étant rappelé en outre que  
8 lorsque ce dernier consacre et règle un droit de la personne humaine, selon l'article 5  
9 de la Constitution politique de l'Etat du Chili, l'incorporation dans l'ordonnancement  
10 juridique interne est immédiate et avec rang constitutionnel. En effet, nous produisons  
11 encore un article de M. Cea qui a été publié dans la revue *Ius & Praxis*. Il s'appelle  
12 *Los tratados de derechos humanos y la constitucion politica de la Republica* ("Les  
13 traités des droits de l'Homme et la Constitution politique du Chili") où il dit qu'il a  
14 participé à la réforme de la constitution de 1989. Et il écrit (*citation*) : "J'estime que du  
15 point de vue du droit international conventionnel, les traités internationaux sur les  
16 droits humains ont la même valeur que les dispositions de la Constitution par le biais  
17 de l'article 5", elles deviennent donc partie du régime constitutionnel chilien au point  
18 de vue « *formel et substantiel* », matériel.

19 **M. le Président.** - Vous me permettez une question ? Je crois en tout cas  
20 que j'ai compris de quoi il s'agissait dans l'arrêt de la Cour de Valparaiso et qu'il n'est  
21 peut-être pas indispensable de connaître l'opinion de tous les professeurs imaginables  
22 au Chili ou ailleurs, et nous savons ce que sont que les opinions de professeur. Mais il  
23 y a un point qui m'apparaît en vous écoutant, je ne suis pas sûr d'avoir bien compris.

24 Dans l'Affaire Castellón, que vous avez citée abondamment, il est tout à  
25 fait clair que la renonciation est liée à l'acquisition de la nationalité du Nicaragua.  
26 C'est bien cela, n'est-ce pas ? Il est tout à fait clair que la renonciation est liée à  
27 l'acquisition d'une nationalité étrangère qui, dans l'Affaire Castillón, est celle du  
28 Nicaragua.

29 La question qui m'est apparue, je suis peut-être le seul à n'avoir pas  
30 compris sur ce point, c'est de savoir si soit selon le droit chilien, soit selon les  
31 principes interaméricains ou les principes du droit international, il serait possible pour  
32 en Etat lié par ces principes ou pour le Chili de subordonner la reconnaissance de la  
33 renonciation à cette forme de renonciation ou bien si n'importe quelle forme de  
34 renonciation volontaire serait admise en dehors de l'acquisition d'une nationalité  
35 étrangère. Ma question est-elle claire ?

36 **M. Garcès.** - Oui. Je crois que la réponse vous a été donnée par le  
37 professeur Cea, qui a parlé ce matin, dans son traité de droit constitutionnel, de l'arrêt  
38 de 2002 que je vais vous lire littéralement. Cette fois-ci, j'ai la traduction en français.  
39 Il dit (*citation*) :

40 "Toute personne a le droit de changer de nationalité. Ce n'est pas  
41 toutefois un droit absolu et illimité au point d'être exercé arbitrairement" -voilà une  
42 limite, "arbitrairement"- "car le renoncement doit en effet toujours satisfaire aux  
43 exigences mentionnées par la Constitution et les lois de son pays".

1            Dans le cas d'espèce, la CDN fait partie du système chilien et les principes  
2 de la liberté, de la libre volonté d'accéder au bénéfice de la CDN et d'y renoncer sont  
3 consubstantiels au système de la CDN. Et la Convention américaine des Droits de  
4 l'Homme fait également partie du régime des lois internes.

5            Le Pr Cea poursuit (*citation*) : "En outre, celui qui renonce à sa  
6 nationalité doit le faire de façon légitime" -voilà une deuxième condition- "sur la base  
7 de considérations ou de raisons qui, tout en étant personnelles, ne sauraient être  
8 associées à la fraude, le délit ou le préjudice à l'égard des tiers". Voilà les limitations  
9 que M. Cea établit et sur lesquelles bien entendu nous n'avons pas d'opposition. Dans  
10 le cas de M. Pey, il pouvait renoncer parce que la CDN, qui est de ce point de vue au-  
11 dessus de la Constitution chilienne, le lui permet parce que, bien entendu, le risque  
12 d'apatriodie n'existe pas dès le moment où il était pleinement espagnol. Donc le grand  
13 danger de l'apatriodie, dont M. Cea a parlé ce matin, est exclu.

14           Pour finir, la citation du professeur Ribero Neuman (?) (*citation*) :  
15 "Récemment, la Cour suprême et le Conseil de défense de l'Etat ont protégé le lien  
16 constitué par la nationalité en considérant qu'il ne suffisait pas d'acquérir une  
17 nationalité pour que cela implique une renonciation à la nationalité chilienne mais  
18 qu'il devait exister une manifestation de volonté expresse contenant l'indication d'une  
19 volonté de renonciation". Ceci était en vigueur avant la réforme de 2005.

20           Ainsi, je termine en disant qu'il résulte catégoriquement que, pour le  
21 Pr Neuman, le nouvel article 11.1 de la Constitution politique de l'Etat n'a pas non  
22 plus introduit une innovation en ce qu'il envisage la possibilité de renoncer à la  
23 nationalité chilienne et qu'il s'agissait de préciser ce qui découlait et s'entendait de tout  
24 l'ordonnancement juridique.

25           Conclusion. Il résulte de ce qui précède que contrairement aux prétentions  
26 de la partie chilienne, la renonciation volontaire à la nationalité était une cause de  
27 perte de celle-ci sous le régime de la Constitution de 1980, avant même la réforme de  
28 2005, ce que confirment les auteurs que je viens de citer. Dès lors, la renonciation de  
29 M. Pey Casado, intervenue le 10 décembre 1986 alors qu'il était ressortissant  
30 espagnol, doit être prise en considération par le Tribunal arbitral qui devra reconnaître  
31 la nationalité exclusive espagnole de M. Pey aux dates pertinentes de la Convention de  
32 Washington.

33           En tout état de cause, à supposer que le Tribunal arbitral considère que la  
34 Constitution de 1980 ne reconnaissait pas la renonciation volontaire comme une cause  
35 légitime de perte de la nationalité alors que le risque d'apatriodie n'existe pas, il ne  
36 devrait pas tenir compte de la nationalité chilienne de M. Pey Casado pour établir sa  
37 compétence pour les raisons suivantes : parce que l'interprétation de la Constitution de  
38 1980 par la partie chilienne est en contradiction avec les normes du droit international  
39 en ce qu'elle viole notamment le droit de changer de nationalité et la CDN entre  
40 l'Espagne et le Chili, dont la pierre angulaire est le caractère absolument volontaire  
41 pour les Espagnols et les Chiliens de s'accueillir à ses bénéfices ainsi que d'y  
42 renoncer. Ce sont les pièces C29 et C91.

43           Voilà donc, monsieur le président, tout en vous présentant mes excuses  
44 pour la longueur de l'exposé. Merci.

1                   **M. le Président.** - Je vous remercie. Nous pouvons peut-être suspendre  
2 cinq minutes pour que les arbitres puissent évaluer la suite du programme. Mais il n'y  
3 a pas besoin d'interrompre, nous pouvons peut-être voir la question de l'horaire. Peut-  
4 être que je devrais vous demander de combien de temps vous avez besoin pour traiter  
5 le reste de votre exposé. A peu près une estimation. Maître Malinvaud ?

6                   **Mme Malinvaud.** - Je pense que sur la question du *ratione temporis*, j'en  
7 ai pour maximum trois quarts d'heure.

8                   **M. le Président.** - C'était pour savoir s'il fallait faire la pause café ou thé  
9 d'usage maintenant ou plus tard.

10                  **Mme Malinvaud.** - Je pense qu'il est plus opportun de la faire maintenant,  
11 oui.

12                  **M. le Président.** - Dans ce cas, suspendons pour une vingtaine de  
13 minutes, si vous êtes d'accord.

14                  **M. Gaillard.** - Et MFN ?

15                  **Mme Malinvaud.** - MFN devrait être beaucoup plus réduit.

16                  **M. le Président.** - Très bien, cela nous donne la réponse que nous  
17 attendions. La séance est suspendue pour vingt minutes.

18                  *Suspendue à 17 heures 19, l'audience est reprise à 17 heures 42.*

19                  **M. le Président.** – Mesdames, messieurs, nous reprenons l'audience et je  
20 me tourne vers le Dr Garcès qui va nous dire s'il poursuit ou s'il passe la parole à l'un  
21 ou l'autre des membres de la Délégation.

22                  **Dr J. E. Garcès.** – Monsieur le président, comme je vous l'avais indiqué,  
23 c'est Me Malinvaud qui va répondre à la quatrième question en suivant l'ordre de  
24 l'ordre du jour.

25                  **M. le Président.** – C'est parfait. Maître Malinvaud, vous avez la parole.

26                  **Me C. Malinvaud.** – Je vous remercie. Je vais donc m'intéresser à la  
27 quatrième question qui a trait à l'application *ratione temporis* du Traité.

28                  Au préalable, une simple remarque matérielle : M. Garcès, tout à l'heure,  
29 vous a annoncé que nous avions les documents à votre disposition si vous souhaitiez  
30 en consulter. Ce que nous aurons surtout, c'est la liste des documents que nous  
31 remettrons à tous, dont beaucoup sont facilement accessibles ou publiés et vous n'en  
32 avez peut-être pas besoin. Nous serons à votre disposition pour vous communiquer,  
33 parmi ces listes-là, ceux qui peuvent vous intéresser et peut-être vous les adresser  
34 directement pour éviter que vous ne soyez chargés de documents. Mais ce sont ici des  
35 dispositions purement matérielles.

1                   **M. le Président.** – Puisque vous parlez de documents, c'était, bien  
2 entendu, l'intention du Tribunal de soulever cette question de façon que les deux  
3 parties aient une égale possibilité et un égal devoir de soumettre les documents  
4 auxquels il a été fait allusion aujourd'hui. Poursuivons.

5                   **Application dans le temps du Traité bilatéral**

6                   **4. Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) que**  
7                   **le Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de**  
8                   **l'application dans le temps du Traité bilatéral ?**

9                   **Me C. Malinvaud.** – Je vous remercie. En ce qui concerne plus  
10 particulièrement la question n° 4, trois remarques sur l'exposé fait précédemment sur  
11 cette question, étant entendu que nous compléterons, d'une manière générale, nos  
12 réponses à la position prise par la demanderesse, dans notre réponse de demain.

13                   Trois remarques

14                   Première remarque : de même que pour nous aussi l'analyse de la  
15 République du Chili en matière d'application *ratione temporis* du Traité a trait à  
16 l'analyse de l'article 2 du Traité API.

17                   Deuxième remarque : malgré le tableau présenté, il n'y a pas ou très peu –  
18 en tout cas nous n'en avons pas identifié et l'autre partie non plus apparemment – de  
19 jurisprudence postérieure à mai 2003 qui, dans un Traité strictement identique, c'est-  
20 à-dire qui fait référence à la notion de controverse, a refusé d'appliquer le Traité à des  
21 faits antérieurs à la controverse. Il n'y a donc pas de nouvelles jurisprudences qui  
22 iraient à l'encontre de la jurisprudence Maffezini, à savoir celle évoquée déjà en 2003.

23                   Enfin, troisième remarque, toujours à titre de remarque préalable, la  
24 République du Chili -et elle l'a toujours fait- confond volontairement la controverse et  
25 les faits à l'origine de la controverse. Ce sont des notions évidemment très différentes  
26 qui sont au cœur de l'interprétation du Traité.

27                   Mon exposé sera en deux temps. Le premier aura vocation à rappeler la  
28 position des demanderesses et à évoquer la jurisprudence et la doctrine récente qui  
29 vont dans ce sens, à savoir que le seul critère pertinent pour l'application *ratione*  
30 *temporis* du Traité est la notion de controverse. Puis, deuxièmement, à titre  
31 subsidiaire, que les actes du Chili sont des actes composites illicites ou une violation  
32 continue de ses obligations et, dès lors, la condition *ratione temporis* est également  
33 satisfaite.

34                   Sur le premier point, seule la notion de controverse est pertinente. Notre  
35 interprétation se base sur les articles 2-2 et 2-3 de l'API. Il est entendu que ce Traité  
36 s'applique aux investissements futurs et passés avant son entrée en vigueur et la limite  
37 temporelle, la seule donnée dans ce Traité, est (*citation*) :

38                   « *Il ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations*  
39 *surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur* ».

1           C'est là une dérogation expresse à ce que l'on pourrait appeler une  
2 application rétroactive du Traité.

3           Ce Traité prévoit expressément que l'application *ratione temporis*, le  
4 curseur, est celui de la naissance de la controverse.

5           La controverse est née en novembre 1995, soit après l'entrée en vigueur du  
6 Traité qui est de 1994 et peu importe que des faits -et non pas tous les faits d'ailleurs-  
7 à l'origine de la controverse soient antérieurs à cette date-là.

8           Si l'on prend, comme le suggère le Chili, la date des faits à l'origine de la  
9 controverse et non la controverse, en réalité on rajoute une condition au Traité et c'est  
10 parfaitement contraire aux règles d'interprétation de la Convention de la Vienne et,  
11 notamment, à l'article 31.

12          A l'époque, nous avions la sentence Maffezini du 25 janvier 2000 qui a la  
13 particularité de connaître exactement, avec cette précision d'article 2-3, la notion de  
14 controverse à la même Clause et la décision était intéressante à la fois pour déterminer  
15 la notion de controverse, pour confirmer que seul ce critère était pertinent et que peu  
16 importait le fait que des faits de l'Etat aient précédé la naissance de la controverse –  
17 c'est toujours le cas- mais surtout aient précédé l'entrée en vigueur du Traité.

18          Cette position reste d'actualité. Pourquoi ?

19          Nous avons recherché des Traités strictement identiques avec cette  
20 particularité et nous avons tenté de voir si des décisions pertinentes avaient pu être  
21 rendues. En réalité, nous n'en avons identifié que deux qui ont été citées, je crois, par  
22 la demanderesse : il s'agit de la Décision Jan de Nul contre Egypte de juin 2006 et la  
23 Décision Luchetti c/Pérou de 2005.

24          Dans ces deux décisions, la question était différente de celle qui nous est  
25 posée. Pourquoi ? Parce qu'il y avait eu plusieurs controverses. La question qui était à  
26 trancher par le Tribunal arbitral était de savoir si des controverses, antérieures à  
27 l'entrée en vigueur du Traité, empêchaient la deuxième controverse d'être prise en  
28 compte dans le cadre du Traité ou s'il s'agissait de controverses différentes. C'est la  
29 question qui avait été à traiter. L'élément intéressant pour notre cas dans ces deux  
30 arrêts, quelle que soit la décision prise sur le fait de l'unicité ou pas de la notion de  
31 controverse, c'est que le Tribunal arbitral ne s'est attaché qu'à cette notion de  
32 controverse et n'a pas été rechercher ou prendre en considération le point de savoir s'il  
33 y avait ou pas des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité. Il a appliqué la  
34 condition posée par le Traité, à savoir : est-ce qu'il y avait une controverse, mais avant  
35 l'entrée en vigueur du Traité ou pas ?

36          Deuxième élément qui nous paraît particulièrement pertinent –cette fois-ci  
37 il s'agit d'un élément de doctrine-, c'est l'article de Christophe Schreuer du 12 juillet  
38 2005 qui, je crois, a été également cité par la partie défenderesse et que l'on retrouve  
39 dans la Revue « *Transnational dispute management (volume II)* » de novembre 2005.

40          Cet article est très intéressant et il dit ceci et, tout d'abord, il relève que  
41 « *de nombreux BIT s'appliquent à des investissements passés* ». Finalement, c'est

1 quelque chose d'assez courant. Mais il relève que « *seuls quelques-uns précisent*  
2 *s'appliquer qu'à des controverses nées qu'après l'entrée en vigueur du Traité* » -cette  
3 précision de l'article 2-3 est assez rare- « *et, dans cette hypothèse-là, alors seul ce*  
4 *critère est pertinent* », puisqu'il dit, je cite en anglais :

5           « *It follows from provisions of this kind* » c'est-à-dire l'article 2-3, la  
6 notion de controverse, « *that the time at which the dispute have arisen will be of*  
7 *decisive importance for the applicability of the consent to arbitration. Some of the*  
8 *actions and events leading to the dispute may have occurred before the BIT's entry*  
9 *into force but ...* » –et c'est cela qui est important- “*...the decisive time is the date at*  
10 *which the dispute began.*”

11           Je reviens à la première remarque de tout à l'heure, avant d'exposer la  
12 question n° 2. On est précisément dans des questions d'interprétation des Traité et  
13 quand on a une Clause qui donne une condition, on doit se tenir à cette condition et ne  
14 pas en inventer d'autres. La controverse est le seul critère qui est posé et, de fait, la  
15 controverse doit être le seul critère retenu.

16           S'agissant des autres jurisprudences ou décisions qui ont pu être rendues  
17 après mai 2003 et qui, de la même façon l'ont été en interprétant un Traité -certes sur  
18 d'autres notions, principalement la notion de nationalité de l'investisseur et notamment  
19 la date à laquelle l'investisseur doit être de la nationalité de l'Etat contractant, ou bien  
20 portant sur le point de savoir comment la nationalité de la personne morale devait être  
21 appréciée ou pas-, il convient de se référer au Traité, aux conditions du Traité et ne  
22 pas en inventer d'autres.

23           Je fais référence aux jurisprudences que j'ai citées tout à l'heure en matière  
24 de nationalité de l'investisseur qu'il s'agisse de *West Management Soufraki*, ou  
25 *Champion Trading* et en ce qui concerne les critères de nationalité de personnes  
26 morales, en ce sens qu'il convenait de ne pas en rajouter, je fais référence à la  
27 sentence *Tokios Tokeles c. Ukraine* du 29 avril 2004.

28           Je suis quand même allé voir ce qu'avait fait la jurisprudence dans des  
29 hypothèses où il n'y avait pas de clauses identiques à la nôtre et donc l'article 2-3 avec  
30 la notion de controverse. Il se trouve que les décisions sont variables.

31           Certaines, faute de critères, vont retenir la date des faits de l'Etat. Ce sont  
32 des décisions qui ont pu être évoquées par la République du Chili, à savoir en  
33 particulier l'*Affaire Tecmed c/Mexique* du 29 mai 2003 ou, je crois, l'*Affaire*  
34 *Generation Ukraine c/Ukraine* du 16 septembre 2003.

35           Mais ces décisions ne sont pas pertinentes pour nous parce que justement  
36 il n'y avait pas ce critère de la controverse et, par conséquent, ils sont allés en chercher  
37 d'autres. A partir du moment où il y a cette référence *ratione temporis*, il n'y a pas lieu  
38 d'aller ajouter une condition et de rechercher si les faits étaient ou pas antérieurs à  
39 l'entrée en vigueur du Traité.

40           De plus, il convient de rappeler que dans ces deux affaires,  
41 l'argumentation de la demanderesse semble avoir été assez fluctuante sur les faits  
42 invoqués ou pas. Je sais bien que chaque sentence est question de faits, mais il y avait

1 là, en particulier, semble-t-il, une certaine confusion, en tout cas dans l'esprit du  
2 Tribunal, sur l'argumentation même de la demanderesse.

3 L'autre courant de jurisprudence, en l'absence de Clause comme celle que  
4 nous avons, à savoir l'article 2-3, retient quand même le critère de la date de la  
5 controverse. Là, je fais référence à une décision également citée ce matin, décision  
6 d'autant plus pertinente que le critère pris est celui de la controverse –alors qu'il  
7 n'était pas dans le Traité- et non pas celui du fait de l'Etat, je veux parler de la  
8 Décision *Duke Energy contre Pérou* du 1<sup>er</sup> février 2006.

9 Que s'est-il passé dans cette décision-là ? Il s'agissait non pas d'un BIT  
10 proprement dit mais d'un accord de stabilité juridique entre la demanderesse et la  
11 République du Pérou. Il était silencieux sur l'application *ratione temporis* et,  
12 d'ailleurs, il ne précisait même pas qu'il s'appliquait à des investissements passés. Eh  
13 bien, le Tribunal a rejeté la prétention du Pérou selon lequel le Tribunal n'était pas  
14 compétent au motif que les faits invoqués étaient antérieurs à l'entrée en vigueur  
15 puisque, selon les termes mêmes du Tribunal, qui d'ailleurs a cité l'arrêt *Maffezini* à  
16 cet égard, il a été dit (*citation*) :

17 « *Ce qui est décisif pour la compétence ratione temporis du Tribunal,*  
18 *c'est le moment où le litige juridique entre les parties est né et non pas le*  
19 *moment durant lequel les éléments factuels sur lesquels repose le litige ont eu lieu* ».

20 Le Tribunal ayant retenu que la controverse était née après l'entrée en  
21 vigueur de l'accord de stabilité, il s'est reconnu compétent.

22 Donc, le critère de la controverse, en l'espèce, est celui -et le seul- qu'il  
23 convient de retenir. Je ne pensais pas avoir à revenir sur la notion de controverse qui  
24 me paraissait être quelque chose d'assez largement établi dans la jurisprudence, qu'il  
25 s'agisse des Décisions *Mavromatis*, de la CPIJ ou de la CIJ, *Southwest Africa, East*  
26 *Timor* et, plus récemment, celle qui nous intéresse le plus, *Maffezini*.

27 Mais la confusion, entretenue par la défenderesse sur la distinction qu'il  
28 convient de faire entre la controverse et les faits à l'origine de la controverse,  
29 m'amène à revenir brièvement là-dessus. Une controverse, par définition, suppose  
30 qu'il y ait eu un échange, une opposition marquée, pour le moins une discussion et une  
31 certaine maturation avant d'arriver à la controverse et ce n'est pas le fait de l'Etat, quel  
32 qu'il soit, qui est concomitant à la controverse.

33 Je cite, en termes de jurisprudence récente qui confirment cette analyse de  
34 la notion de la controverse, un arrêt qui, me semble-t-il, a également été signalé tout à  
35 l'heure, celui de *Pan American Energy contre Argentine* du 27 juillet 2006 qui, lui  
36 aussi, reprend les définitions retenues par la jurisprudence passée sur la notion de  
37 controverse pour l'appliquer de manière assez classique, en l'espèce.

38 Or, aujourd'hui, la controverse est née en novembre 1995, c'est-à-dire au  
39 moment où, après qu'il y ait eu une demande de M. Pey de se voir restituer les biens  
40 dont il avait été dépossédé, il y a eu refus du gouvernement chilien –je reviendrai plus  
41 tard sur les conditions de ce refus-, le 20 novembre 1995, de restituer ses biens à  
42 M. Pey, puis une nouvelle demande, puis pas de réponse. On connaît la suite. Tout

1 cela est postérieur à l'entrée en vigueur du Traité. D'ailleurs, ce refus constitue à lui  
2 seul un fait illicite de l'Etat, postérieur à l'entrée en vigueur du Traité.

3 Voilà pour la position de principe et la position qui reste notre position  
4 principale : le critère pertinent est celui de la controverse.

5 J'en viens maintenant à notre argument subsidiaire qui a trait à la notion  
6 de fait illicite composite ou de violation continue.

7 En effet, à l'origine, les faits de la controverse dont vous êtes saisis  
8 aujourd'hui sont finalement des faits essentiellement postérieurs à l'entrée en vigueur.  
9 Pourquoi ? Parce qu'il ne faut pas retenir uniquement les décrets de 1975 et de 1977, il  
10 faut également et surtout retenir le refus d'indemnisation de 1995 qui intervient dans  
11 des conditions qui n'ont rien à voir avec les conditions de 1975 et avec un  
12 gouvernement qui n'a rien avoir avec celui de 1975. Puis, il y a une décision qui, de  
13 manière récurrente, est passée pudiquement sous silence, à savoir la Décision 43 du  
14 28 avril 2000 selon laquelle les titres de propriété des biens de CCP et d'EPC ont été  
15 attribués à des tiers, les a indemnisés et ce d'ailleurs à la veille même de l'audience de  
16 procédure devant un autre Tribunal mais dans la même affaire.

17 Dans notre espèce, je vais revenir brièvement sur la notion de fait  
18 composite illicite et la notion de violation continue pour voir quels sont les éléments  
19 de jurisprudence ou de doctrine récents qui font application de ces théories-là dans le  
20 cadre de la protection des investissements.

21 D'abord la notion de fait composite illicite. Là, il est clair que l'on fait  
22 référence à l'article 15 des articles de la Commission de Droit International sur la  
23 responsabilité des Etats, que je ne vais pas citer à nouveau, lequel article était déjà  
24 noté, sous-jacent et présent en 2003.

25 En revanche la jurisprudence récente est l'application en l'espèce. Nous  
26 avons relevé au moins quatre sentences, depuis mai 2003, qui ont consacré, voire  
27 appliqué parfois, cette notion-là dans le corps de la décision. La première est la  
28 Décision *Tecmed contre Mexique* du 29 mai 2003 qui va affirmer que des actes  
29 antérieurs à l'entrée en vigueur peuvent être pris en considération, notamment lorsque  
30 ces actes font partie d'une série d'actes et, lorsque le comportement ou les actes, une  
31 fois consommés, ou dont la consommation a eu lieu après l'entrée en vigueur du  
32 Traité, constituent une violation du Traité.

33 C'est, plus précisément, le paragraphe 68 de cette sentence où le Tribunal  
34 précise que la prise en considération d'actes antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité  
35 s'impose, en particulier lorsque, je cite (*citation*) : « *la signification et les effets des  
36 actes antérieurs n'ont pas raisonnablement pu être appréciés à la date de leur  
37 commission, soit parce que, comme le Traité n'était pas en vigueur, ils n'ont pas pu  
38 être considérés dans le cas d'une éventuelle demande sur le fondement du Traité, soit  
39 parce qu'il n'était pas possible de les apprécier dans le contexte général* ».

40 Je cite cette partie-là pour la raison toute simple que, très justement, dans  
41 cette Affaire *Tecmed*, quand ils ont fait cette double alternative, ils se positionnaient  
42 dans l'hypothèse où ils avaient considéré que, *ratione temporis*, le Traité ne

1 s'appliquait pas aux actes passés. Néanmoins, ils continuaient de les prendre en  
2 considération pour voir s'il n'y avait pas une violation du Traité qui s'était concrétisée,  
3 consommée après l'entrée en vigueur du Traité.

4 La seconde décision à laquelle je veux faire référence est la Décision *SGS*  
5 contre *Philippines* du 29 janvier 2004. En réalité, le raisonnement du Tribunal sera de  
6 reprendre la notion de fait composite, puis la notion de fait continu, avant de conclure  
7 que, compte tenu de ces notions-là, qu'il y a bien eu un acte postérieur à l'entrée en  
8 vigueur du Traité. Je cite, à cet égard, le paragraphe 166 de cette sentence qui lui-  
9 même cite la Décision *Mondev* contre Etats-Unis de 2002 qui précise que (*citation*)  
10 « *des événements ou un comportement antérieurs à l'entrée en vigueur d'une obligation de l'Etat défendeur peuvent être pertinents pour déterminer la question de savoir si l'Etat a ultérieurement violé son obligation.* »  
12

13 C'est ce que nous vous demandons de faire dans le cadre de l'acte  
14 composite.

15 C'est également ce qui a été évoqué dans la Décision *Duke Energy contre Pérou* du 1<sup>er</sup> février 2002 qui, bien qu'il ait considéré que le critère pertinent était  
16 celui de la controverse et qu'il se soit reconnu compétent au titre de la naissance de la  
17 controverse postérieure à l'entrée en vigueur du Traité, il a également précisé être  
18 compétent pour apprécier tous les éléments factuels du litige, y compris ceux qui  
19 étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité, pour déterminer si le défendeur a  
20 violé celui-ci par un comportement qui a eu lieu ou qui a été « *consommé* » après  
21 l'entrée en vigueur du Traité : c'est le paragraphe 150 de la sentence.  
22

23 Enfin, et de manière peut-être plus anecdotique, dans la Décision *Jan de Nul contre Egypte* de juin 2006, le Tribunal n'a pas à considérer cette question  
24 puisqu'il s'est reconnu compétent *ratione temporis*. Néanmoins, il fait référence à  
25 l'argument, soutenu par le demandeur à titre subsidiaire, qui reposait sur la notion de  
26 fait composite illicite. Il n'exclut absolument pas la validité de ce principe ou de cette  
27 thèse ; simplement il n'a pas à l'examiner dans la mesure où il s'est déjà déclaré  
28 compétent.  
29

30 Pourquoi tout cela peut-il s'appliquer en l'espèce, à supposer qu'on ne  
31 retienne par le critère de la simple controverse ?

32 Je voudrais donner quelques explications, factuelles mais brèves. Il s'agit  
33 non pas de reprendre le dossier, mais de reprendre un tout petit peu de cette  
34 chronologie : les décrets de 1975 et de 1977 -et non pas de 1973, comme il est évoqué  
35 de temps en temps- comme étant la dépossession *de facto*. De toute façon, cela ne  
36 peut pas remonter avant 1975, puisque c'est le premier décret qui se soit appliqué aux  
37 biens de CPP ; celui de 1997 s'étant appliqué à M. Pey, *ad nominem*. A ce moment-là,  
38 l'expropriation illicite de M. Pey n'était pas définitive ou consommée ; elle ne le sera  
39 que plus tard. En réalité, elle ne le sera que le 20 novembre 1995.

40 Pourquoi ? Parce que ce n'est qu'après le rétablissement du régime  
41 démocratique au Chili -qui intervient en 88-89, avec l'élection d'un nouveau président  
42 et après le rejet du plébiscite demandé par M. Pinochet- que M. Pey a pu revenir au  
43 Chili pour la première fois, soit en mai 1989. C'est à ce moment-là qu'il a pu aller

1 devant les tribunaux chilien –et c'est la Décision du 29 mai 1995 (cf. pièce 21 de la  
2 Requête)- pour essayer d'obtenir les titres originaux qui permettaient de démontrer sa  
3 propriété. C'est seulement à cette époque-là qu'il a pu entamer un dialogue.  
4 Auparavant, il n'était même pas question d'entamer un dialogue avec le gouvernement  
5 du Chili.

6 C'est donc à ce moment-là, une fois qu'il a récupéré les titres, qu'il a pu  
7 s'adresser au Président du Chili, ce qu'il a fait le 6 septembre 1995, pour demander la  
8 restitution des biens (cf. pièce 22 de la Requête).

9 La réponse qui lui a été donnée par ce nouveau gouvernement est arrivée  
10 le 20 novembre 1995 (cf. pièce 23) et c'est là que la « violation » commence à être  
11 consommée ou consumée. C'est ce refus de restitution, ce refus d'indemnisation qui,  
12 en réalité, constitue le fait illicite qui sera déterminant. Et encore, il y en aura un après  
13 puisqu'à la suite de ce refus, il y a une nouvelle demande à laquelle il n'est pas  
14 répondu.

15 Suit tout le déclenchement classique de la procédure avec le délai de  
16 six mois, la requête, le temps assez long pris pour l'enregistrement de la requête, sur  
17 lequel je ne reviendrai pas. Mais c'est ce refus du nouveau gouvernement, en  
18 novembre 95, qui postérieurement à l'entrée en vigueur du Traité, consomme l'acte  
19 illicite du gouvernement du Chili et qui, à lui seul, suffirait à justifier la compétence  
20 *ratione temporis* du Tribunal, à supposer qu'on ne retienne pas uniquement la notion  
21 de la controverse, mais qui, en l'espèce, constitue également la preuve d'un fait  
22 composite illicite. Ce fait-là est encore aggravé et consommé ou consumé une  
23 deuxième fois en avril 2000, avec la fameuse Décision 43.

24 Cette décision est quand même intéressante et, sans vouloir la replaider, je  
25 voudrais faire quelques remarques sur cette dernière. C'est un nouveau fait de l'Etat,  
26 sur lequel la République du Chili reste silencieuse, où il attribue à des tiers la propriété  
27 des biens confisqués et il décide de les indemniser. En réalité, on est dans la situation  
28 quasi inverse de 1975. Parce qu'en 75, on reproche à M. Pey d'être propriétaire des  
29 biens CPP. Puis, en 2000, on attribue ces propriétés à M. Pey. Ce n'est donc pas la  
30 même notion, mais pratiquement l'inverse de la situation de 1975 et de 1977.

31 Immédiatement après ce nouveau fait, qui est survenu dans des conditions  
32 presque mélodramatiques au début de cette audience de 2000 -pratiquement personne  
33 autour de cette table n'était là à l'époque, mais nous étions là et les transcripts sont là  
34 pour l'attester-, décision qui a été brandie par la Délégation du Chili comme  
35 constituant un élément fondamental, nouveau, qui remettait en cause toute la logique  
36 de cette procédure puisque M. Pey n'avait jamais été propriétaire de quoi que ce soit.  
37 Voilà la façon dont cette décision avait été annoncée. Evidemment, elle a donné lieu à  
38 une controverse, immédiate pour le coup, et une opposition immédiate.

39 Aussi, oui, si l'on ne prend pas en compte le seul critère de la controverse,  
40 on est bien dans le cadre d'un fait composite illicite consommé après l'entrée en  
41 vigueur du Traité.

42 Quelques éléments sur la notion de violation continue. Là, je fais référence  
43 à l'article 14.2 des articles de la CDI, toujours sur la responsabilité des Etats, l'idée

1 étant qu'un Tribunal arbitral est compétent *ratione temporis* dès lors que la violation  
2 continue après l'entrée en vigueur du Traité.

3 En mai 2003, les deux arrêts de la CEDH, *Papamichalopoulos contre Grèce* de 1993 et *Loizidou contre Turquie* de 1996, avaient été évoqués, sachant que  
4 dans l'un comme dans l'autre il était intéressant de noter qu'il s'agissait bien d'une  
5 hypothèse d'expropriation. En effet, dans la première, il s'agissait de la saisie d'un  
6 bien sans expropriation formelle qui avait eu lieu environ huit ans avant que la Grèce  
7 ne reconnaisse la compétence de la Cour. Dans la seconde affaire, avec un  
8 raisonnement similaire, il s'agissait du refus de la Turquie de permettre au requérant  
9 d'accéder à son bien, qui s'était poursuivi après l'acceptation de la compétence de la  
10 Cour par la Turquie.

12 Quels sont les éléments nouveaux par rapport à l'année 2003 que l'on peut  
13 évoquer sur cette notion de fait continu ?

14 D'une part, il y a les commentaires faits par le Professeur Crawford sur  
15 ces notions de fait composite ou de fait continu, auxquels nous faisons référence (cf.  
16 page 164 de son livre). Le Professeur Crawford fait état que la notion de fait illicite  
17 continu a été également appliquée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour  
18 établir sa compétence *ratione temporis* dans une série d'affaires. Ceci m'amènera à  
19 citer quelques affaires récentes de la Cour européenne des droits de l'Homme à cet  
20 égard.

21 Mais avant de citer ces affaires, je voudrais faire référence à la Décision  
22 *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) c/ Philippines* du 29 janvier 2004 où le  
23 Tribunal a remarqué qu'il est clair que l'article 8 –en l'occurrence, il s'agissait de la  
24 Clause relative au règlement des différends, mais il n'y a pas de raison de l'appliquer  
25 de la même façon en l'espèce- s'applique à des violations qui continuent, à cette date –  
26 la date de l'entrée en vigueur du Traité- et que le défaut de payer des sommes dues en  
27 vertu d'un contrat est un exemple de violation continue.

28 Pour quelques arrêts de la CEDH, je fais référence à la Décision *Ilascu contre Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004. En l'espèce, il s'agissait d'une détention  
29 illégale qui constitue une violation continue et qui peut être invoquée dès lors que la  
30 détention se prolonge au-delà de l'entrée en vigueur du Traité. Toujours dans cette  
31 décision, il était fait référence au fait qu'une décision de justice –en l'occurrence,  
32 c'était la condamnation à une peine de mort- est un fait continu aussi longtemps  
33 qu'elle n'a pas été annulée et continue à produire ses effets.

35 La dernière Décision de la CEDH à laquelle je souhaite faire référence,  
36 c'est la Décision *Broniowski contre Pologne* du 22 juin 2004 où il a été décidé que,  
37 même si le refus d'indemnisation –indemnisation dans le cadre de la perte de territoire  
38 par des Polonais à la suite de l'occupation de la Pologne en 1939- était déjà  
39 consommé avant l'entrée en vigueur de la Convention vis-à-vis de la Pologne, la Cour  
40 a considéré que l'impossibilité dans laquelle était la requérante de voir exécuter son  
41 droit à indemnisation, constituait une violation continue de la part de la Pologne, et la  
42 CEDH a donc reconnu sa compétence.

1           C'est pourquoi nous considérons que cette jurisprudence, ainsi que les  
2 fondements sur lesquels elle repose, notamment l'article 14 relatif à la responsabilité  
3 des Etats, permettent d'alléguer qu'en l'espèce, nous sommes en face d'une violation  
4 continue par le Chili qui a privé M. Pey et la Fondation de son droit de jouissance et  
5 de sa propriété et cette privation s'est prolongée après l'entrée en vigueur du Traité.

6           En conclusion, à titre principal, la controverse et rien que la controverse  
7 est postérieure à l'entrée en vigueur du Traité.

8           De manière subsidiaire, nous sommes en présence d'un acte composite  
9 illicite ou d'un acte continu illicite.

10           Là encore, j'attire votre attention sur le fait que nous considérons, en tout  
11 état de cause, que le refus d'indemnisation de novembre 1995 constitue un fait illicite  
12 de l'Etat, en soi, postérieur à l'entrée en vigueur du Traité.

13           Je vous remercie.

14           **M. le Président.** – Je vous remercie, Maître. Docteur Garcès, voulez-vous  
15 nous dire quelque chose à propos de la question n° 5 ?

16           **Clause de la nation la plus favorisée**

17           **5) Le Tribunal arbitral invite les parties à préciser les conséquences qu'elles  
18           souhaitent, le cas échéant, voir le Tribunal tirer de la Clause de la nation la  
19           plus favorisée figurant au Traité bilatéral.**

20           **Dr J. E. Garcès.** – Merci, monsieur le Président. En effet, la réponse très  
21 brève de la partie adverse, ce matin, sur la question n° 5 va m'inciter, moi aussi, à être  
22 bref.

23           Nous avons invoqué, à titre subsidiaire, la Clause de la nation la plus  
24 favorisée en rapport avec la demande complémentaire déposée le 4 novembre  
25 2002 relative à la valeur de la restitution des Presses Goss et le choix du For. Vous  
26 vous rappellerez qu'en octobre 1995 une demande en restitution des Presses Goss a  
27 été formulée auprès d'une Cour civile de justice du Chili. Cette restitution avait été  
28 exclue de la requête d'arbitrage du 7 novembre 1997, mais pas l'indemnisation pour le  
29 manque à gagner qui n'avait pas été demandé au tribunal chilien.

30           Or, de 1995 à 2002, aucune décision en première instance n'a été adoptée  
31 au Chili par rapport à cette demande. Le 4 novembre 2002, les demanderesses ont  
32 dénoncé les faits constitutifs d'un déni de justice au Chili à l'égard de cette demande.  
33 Elles ont alors formulé la demande complémentaire concernant la valeur de restitution  
34 *stricto sensu* de cette dernière ou sa valeur de remplacement. Pour autant, compte tenu  
35 du déni de justice que l'on a évoqué dans cette demande complémentaire, nous avons  
36 dit que la défenderesse ne pouvait pas invoquer la Clause *fork in the road* de  
37 l'article 10 de l'API Espagne – Chili pour exclure la compétence du Tribunal arbitral.

38           Depuis lors, la thèse que nous avons soutenue a été confirmée par une  
39 sentence arbitrale : *SGS contre Philippines* du 24 janvier 2004, en particulier par le  
40 vote concurrentiel de l'un des membres de la Cour d'arbitrage. Et tout

1 particulièrement, dans un livre récent que nous avons étudié en préparation de cette  
2 séance, le livre de Jan Paulsson *Denial of justice in international law* publié l'année  
3 dernière par Cambridge University Press.

4 Il faut que je vous avoue qu'en lisant ce livre, je me suis retrouvé dans  
5 l'argumentaire de Paulsson par rapport à cette affaire, car le point central qui nous  
6 intéresse ici, dans cette étude, c'est celui de savoir à quel point on peut considérer  
7 comme un « déni de justice » le fait qu'un Etat répudie les droits d'un étranger à  
8 accéder à un arbitrage qu'il a reconnu dans un Traité international.

9 Dans son étude, Jan Paulsson reprend les analyses du juge Schwebel en  
10 1987 sous l'intitulé «*Denial of Justice by governmental negation of arbitration*»,  
11 publiées dans *International Arbitration : Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius,  
12 1987.

13 En particulier, à la page 145 de l'étude de J. Paulsson, il cite le  
14 juge Visscher qui dit ceci (*citation*) : «*Lorsqu'un Tribunal décline sa juridiction,  
alors qu'il n'y a aucune autre voie ouverte au demandeur, on peut se trouver face à un  
déni de justice.* »

17 En réalité, je crois que c'est le cas en ce moment et c'est pourquoi nous  
18 disons que la Clause de la nation la plus favorisée, en ce qui concerne la *fork in the  
road*, nous l'invoquons à titre subsidiaire. Pourquoi ? Parce que le déni de justice nous  
19 épargne cette nécessité. D'ailleurs, c'est la thèse qui est réaffirmée par Paulsson,  
20 lorsqu'il dit expressément que (*citation*) : «*La 'fork in the road' est incompatible avec  
le déni de justice car, dit-il, dès lors qu'on a soumis un différend au Tribunal interne  
et que le déni de justice est intervenu en cours de procédure, c'est-à-dire lorsque  
l'arbitrage est déjà engagé, au moment initial du recours interne, on ne pouvait pas  
prévoir que ce déni de justice allait intervenir.* » S'il intervient, in fine, ce fait illicite  
21 permet de porter la requête à la connaissance du Tribunal international. En l'espèce, le  
22 Chili a commis un acte de déni de justice, d'un côté, par le délai extraordinaire à  
23 établir une vraie solution.

29 A l'heure où nous parlons, nous nous situons plus de dix ans après la  
30 requête originale et, à ce jour, il n'y a pas eu de résolution en première instance. Le  
31 délai de résolution d'un différend porté à la connaissance des Cours est en soit un  
32 motif de déni de justice si ce délai est irraisonnable. Cet argument est développé en  
33 page 177 par J. Paulsson. Il parle également d'un autre élément constitutif de déni de  
34 justice, à savoir la *gross incompetence of the court* que l'on pourrait traduire comme  
35 impéritie manifeste car un Etat a l'obligation de nommer des juges qui soient capables  
36 de dire le droit. Or, l'Etat du Chili dans la présente procédure a commis des actes qui  
37 constituent un déni de justice, non seulement par rapport à la demande interne de  
38 1995, mais aussi pour l'ensemble de la réclamation de 100 % des droits que la  
39 Fondation a porté à la connaissance du Tribunal, pour 90 %, ainsi que M. Pey  
40 pour 10 %.

41 Je vais faire un bref récapitulatif pour vous montrer le tableau de ce déni  
42 de justice sous le concept de répudiation du droit d'accès au Tribunal arbitral qui est  
43 tout à fait différent de l'opposition légitime que la demanderesse peut faire des  
44 exceptions des compétence prévues dans le règlement et dans la Convention de

1 Washington. Je parle non pas de cela, mais de la répudiation du déni à accéder à  
2 l'arbitrage international.

3 La première manifestation est intervenue en 1997, avant que la requête  
4 n'ait été enregistrée par M. Shihata, le secrétaire du CIRDI à l'époque, lorsque le  
5 ministre de l'Economie du gouvernement chilien s'est rendu exprès à Washington  
6 pour une rencontre *ex parte* en vue d'exiger du secrétaire général de CIRDI qu'il  
7 n'enregistre, sous aucun prétexte, la requête de la Fondation et de M. Pey. Nous  
8 n'avons appris cette visite et cette rencontre *ex parte* que très tardivement, seulement  
9 le 2 février 1999, lors de la séance de constitution du Tribunal arbitral, lorsque la  
10 Délégation du Chili a lu une lettre où il est fait état de cette visite.

11 Bien entendu, M. Shihata n'a pas accepté cette intervention, il a enregistré  
12 la requête. Tout de suite après, le Chili a nommé comme arbitre M. Witker, dont j'ai  
13 parlé tout à l'heure. Cet arbitre s'est prêté à produire un curriculum vitae sur lequel  
14 étaient occultés son lieu de naissance -à savoir que son pays de naissance était  
15 justement le Chili- et le fait qu'il était fils de parents chiliens. Cette nomination de  
16 M. Wilker était accompagnée de la proposition, comme président du Tribunal, d'un  
17 ressortissant chilien. Autrement dit, le Chili souhaitait contrôler le Tribunal par deux  
18 membres chiliens : le président, reconnu chilien, et M. Witker en tant qu'arbitre dont  
19 la nationalité était occultée. Lorsque nous avons indiqué que M. Witker était né au  
20 Chili, le Chili a gardé le silence pendant des jours et des jours, jusqu'à la date où nous  
21 avons produit la preuve que M. Witker était bien né au Chili.

22 En 1998, en remplacement de M. Witker, le Chili a nommé M. Leoro  
23 Franco dont l'impéritie manifeste a été démontrée dans la présente procédure.

24 En août 1998, le gouvernement espagnol a reçu la demande du chef de la  
25 Délégation chilienne auprès de la présente procédure pour modifier le contenu du  
26 Traité bilatéral des articles que nous citions dans notre requête, justement pour  
27 provoquer la déclaration d'incompétence du Tribunal arbitral.

28 En 1999, bien des mois après que le Registre de l'état-Civil chilien ait  
29 enregistré M. Pey comme étant étranger, il a été ordonné de biffer, par ordre du  
30 ministre de l'Intérieur, dans ce même Registre de l'état-Civil, l'inscription qualifiant  
31 M. Pey d'étranger. Or, d'après la loi chilienne, aucune inscription portant sur la  
32 nationalité ne peut être modifiée si ce n'est avec le consentement de l'intéressé ou par  
33 un arrêt de justice, ce qui se comprend aisément.

34 Le 28 avril 2000, les demanderesses ont été dépossédées de leur droit de  
35 par la Décision 43 dont vient de parler Mme Malinvaud. Le fait que cette décision ait  
36 été prise le vendredi 28 -alors que le mardi suivant commençait l'audience sur la  
37 compétence- a permis à la Délégation chilienne de traiter, je cite « d'imposteurs » les  
38 parties demanderesses, de « fraudeurs ». On nous a jeté au visage que nous étions des  
39 imposteurs et des fraudeurs et ce non pas une seule fois, mais au moins à une douzaine  
40 de reprises, tel que cela figure dans les transcripts d'audience.

41 Le 5 mai 2000, alors que le président avait déjà clôturé la procédure orale,  
42 ils ont introduit de nouvelles pièces qui contenaient des manifestations erronées, ou

1 délibérément faussées, sur des dimensions concernant la compétence et ce de façon à  
2 pousser le Tribunal à se déclarer incompétent.

3 En août 2002, pour mémoire après qu'en mai 2002 le Tribunal arbitral a  
4 décidé de joindre la question de fond à celle de la compétence, aussitôt après, c'est la  
5 Chambre des députés du Chili qui adopte une résolution visant à approuver que le  
6 Chili, à aucune condition, n'accepterait d'exécuter une Décision du Tribunal arbitral  
7 qui s'avérerait non favorable au Chili. C'est donc le pouvoir législatif, après le  
8 pouvoir exécutif, qui dénie le droit d'accès à l'arbitrage.

9 Le 2 septembre 2005, c'est à nouveau le ministre de l'Economie du Chili  
10 qui se déplace à Washington, pour une réunion *ex parte*, pour interférer dans le travail  
11 du Tribunal arbitral de la manière que le secrétaire général a décrite dans sa lettre du 2  
12 décembre 2005. En interférant de la sorte dans le travail à huis clos du Tribunal  
13 arbitral, le Chili a poursuivi dans cette voie, y compris en 2005 et en 2006 en exigeant,  
14 du présent Tribunal, de soumettre ses travaux internes à la connaissance et à l'examen  
15 de la défenderesse.

16 Entre 1998 et 2003, la défenderesse a gonflé la procédure au moyen de  
17 pièces fausses ou manipulées, ce que nous avons énuméré dans la pièce C.268 sous le  
18 titre *Mémoire concernant la mauvaise foi du Chili tout au long de la procédure*  
19 *arbitrale provoquant sa prolongation et l'augmentation des frais.*

20 Depuis juin 2006, il a essayé de prolonger la procédure et les frais  
21 corrélatifs en demandant la réouverture des procédures, orale et écrite, soit neuf ans  
22 après le dépôt de la requête originale, alors que M. Pey a déjà 92 ans. Si, par malheur,  
23 les lois de la nature interviennent –excusez-moi, monsieur Pey-, la consommation du  
24 déni de la justice serait totale à l'égard d'une personne dont le droit moral a été  
25 maltraité d'une manière systématique depuis 1973, tel que cela a été rappelé ce matin  
26 encore par les représentants du Chili.

27 En résumé, ceci montre l'intervention du pouvoir exécutif, du Contralor  
28 Général de la République en entérinant la Décision 43 du ministre des Biens  
29 nationaux, du pouvoir législatif par la Décision de la Chambre des députés en août  
30 2002 et, enfin, du pouvoir judiciaire également si l'on se réfère aux termes dans  
31 lesquels le Président du Tribunal constitutionnel, en tant que tel –donc le sommet du  
32 pouvoir judiciaire- a pris la parole ce matin. Les pressions qu'exercent, sur la Banque  
33 mondiale, les membres du gouvernement chilien et tous ces actes n'ont qu'un seul but,  
34 un but commun : celui de la dénégation abusive de l'accès à l'arbitrage allant dans le  
35 sens de pousser le Tribunal arbitral vers un déni de justice.

36 Car il faut savoir, monsieur le président, messieurs les arbitres, que le  
37 Tribunal a décidé de ne pas accepter les mesures provisoires à l'égard à la Décision 43  
38 -tel que cela a été rappelé ce matin- en considérant que cette décision n'avait pas  
39 *l'effet de res judicata*, de chose jugée.

40 Mais attention, cette décision, ainsi que celle qui a suivi au Chili et, tout  
41 particulièrement, son entérinement par le Contrôleur général de la République, le refus  
42 par la Chambre d'appel en fonction de contrôle constitutionnel et par la Cour suprême  
43 des requêtes déposées par M. Pey au titre des Presses Goss, qui font partie des

1 annexes de la demande complémentaire, sont autant d'éléments tendant à démontrer  
2 qu'à l'intérieur du Chili, la *res judicata* ou, si vous voulez, l'immutabilité de la  
3 dénégation des droits à la réparation de M. Pey est consommée. Cela a été encore  
4 rappelé, ce matin, par le représentant du gouvernement chilien dans ses paroles  
5 introductives.

6 Bien entendu, la *res judicata* ne joue pas à l'égard du Tribunal  
7 international et vous l'avez écrit. Mais, si par malheur, le Tribunal décidaient de se  
8 déclarer incomptént, sachez que se produirait alors la situation que décrivait  
9 de Visscher dans la citation que j'évoquais précédemment, et serait alors consommé  
10 ce que le juge Schwebel écrivait, en 2003, dans son article '*Injunction of Arbitral  
Proceeding and Truncation of the Tribunal*' lorsqu'il disait, je cite (*citation*) :

12        *"In classical international law, a State denies justice when its courts are  
13 closed to foreign nationals or render judgements against foreign nationals that are  
14 arbitrary. In modern international law, a State denies justice no less when it refuses  
15 or fails to arbitrate whit a foreign national when it is legally bound to do so, or when  
16 it, whether by executive, legislative or judicial action, frustrates or endeavours to  
17 frustrate international arbitral processes in wich it is bound to participate. These  
18 cases are of exceptional importance in recognizing and applying this cardinal  
19 principle."*

20        Telle est la situation qui se crée

21        Eu égard à la Clause de la nation la plus favorisée, au cas où ce que nous  
22 avons soutenu dans la demande complémentaire -que je viens de rappeler à l'instant-  
23 ne serait accepté, à titre subsidiaire, nous avons invoqué la clause NPF de l'accord  
24 Espagne-Chili en rapport avec d'autres Traités et, en particulier, avec la Suisse (pièce  
25 C215), avec la Belgique, l'Allemagne, la Pologne, l'Autriche et même avec les Pays-  
26 Bas. Tous ont des Traités en vigueur, soit six Traités en vigueur où le Chili accepte le  
27 *fork in the road*. L'Espagne, elle aussi, l'a accepté dans ses Traités API en vigueur  
28 avec le Costa Rica, avec la Turquie et l'Uruguay.

29        Par conséquent, comme l'évoquait le Pr Gaillard dans son commentaire en  
30 2005, si la jurisprudence arbitrale récente admet, par un courant majoritaire, que  
31 (*citation*) : « *en l'absence d'exclusion spécifique, la Clause de la nation la plus  
32 favorisée pourra s'appliquer à la question du règlement des différends, le débat se  
33 déplace aujourd'hui du terrain des principes à celui de l'application concrète de la  
34 Clause au règlement des différends* », nous trouvons que, dans l'API Espagne-Chili, la  
35 rédaction de la Clause est telle que les seules matières exclues de l'application de la  
36 Clause de la nation la plus favorisée sont celles concernant le libre-échange, l'union  
37 douanière ou le marché commun. Dès lors, il n'y a pas d'exclusion de la résolution de  
38 la procédure.

39        Bien sûr, il nous a été rappelé que l'Affaire *Maffezini* dit que l'ordre  
40 public, dans le cas de l'API entre le Chili et l'Argentine, et la *fork in the road* relèvent  
41 de l'ordre public et que ceci irait à l'encontre de l'ordre public chilien. Pour ma part,  
42 je ne suis pas tellement convaincu qu'il faille reprendre cette Décision *Maffezini*  
43 comme la dernière parole.

Pourquoi ? Tout d'abord, parce que l'ordre public –d'autres sentences l'ont dit déjà- est un concept dont les limites ne sont pas très claires et, dès lors, l'application des critères relatifs à l'Affaire Maffezini est difficile, ne serait-ce que par elle-même.

5                   Ensuite, comme indiqué dans la sentence *Telenor*, une exclusion de la  
6 Clause *fork in the road*, par le truchement de la Clause de la nation la plus favorisée,  
7 ne va pas à l'encontre de l'ordre public lorsque cet Etat a accepté ce fait dans plusieurs  
8 Traités. Or, le Chili l'a accepté, comme je viens de vous l'indiquer, dans cinq Traité  
9 API.

10 La conclusion à laquelle arrive le Pr Gaillard est confirmée par la  
11 jurisprudence et la sentence et, même les trois cas que nous avons révélés, les trois  
12 sentences qui sembleraient dire le contraire, en réalité, viennent confirmer cette  
13 conclusion. C'est le cas de *Plama contre la Bulgarie*, le cas *Salini contre la Jordanie*  
14 et le cas *Telenor contre la Hongrie*. Dans ces trois cas, l'application de la Clause de la  
15 nation la plus favorisée a été refusée pour résoudre un différend.

Dans le cas de Plama, le Tribunal, dans le cadre d'une Décision du 8 février 2005, a eu affaire à un Traité bilatéral API qui excluait explicitement le règlement des différends par voie d'arbitrage CIRDI, ce qui n'est pas le cas ici. Ensuite, cette affaire trouvait son fondement dans le Traité sur la Charte de l'énergie.

Les quatre raisons pour lesquelles les critères de Plama ne peuvent être appliqués dans l'interprétation de l'API Espagne-Chili, ont été exposées en substance dans la sentence de *l'Affaire Suez Aguas de Barcelona contre l'Argentine*, la Décision de 16 mai 2006 dont le résumé est le suivant et qui peut s'appliquer parfaitement au Traité Espagne-Chili. Le Tribunal, dans cette affaire, constate que (*citation*) :

“The Plama tribunal was guided by the actual intent of the contracting States. Indeed, subsequent negotiations between Bulgaria and Cyprus showed the “two Contracting Parties to the BIT themselves did not consider that the MFN provision extends to the dispute settlement provisions in other BITs.”

Cette condition, dont il est question là, n'est pas présente dans le Traité Espagne-Chili.

32 Deuxièmement, la sentence dit (*citation*) :

33           “Third, as a further distinguishing factor, one may refer to the effect of the  
34        MFN provision. In *Plama*, the Claimant attempted to replace the dispute settlement  
35        provisions in the applicable Bulgaria-Cyprus BIT *in toto* by a dispute resolution  
36        mechanism “incorporated” from another treaty.”

38 Ce n'est pas le cas non plus.

39 Troisièmement, je poursuis le même arrêt (*citation*) :

40           “*The Plama tribunal also stated, in its reasons, that an arbitration*  
41 *agreement must be clear and unambiguous, especially where it is incorporated by*

1 reference to another text. This Tribunal does not share this statement. As stated above,  
2 it believes that dispute resolution provisions are subject to interpretation like any  
3 other provisions of a treaty, neither more restrictive nor more liberal.”

4 Il s'agit des paragraphes 63 et 64 de la sentence de *Suez contre l'Argentine*  
5 selon la Décision du 16 mai 2006.

6 Dans l'Affaire *Salini contre la Jordanie*, le 29 novembre 2004, le Tribunal  
7 étant formé par le juge Guillaume, le Dr Cremades et M. Sinclair, une requête fondée  
8 sur un contrat, où le Tribunal se déclare non compétent, et sur un Traité, où le  
9 Tribunal se déclare compétent, le *fork in the road* et la Clause NPF sont régis par la  
10 convention passée entre l'investisseur et l'Etat et non par la Clause NPF d'un Traité  
11 bilatéral d'investissement.

12 Ensuite, le Tribunal remarque que les demandeurs n'ont cité aucune  
13 pratique des -États parties à cet API à l'appui de leurs prétentions, contrairement à ce  
14 qu'ont fait, dans le présent arbitrage, les parties demanderesses (cinq API signés par le  
15 Chili).

16 Finalement, toujours dans cette sentence *Salini*, au paragraphe 118, le  
17 Tribunal note que (*citation*) :

18 “...the intention as expressed in Article 9(2) of the BIT was to exclude  
19 from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and an entity of a  
20 State Party in order that such disputes might be settled in accordance with the  
21 procedures set forth in the investment agreements. Lastly, the claimants have not  
22 cited any practice in Jordan or Italy in support of their claims.”

23 Voilà encore une raison en faveur de la thèse que nous soutenons.

24 Quant à la troisième sentence, celle de *Telenor contre Hongrie*, du  
25 13 septembre 2006, il s'agit d'un contract-claim où l'article 11 de l'API avec la  
26 Norvège réduit la compétence du Tribunal arbitral à la seule question de  
27 l'expropriation. Au paragraphe 95, la sentence note (*citation*) :

28 “Fourthly, of particular relevance is the practice of the States parties to  
29 the BIT in the formulation of their dispute resolution clauses in BITs with other States.  
30 (...) But what has to be applied is not some abstract principle of investment protection  
31 in favour of a putative investor who is not a party to the BIT and who at the time of its  
32 conclusion is not even known, but the intention of the States who are the contracting  
33 parties. (...) There are BITs entered into by a State which provide for reference to  
34 arbitration of all disputes, and others entered into by the same State that limit consent  
35 to arbitration to specified categories of dispute, such as expropriation.”

36  
37 C'était le cas de l'Affaire *Telenor*, ce qui ne s'applique pas non plus dans  
38 notre arbitrage.

39 Egalement à l'appui de notre interprétation, je cite l'arrêt *UNCITRAL*  
40 *National Grid contre l'Argentine* du 20 juin 2006. Le Tribunal réplique, à Salini et  
41 Plama, avec des arguments qui sont valables dans la présente affaire, aussi bien pour

1 la requête principale que pour la requête complémentaire de 2002, en particulier, et la  
2 Clause *fork in the road* de l'article 10 de l'API Espagne-Chili. Au paragraphe 82 de  
3 *National Grid*, le Tribunal note (*citation*) :

4 “*The Tribunal observes that the MFN clause does not expressly refer to*  
5 *dispute resolution or for that matter to any other standard of treatment provided for*  
6 *specifically in the Treaty.*”

7 Voilà, monsieur le président du Tribunal, les raisons pour lesquelles nous  
8 avons invoqué, à titre subsidiaire, la Clause de la nation la plus favorisée.

9 **M. le Président.** – Je vous remercie, maître Garcès, provisoirement car je  
10 vous remercierai encore. J'aimerais maintenant donner la parole au Professeur Gaillard  
11 qui a une question de clarification à poser, sans préjudice des questions que le  
12 Tribunal se réserve de poser aux deux parties, demain.

13 **QUESTIONS POSEES PAR LE TRIBUNAL**

14 **M. E. Gaillard.** – Merci, monsieur le président. En effet, c'est une  
15 question de clarification et c'est la raison pour laquelle je pense plus opportun de la  
16 poser ce soir de façon que les deux parties puissent réfléchir sur le sens de notre  
17 question n° 5.

18 Bien entendu, nous avons lu, avec la plus grande attention, l'intégralité des  
19 écritures, y compris les transcripts des audiences précédentes orales et avons noté que  
20 la Clause de la nation la plus favorisée a été évoquée dans les discussions à divers  
21 endroits. Le sens de la question était de savoir, en dehors d'une invocation  
22 surabondante qui peut être faite ici et là, quels sont les effets juridiques à proprement  
23 parler que vous essayez d'en tirer ?

24 Aujourd'hui, vous nous avez répondu que vous essayiez finalement, à titre  
25 subsidiaire –et tout cela vient de manière très subsidiaire dans votre raisonnement–  
26 d'écartez la limitation tirée de la *fork in the road* puisque celle-ci n'existe pas dans  
27 d'autres Traités qui disent qu'au bout de 18 mois de tentatives infructueuses devant les  
28 juridictions, par exemple, on peut aller devant le Tribunal arbitral ou des formules de  
29 ce genre.

30 Il y a là deux questions de clarification. La première est de savoir s'il s'agit  
31 de la seule conséquence juridique, de technique juridique, où vous avez besoin de cet  
32 élément dans votre raisonnement, où vous invoquez la *fork in the road*, ou y en a-t-il  
33 d'autres ? C'est pourquoi je pose la question ce soir aux deux parties, mais surtout à la  
34 partie demanderesse : est-ce que c'est là-dessus que vous avez besoin de la *fork in the*  
35 *road* ou est-ce que vous l'invoquez-vous également pour d'autres choses ? Si vous  
36 relisez la question, celle-ci était (*citation*) : « *Le Tribunal arbitral invite les parties à*  
37 *préciser les conséquences qu'elles souhaitent, le cas échéant, voir le Tribunal tirer de*  
38 *la Clause de la nation la plus favorisée figurant au Traité bilatéral* ». Vous en avez  
39 citée une, y en a-t-il d'autres ? Ceci permettra, le cas échéant, à la partie défenderesse  
40 de répondre.

La seconde question, liée à la première –et là encore, il vaut mieux la poser ce soir- porte sur votre argument du déni de justice mais vous n'êtes pas obligés de répondre tout de suite. J'ai bien observé que la partie demanderesse, à titre principal essentiellement, vise l'article du Traité concernant l'expropriation, la nationalisation illicite (article 5). Lorsque vous invoquez les violations du droit international ou les violations du Traité, est-ce que vous vous réferez également à d'autres dispositions de fond du Traité, les dispositions sur la compétence et sur le mécanisme du règlement des différends mis à part, notamment sur l'article 4 sur lequel vous avez été beaucoup plus discrets, dans vos écritures en tout cas ?

10 Aujourd’hui, j’observe que vous invoquez le déni de justice. La question  
11 du déni de justice, quelle est sa source juridique dans le Traité ? Voilà la question que  
12 je vous pose. Bien sûr, je la pose aux deux parties mais dès lors qu’il s’agit d’une  
13 question de clarification des demandes, c’est plutôt à la partie demanderesse que je  
14 m’adresse, quitte à ce que la partie défenderesse réponde également.

15                   **M. le Président.** – Entendu. Comme l'a très bien dit le Professeur  
16 Gaillard, nous n'attendons pas une réponse immédiate et celle-ci s'insérera  
17 parfaitement dans l'exposé de réplique et duplique qui aura lieu demain. J'avais cru  
18 comprendre Me Goodman comme ayant l'intention de répondre demain à la question  
19 n° 5. C'est bien le cas ?

20                           **M. R. Goodman.** – Oui, monsieur le président.

21                   **M. le Président.** – Très bien. C'est maintenant l'occasion, au nom du  
22 Tribunal arbitral, de remercier les deux parties pour des exposés extrêmement  
23 intéressants, je crois pouvoir le dire d'ores et déjà. J'ajoute que nous envisageons, ce  
24 que vous savez déjà d'ailleurs, de consacrer la matinée de demain à une réplique et  
25 une duplique, j'allais dire à une brève réplique et une brève duplique qui, dans l'esprit  
26 du Tribunal, ne devraient pas dépasser une heure et demie au maximum pour chacune  
27 des parties, étant entendu qu'elles peuvent ne pas s'étendre jusque là. Puis, à l'issue de  
28 cette réplique et cette duplique, le Tribunal arbitral se réserve bien entendu, compte  
29 tenu de ce que nous venons d'entendre et de ce que nous entendrons demain matin, de  
30 poser quelques questions complémentaires de clarification ou d'autres.

31 Voilà ce que je tenais à dire. Nous aurons également l'occasion de préciser  
32 et de résoudre la question de l'échange des documents et pièces qui ont été  
33 mentionnés.

34                   Encore une fois, je remercie les deux parties. Il me semble, en tout cas à  
35 titre personnel, mais je crois aussi au nom de mes collègues, que les questions posées  
36 méritaient de l'être et qu'elles nous ont éclairés passablement sur un certain nombre  
37 de points de cette importante affaire.

38 Je vous remercie. Nous reprendrons, si vous le voulez bien, à  
39 9 heures demain matin. L'audience est levée.

*L'audience est suspendue à 18 heures 43.*

41