

91. Il suffira, sans passer en revue l'ensemble de la jurisprudence de la Cour internationale, de mentionner enfin que dans l'affaire de la Barcelona Traction Light Power Company (arrêt du 24 juillet 1964), la Cour Internationale examine elle-même la jurisprudence de la Cour permanente et la sienne propre, notamment dans l'affaire de Certains emprunts norvégiens (C.I.J. Recueil 1956, page 74) et dans l'affaire du Droit de passage sur Territoire indien (C.I.J. Recueil 1957, page 150-152).

Cet arrêt contient une analyse particulièrement approfondie des problèmes procéduraux posés par les exceptions préliminaires à la compétence et des motifs pouvant soit justifier, soit imposer la jonction de ces exceptions au fond. On y lit notamment que :

*« la protection des droits de l'État défendeur est un des éléments essentiels de la « bonne administration de la justice » » et que « c'est dans l'intérêt du Défendeur que le Règlement de la Cour contient un article 62 qui autorise la présentation d'exception préliminaire », mais il est dit aussi que « L'attitude de l'État défendeur n'est cependant que l'un des éléments que la Cour peut prendre en considération » dès lors que le Règlement (article 62) prévoit simplement que la Cour « statue sur l'exception ou la joint au fond » (page 43).*

D'autre part , l'arrêt observe que la jonction ne sera décidée que *« pour des motifs sérieux »* dès lors *« que l'objet d'une exception préliminaire est d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond. D'un autre côté, une jonction au fond ne signifie nullement que l'exception ait été perdue de vue. D'ailleurs, dans l'affaire relative à Certains emprunts norvégiens, où les exceptions avaient été jointes au fond, la Cour a retenu au stade du fond une exception d'incompétence et ne s'est donc pas prononcée sur le fond du différend. »*

92. On citera enfin les considérants du même arrêt de la Barcelona Traction (page 46) sur le fait que :

*« la troisième exception comporte un tel enchevêtrement de questions de droit, de fait et de qualité pour agir que la Cour ne saurait se prononcer sur cette exception au présent stade avec la pleine assurance d'être en possession de tous les éléments pouvant avoir de l'importance pour sa décision. Les Parties ont implicitement reconnu qu'il en est ainsi, dans la mesure où, même au présent stade, elles ont abordé des points de fond dans les écritures et les plaidoiries... »*

93. Et la Cour de préciser que, à son avis, elle *« n'a pas à indiquer sur quels points particuliers elle considère que les questions de fait ou de droit relatives à la troisième exception pourraient être éclaircies par un examen au fond ; elle n'a pas non plus à indiquer pourquoi ces questions pourraient être éclaircies par un tel examen »*. Elle se contente de justifier sa décision de jonction de l'exception au fond par le motif que *« la procédure sur le fond...mettra la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause »* ainsi que par le motif, emprunté à l'affaire Pajsz - Csaky - Esterhazy existent *« des rapports trop étroits et une connexité trop intime »* entre les questions soulevées par les exceptions et les questions de fond *« pour que la Cour puisse statuer sur les unes et éviter de se prononcer sur les autres »*.

94. Il y a lieu d'ajouter à cette revue de la jurisprudence des deux Cours internationales de La Haye une référence à deux décisions postérieures à la révision du Règlement de 1972, laquelle, on l'a vu, ne mentionne plus la faculté de joindre l'exception au fond. Dans l'arrêt du 26 novembre 1984 prononcé entre le Nicaragua et les États-Unis (Recueil CIJ 1984, p. 425-426, para. 76) la Cour a constaté qu'une objection soulevée par les États-Unis soulevait *« une question qui touche des points de substance relevant du fond de l'affaire »*. Elle a conclu, puisqu'il ne lui était *« plus possible d'ordonner la jonction des questions préliminaires au fond depuis la révision du Règlement de 1972 »*, qu'elle n'avait d'autre choix que d'appliquer l'article 79 paragraphe 7 (actuellement paragraphe 9) de son Règlement actuel et de déclarer que l'objection ... *« n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire »*. De même, dans son arrêt du 27 juin 1986, entre les mêmes Parties (Affaire des Activités militaires et

paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Recueil CIJ, 1986, page 29), la Cour Internationale de Justice a passé en revue la pratique précédente et les problèmes posés par les exceptions préliminaires, lesquelles « *peuvent , comme l'expérience l'a montré, se rattacher jusqu'à un certain point au fond* » et l'arrêt commente ainsi la nouvelle disposition ( de l'article 79 paragraphe 7 du Règlement de 1978) :

*« en qualifiant certaines exceptions de préliminaires, elle [la nouvelle disposition de l'article 79] montre bien que, lorsqu'elles présentent exclusivement ce caractère, les exceptions doivent être tranchées sans délai, mais que, dans le cas contraire, et notamment lorsque ce caractère n'est pas exclusif puisqu'elle comporte à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devront être réglées au stade du fond.»*

95. Bien que le Règlement de la Cour internationale de justice, dans l'une ou l'autre de ses versions successives, soit évidemment sans portée dans un litige soumis à un tribunal arbitral du CIRDI, il est intéressant toutefois d'observer - dès lors que l'article 41 de la Convention est indiscutablement fondé, ainsi qu'on l'a vu, sur la pratique internationale et notamment celle des deux Cours de La Haye - la très grande analogie, voire l'identité des motifs qui ont pu conduire la Cour à décider soit la jonction au fond, soit aussi (après la modification de son Règlement) qu'une exception n'avait pas un caractère « exclusivement préliminaire » (voir à ce sujet, en particulier, le commentaire déjà cité de Shabtai Rosenne, 3ème Édition vol.II, page 925 ss.).

96. Quant à la doctrine du droit international, dans l'ensemble, elle s'accorde à approuver la pratique judiciaire ou arbitrale sur la faculté pour le tribunal, soit d'admettre ou de rejeter d'emblée une exception préliminaire, soit de joindre cette dernière au fond. Ainsi que l'écrit le juge Charles De Visscher (« Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice », Paris 1966, page 106) :

« la jonction des exceptions au fond est, dans une large mesure, une question d'espèce. La nécessité ou l'opportunité de l'ordonner dépend du lien que le Juge international perçoit entre l'exception et le fond ». Sans reprendre ici l'analyse que fait le savant auteur de la jurisprudence de la Cour, en particulier de l'affaire de la Barcelona Traction, il peut être utile à l'application, qui suivra, de l'article 41 de la Convention de citer quelques unes de ses observations. Il note par exemple que « l'intérêt du défendeur qui soulève l'exception n'est pas toujours d'empêcher seulement que l'affaire soit jugée. Il peut être légitimement intéressé à ce qu'elle ne soit pas discutée devant la Cour et, par conséquent, à obtenir in limine litis une décision qui retienne l'exception et mette un point final à l'instance » (page 107). Ch. De Visscher note aussi (page 108) que « la conception à la fois trop rigide et trop restrictive de la jonction au fond qui fut développée à la barre au nom du Gouvernement espagnol ne se concilie pas avec la souplesse que doit garder une décision qui, en dernière analyse, dépend dans chaque espèce des exigences d'une bonne administration de la justice ».

97. Dans un sens analogue, Sir Hersch Lauterpacht (« The Development of International Law by the International Court », London 1958, page 113), après avoir souligné l'attitude de prudence en matière de compétence dont témoigne la fréquence de la jonction des exceptions au fond, souligne d'autre part que :

« the reasons of caution which counsel the occasional joinder of preliminary objections to the merits may, in turn, be mitigated by other considerations. A defendant Government which pleads to the jurisdiction of the Court ought not, without good reasons and without its consent, to be expected to submit to the effort, expense and uncertainty of engaging in proceedings on the merits." (page 114).

Ces considérations, évoquées déjà à propos de l'intérêt de l'État qui soulève l'exception d'incompétence, méritent d'être présentes à l'esprit du Tribunal arbitral dans la présente espèce.

98. Il n'en résulte pas pour autant que la méthode de la jonction au fond expressément prévue par l'article 41 de la Convention (comme par l'ancien Règlement ou la pratique tant des Cours internationales que de l'Arbitrage commercial international), doive être considérée comme « exceptionnelle » ainsi qu'on a cru parfois, mais à tort (voir par exemple Jack Lang, « La Jonction au Fond des Exceptions Préliminaires devant la C.P.I.J. et la C.I.J. », Journal Clunet, 1968, page 7 ; G. Abi-Saab, « les Exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Internationale », Paris, 1967, page 198 ; Fouad Ammoun, « La Jonction des Exceptions Préliminaires au fond en Droit International Public », in « Studi in honore di Gaetano Morelli », Milan 1975, page 17, page 39, qui à l'instar du Juge Armand-Ugon (Opinion dissidente, Barcelona Traction (page 116-163)), subordonne la jonction « à la condition qu'il soit impossible (sic) de trancher l'exception sans trancher le fond »).

99. En réalité, comme suffirait à le montrer le nombre des cas dans lesquels une exception d'incompétence a été jointe au fond, ni la pratique, ni du reste le texte même de l'article 41 de la Convention ne permettent de considérer que cette décision de procédure aurait un caractère « exceptionnel ». C'est ce que démontre par exemple l'analyse d'un commentateur particulièrement averti, Sh. Rosenne (op. cit., page 922, ss, page 924 et passim ; voir aussi Étienne Grisel, « les Exceptions d'Incompétence et d'Irrecevabilité dans la Procédure de la Cour Internationale de Justice », Neuchâtel, 1968, page 181-182, qui conclut :

*« ...il n'est pas exact en fait de qualifier la jonction de « procédure exceptionnelle ». La Cour y a recouru dans sept affaires sur trente-trois, pour dix sept exceptions préliminaires...on a vu que, d'après la jurisprudence, il y a quatre raisons distinctes dont chacune suffit à justifier la jonction...La jonction est souvent une solution élégante et pratique, notamment quand une exception se rattache à la compétence, ou à la recevabilité, mais ne peut pas être tranchée au stade préliminaire pour un motif quelconque ; cette décision permet de tenir compte des deux aspects de la situation en différant le*

*jugement sur le moyen mais en permettant également qu'à l'issue du procès soit rendu, le cas échéant, un arrêt d'incompétence ou d'irrecevabilité... »*

100. Par ailleurs la Cour fait dorénavant un effort pour expliquer davantage pourquoi elle renvoie l'examen de l'exception au fond, mais en se gardant bien de donner des directives ou des orientations aux Parties quant aux points concernant l'exception et méritant des éclaircissements au stade du fond.

Voici, en conséquence, la trame du schéma général du raisonnement de la Cour, tel qu'il apparaît dans l'arrêt Lockerbie, dans lequel les Etats-Unis et le Royaume-Uni avaient soulevé, entre autres exceptions, une objection selon laquelle il n'y aurait plus lieu à statuer sur les demandes libyennes car elles auraient été privées de tout objet à la suite des résolutions à caractère obligatoire prises par le Conseil de sécurité :

*« Il ne fait... aucun doute pour la Cour que les droits de la Libye au fond seraient non seulement touchés par une décision de non-lieu rendue à ce stade de la procédure, mais constitueraient, à maints égards, l'objet même de cette décision. L'exception soulevée par les Etats-Unis sur ce point a le caractère d'une défense au fond. De l'avis de la Cour, cette exception fait bien plus qu' 'effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire... '*

*La Cour relèvera d'ailleurs que les Etats Unis ont eux-mêmes abordé de nombreux problèmes de fond dans leurs écritures et leurs plaidoiries à ce stade et qu'ils ont souligné que ces problèmes avaient fait l'objet de débats exhaustifs devant la Cour ; ce Gouvernement a ainsi implicitement reconnu l'existence entre l'exception soulevée et le fond du litige d'une 'connexité...intime '...*

*Si la Cour devait statuer sur cette exception, elle statuerait donc immanquablement sur le fond, or en invoquant le bénéfice des dispositions de l'article 79 du Règlement, le défendeur (les Etats-Unis) a mis en œuvre une procédure qui vise précisément à empêcher la Cour de ce faire.*

*La Cour conclut de ce qui précède que l'exception des Etats-Unis selon laquelle il n'y aurait plus lieu à statuer sur les demandes libyennes car*

*elles auraient été privées de tout objet (par le Conseil de sécurité) n'a pas un « caractère exclusivement préliminaire » au sens de cet article.*

*50... (L) la Cour pourra connaître de cette exception dans le cadre de son examen de l'affaire au fond » (affaire relative à des questions... résultant de l'incident aérien de Lockerbie, op. cit., arrêt du 27 février 1998, Recueil 1998, page 134, paragraphes 49-50. Même prononcé le même jour pour le cas Libye – Royaume-Uni).*

101. C'est mutatis mutandis un raisonnement assez similaire que la Cour suivit quelques mois plus tard dans son arrêt du 11 juin 1998 rendu dans l'affaire Nigeria-Cameroun. Le Nigeria avait soulevé une « huitième exception préliminaire » selon laquelle la délimitation maritime entre lui et le Cameroun mettrait nécessairement en cause les droits et les intérêts d'Etats tiers (la Guinée équatoriale) au-delà d'un certain point de délimitation en mer.

La Cour a alors jugé qu'elle

*« ne saurait..., en la présente espèce, prendre sa décision sur la huitième exception préliminaire en la considérant simplement comme une question préliminaire. Pour pouvoir déterminer quel serait le tracé d'une frontière maritime prolongée au-delà (d'un certain point), en quel lieu et dans quelle mesure elle se heurterait aux revendications éventuelles d'autres Etats, et comment l'arrêt de la Cour affecterait les droits et intérêts de ces Etats, il serait nécessaire que la Cour examine la demande du Cameroun au fond. En même temps la Cour ne saurait exclure que l'arrêt demandé par le Cameroun puisse avoir sur les droits et intérêts des Etats tiers une incidence telle que la Cour serait empêchée de rendre sa décision en l'absence de ces Etats, auquel cas la huitième exception préliminaire du Nigeria devrait être retenue, tout au moins en partie. La question de savoir si ces Etats tiers décideront d'exercer leurs droits à intervention dans l'instance conformément au Statut reste entière.*

117. La Cour conclut que, par voie de conséquence, la huitième exception préliminaire du Nigeria n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire » (Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, Cameroun c. Nigeria, exceptions

préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, C.I.J. Recueil 1998, page 324, paragraphes 116-117).

102. Enfin il suffira de mentionner que la pratique des tribunaux arbitraux CIRDI, elle aussi, offre non seulement de fréquents exemples de déclinatoire de compétence mais aussi de cas où ces exceptions ont été jointes au fond conformément à l'article 41 de la Convention (voir à ce sujet le commentaire cité de C. Schreuer, page 395 ss. ainsi que « the ICSID Convention : a commentary, Cambridge University Press, page 546. Outre la décision AMCO v. Indonesia, décision du 25 septembre 1983, 1 ICSID Report 390, et les décisions Klöckner v. Cameroon, sentence du 21 octobre 1983, 2 ICSID Report, 13-18, et Atlantic Triton v. Guinea, sentence du 21 avril 1986, 3 ICSID Report, 39). Il y a lieu de citer aussi le raisonnement du Tribunal dans l'affaire SOABI c. Sénégal, décision du 1er août 1984, 2 ICSID Report, 180-189, où les Parties s'étaient référées constamment à des documents dont le contenu « *relate more or less to the actual merits of the case* ».

Le Tribunal arbitral en a déduit que :

*« neither the letter nor the spirit of the various documents put forward by the parties as support for their respective positions on the jurisdiction of the tribunal...could properly be appreciated save after a full consideration of the actual subject matter of the Application...In the result, the Objection to Jurisdiction must be joined to the arguments on the merits, and will be addressed at the same time as the latter. »* (at page 189).

103. Deux autres décisions rendues par des tribunaux arbitraux dans le cadre du CIRDI présentent un intérêt particulier pour la présente espèce, dans la mesure où elles concernent des exceptions d'incompétence fondées sur l'allégation de l'inexistence d'un investissement ou d'une expropriation.

Dans l'affaire Tradex c. Albanie (décision sur la compétence, du 24 décembre 1996, 14 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 161 (1999), cf. C. Schreuer, dans son Commentaire, déjà cité, sur la Convention,

page 547-548 ; ICSID Review vol. 14 n°1 1999, page 161 ss.), la Partie défenderesse, l'Albanie, contestait la compétence du Tribunal arbitral notamment pour les deux motifs suivants, : celui que le Demandeur Tradex n'était pas, selon la loi albanaise applicable, un « investisseur étranger » et que, à supposer l'existence d'un litige entre les parties, il ne concernait pas une « expropriation » au sens de la loi applicable.

Après avoir conclu que la Demanderesse Tradex était bien un « investisseur étranger » au sens de la loi applicable (loi albanaise de 1933), le Tribunal s'est posé la question de savoir si la conduite de la Défenderesse pouvait être considérée comme « une expropriation » au sens de cette même loi ; il a conclu en ces termes :

*« ...the Tribunal feels a further examination of this matter in the context of establishing its jurisdiction according to article 8(2) [of the applicable Albanian law] would be so closely related to the further examination of the merits in this case that this jurisdictional examination should be joined to the merits ».*

Pour ces raisons, le Tribunal, en application de l'article 41(4) deuxième phrase, du Règlement d'arbitrage CIRDI, a décidé :

*« that this objection should be joined to the merits of the dispute, should the Tribunal find that the other objections to jurisdiction raised in this case cannot be accepted and thus this procedure is continued on the merits. »*

104. Dans l'affaire American Manufacturing and Trading Inc. c. République du Zaïre (Sentence du 21 février 1997, Journal Clunet 1998, page 243) le Zaïre soutenait que le Tribunal était incompétent, notamment parce que la Demanderesse AMT, de nationalité américaine, n'avait « *jamais investi directement et en son nom dans la République du Zaïre* ». A son avis, la société AMT était simplement associée à un investissement d'une société Sinza, de nationalité zaïroise, si bien qu'il s'agissait « *d'un différend entre un*

État et un ressortissant de cet État, un tel différend n'étant pas compris dans le champs d'application de la Convention ».

On notera que, dans cette affaire, alors que le Contre-mémoire de la Partie défenderesse avait soulevé plusieurs objections préliminaires contre la compétence du CIRDI et en conséquence celle du Tribunal (Sentence, n°3.09), le Tribunal n'a guère cherché à discuter ou justifier la procédure finalement adoptée et ce sans doute en raison du fait « que le Zaïre a fait défaut, tout en invoquant l'incompétence du CIRDI et du Tribunal » (n°4.08), si bien que le Tribunal arbitral s'est contenté, d'une manière extrêmement sommaire, de déclarer (n°4.09) :

« après avoir soigneusement examiné les différents moyens invoqués par le Zaïre pour amener le Tribunal à se déclarer compétent [sic : pour incompetent], celui-ci a décidé de joindre la question de sa compétence au fond. D'ailleurs, le Tribunal estime qu'il a l'obligation de vérifier qu'il est régulièrement saisi et qu'il doit donc, dans tous les cas, examiner sa compétence avant d'entamer les questions relatives au fond. »

105. On rappellera en premier lieu, que pour pouvoir affirmer sa compétence, le Tribunal arbitral doit avoir vérifié que toutes les conditions posées par la Convention CIRDI et par le Traité bilatéral hispano-chilien sont bien réalisées et qu'il suffit que l'une de ces conditions fasse défaut pour que le Tribunal soit incompetent. D'autre part, le principe général de droit, qui s'impose en particulier dans le domaine de la procédure, judiciaire ou arbitrale, internationale, n'est pas contesté, selon lequel le fardeau de la preuve appartient à la Partie demanderesse (*actori incumbit probatio*). Et c'est en vertu de ce même principe qu'il incombe au Défendeur qui soulève une exception d'incompétence de faire la preuve des faits qu'il allègue à l'appui de son exception car, à l'égard de celle-ci, il est dans la position d'un demandeur (*in excipiendo reus fit actor*) (cf. Rosenne, op.cit. vol.II, page 922, 932).

106. Ces règles générales de procédure s'inscrivent dans le cadre d'un principe plus général encore, valable en droit international ainsi qu'en droit

national, celui de la bonne foi, qui oblige les Parties, le cas échéant, à collaborer à l'obtention et à la présentation de la preuve, par exemple dans les circonstances où cette dernière serait exceptionnellement difficile pour la Partie à qui elle incombe, - comme dans le cas de la preuve requise d'un fait négatif – et d'en rappeler qu'il appartient au Tribunal arbitral de veiller au respect de ces principes et d'apprécier, ou au besoin de trancher, les questions de procédure (cf. les articles 43 et 44 de la Convention de Washington et le Règlement d'arbitrage CIRDI, à l'article 34 et *passim*).

107. A la lumière des principes qui viennent d'être rappelés et, en particulier, de l'article 41 de la Convention CIRDI, le Tribunal arbitral examinera maintenant les questions de compétence qui lui sont soumises au vu des arguments respectifs présentés par les Parties dans la procédure écrite et la procédure orale, et, en particulier, des arguments présentés par la Partie défenderesse sur l'incompétence du Centre et du Tribunal. Dans cet examen, le Tribunal suivra dans la mesure qui lui paraît pratique et opportune l'ordre des objections résumées par la Partie défenderesse dans sa réplique sur le déclinatoire de compétence du 27 décembre 1999, et des conclusions rappelées plus haut dans la partie « En fait ». Ce faisant, il analysera avec une attention particulière les deux questions fondamentales, ou manifestement les plus importantes, qui divisent les Parties à ce stade de la procédure, soit la question de la nationalité et celle de l'investissement étranger.

## **(A) LA NATIONALITE**

108. Il y a lieu de faire référence tout d'abord aux arguments respectifs des Parties tels qu'ils ont été brièvement résumés dans la partie « En fait » de la présente décision et de les compléter comme suit :

Selon la première conclusion de la défenderesse, « Monsieur Victor Pey Casado est chilien » : il « possède la nationalité chilienne par naturalisation du 11 décembre 1958, ne l'a jamais perdue, et la possède

encore en vertu de la Constitution politique de la République du Chili (plaidoirie de Me Brower, audience des 3,4 et 5 mai 2000, transcription page 38).

On indiquera en passant que la nationalité de la deuxième Partie demanderesse, la Fondation Président Allende, qui est indiscutablement et seulement espagnole, n'est pas en cause, les objections chiliennes visant cette dernière étant d'une autre nature, qui sera évoquée plus loin.

En sens contraire, le demandeur Pey Casado prétend avoir perdu la nationalité chilienne ou y avoir renoncé, d'où il résulterait qu'il doit être considéré comme possédant la seule nationalité espagnole, sa nationalité d'origine, qu'il aurait retrouvée lors de sa prise de domicile en Espagne, conformément au Traité bilatéral hispano-chilien.

109. Une controverse prolongée s'est établie entre les Parties à ce sujet tant dans la procédure écrite que dans la procédure orale. Son importance sur le terrain de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral est évidente si l'on considère par exemple que le système établi par la Convention CIRDI est exclusivement destiné, comme son titre l'indique, au règlement des litiges opposant un État partie à la Convention à un investisseur ressortissant d'un autre État, et non pas à l'un de ses propres ressortissants. Selon un commentaire déjà cité de la Convention (C. Schreuer, n° 424, 444, 446 et 447) : « *For natural persons possession of the host State's nationality is an absolute bar to becoming a party to ICSID proceedings ...the dual national would be disqualified from invoking the ICSID clause in the BIT... the individual investor's only chance to gain access to the Centre may be to relinquish the host State's nationality before consent to ICSID's jurisdiction is perfected...the investor would have to ensure that the renunciation of the nationality is valid under the host State's law...* ». A cela s'ajoute l'observation du commentateur des travaux préparatoires, où fut évoquée la possibilité qu'un État potentiellement défendeur impose à l'investisseur l'acquisition de sa propre nationalité pour se soustraire à ses obligations selon la Convention :

« during the Convention's drafting, the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Centre.. but it was decided that this question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral Tribunal" (n°447).

110. La question se pose, ou tout au moins peut se poser, de l'interprétation qu'il y a lieu de donner à la Convention et spécialement à la notion de « ressortissant d'autres États contractants » dans un cas comme celui-ci, en particulier dans des cas de double nationalité.

Au stade actuel de la procédure sur les exceptions d'incompétence, il ne paraît ni que la Partie défenderesse ait fait la preuve de son affirmation concernant la nationalité chilienne du demandeur ni que ce dernier ait démontré, de son côté, avoir valablement renoncé à cette nationalité ou en avoir été privé en raison des événements suivants le coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973 ou en raison de dispositions de caractère général ou particulier prises par le Gouvernement chilien.

En l'état actuel de ses informations, le Tribunal arbitral estime n'être pas en mesure de se prononcer avec certitude sur cette exception. En conséquence de quoi, il considère opportun de joindre cette exception au fond selon l'article 41 de la Convention.

## **(B) L'INVESTISSEMENT**

111. La position de la Partie demanderesse, Pey Casado, quant à l'investissement qui lui aurait été confisqué au Chili, a été brièvement résumée dans la partie « En fait » de la présente décision (aux numéros 40 et suivants). Selon le demandeur, l'acquisition de la totalité des actions de l'importante entreprise de presse CPP SA. a eu lieu pour un prix de USD

1.280.000 et a constitué indiscutablement un investissement au sens de la Convention de Washington, laquelle ne donne, on le sait, aucune définition précise de la notion d'investissement, à la différence de nombreux traités bilatéraux en la matière (ainsi que le constate C. Schreuer, dans son Commentaire déjà cité, n°99, pour qui « *The general description frequently refers to « every kind of asset »... . The list of typical rights usually includes : traditional property rights, participation in companies, etc..* »). Cette acquisition de 100% du capital social du journal *Clarín* et de la société à responsabilité limitée EPC a été reconnue de diverses manières par la Partie chilienne, notamment après les confiscations par décret du 24 avril 1975, n° 580, signé du général Pinochet (cf. à ce sujet par exemple plaidoirie de mai 2000 sur la compétence, page 64 et 65).

D'après la Partie demanderesse, il s'est agi d'un investissement étranger conforme au droit chilien (comme l'exige l'article 2, alinéa 2 du Traité bilatéral du 2 octobre 1991 sur la protection des investissements, c'est-à-dire à la législation chilienne en vigueur en 1972, date de l'investissement, décret n°1272, du 7 septembre 1961 et décret n° 258, du 30 mars 1960), qui visaient non la totalité des investissements étrangers, mais ceux prétendant à bénéficier de certaines facilités.

112. De son côté la Partie défenderesse a objecté avec force que, à supposer qu'il y ait eu investissement en l'espèce, il ne s'agirait pas d'un investissement « étranger », et en tous les cas pas d'un « investissement étranger conforme à la législation chilienne ».

La défenderesse a insisté sur le caractère fondamental pour le Chili, grand importateur d'investissements étrangers, d'un « transfert de capitaux », comme l'exige expressément le Traité hispano-chilien, notamment dans son préambule et dans son texte. Or elle estime que « Monsieur Pey Casado n'a jamais transféré de capitaux de l'extérieur à destination du Chili » (plaidoirie de mai 2000, page 27).

En outre, la Partie défenderesse estime que, en l'absence d'un investissement étranger ayant respecté les conditions de la législation chilienne en vigueur en 1972, le Tribunal arbitral devrait se déclarer incompétent : « *pour qu'un acte puisse être décrit comme un investissement, outre le fait qu'il faut qu'il y ait un transfert de capitaux venu de l'extérieur, ... cette opération doit se faire conformément aux textes de lois en vigueur dans l'État bénéficiaire de l'investissement* » (Traité hispano-chilien, article 1 alinéa 2 et article 3 alinéa 1). Or en l'espèce, le demandeur n'aurait pas respecté, entre autre, la loi n° 1272 sur les régimes cambiaires ni une décision n° 24 entrée en vigueur conformément à l'accord de Carthagène de 1971.

113. Il n'est pas contesté entre les Parties qu'un investissement étranger doit être conforme à la législation en vigueur à l'époque dans l'État récepteur ou bénéficiaire. Il y a lieu de citer à ce propos la sentence rendue dans l'affaire CIRDI n°ARB-98-5 Eudoro Armando Olguin contre République du Paraguay, du 8 août 2000, (Sentence rendue en espagnol en application d'une Convention bilatérale sur les investissements), où l'on trouve les deux constatations suivantes : (traduction) « *il n'existe aucune stipulation dans la Convention bilatérale qui obligerait à ce que les investissements qui seraient faits par un ressortissant de l'autre État contractant fussent être acceptés ou reconnus par l'État dans lequel il sont réalisés. Quant aux vices éventuels qui pourraient affecter les investissements de Monsieur Olguin, il s'agit manifestement d'une question de fond qui ne saurait être résolue à la présent étape de la procédure.* »

114. Cette dernière observation apparaît comme particulièrement pertinente en la présente espèce. En effet, des questions comme la réalité et la nature de l'investissement, l'existence ou non d'un transfert de capitaux conformément au préambule de l'accord de 1991, ou encore la conformité de cet investissement ou de ce transfert avec les exigences de la législation locale se trouvent au cœur même d'un litige portant, comme en l'espèce, sur la licéité et les conséquences de l'expropriation alléguée. Il s'agit là de questions qui, bien que soulevées dans le cadre d'exceptions préliminaires à

la compétence, apparaissent comme étroitement liées au fond et, en tous les cas, comme difficiles, voire impossibles à trancher sans risquer de préjuger des questions de fond.

Il est d'ailleurs significatif que, dans leurs exposés tant écrits qu'oraux, les deux Parties aient été amenées, presque inévitablement, à toucher des questions de fond et à dépasser le cadre strict d'exceptions purement préliminaires à la compétence.

115. La question d'une éventuelle jonction, au sens de l'article 41 de la Convention ne se poserait pas, si le Tribunal arbitral avait acquis la conviction de la réalité d'un investissement étranger dans les conditions posées par les textes applicables. Or en l'état actuel du dossier soumis au Tribunal, subsistent plusieurs points d'interrogation, qui touchent à la fois aux questions préliminaires de compétence et au fond du litige.

Ainsi, s'il paraît établi que M. Pey Casado a bien payé à M. Dario Sainte-Marie, propriétaire des actions de la société CPP SA., des sommes importantes en dollars à l'étranger, en vue de l'acquisition de l'intégralité des actions de la société en question, il n'a pas été clairement expliqué, par exemple, ni si ces capitaux sont parvenus ou ont été intégrés dans l'économie du Chili (en admettant que ce transfert soit, comme allégué, une condition nécessaire), ni pourquoi les actions auraient été signées en blanc, ni encore pourquoi le demandeur entendait transférer une partie des actions à Messieurs Gonzalez, Carrasco et Venegas.

116. En ce qui concerne l'acquisition et la propriété des biens dont la confiscation est critiquée par la requête d'arbitrage, on constatera que la présentation même faite par les Parties de leurs positions respectives atteste de l'existence de liens entre les exceptions d'incompétence et le fond du litige. C'est sans doute parce qu'elles étaient conscientes elles-mêmes de ce lien avec le fond du litige que les Parties, de manière fort compréhensible, se sont abstenues d'entrer dans le détail et de fournir les explications qui eussent pu éclairer davantage le Tribunal.

117. Il en est de même des divers faits ou éléments, allégués par les Parties demanderesses et contestés par la Partie défenderesse, qui établiraient la reconnaissance par les autorités chiliennes de l'acquisition par Mr. Pey Casado de 100% du capital des sociétés CPP SA (Clarín) et de la société EPC SARL. Il a été fait état, du côté des Requérrants, d'une décision de la Huitième chambre du Tribunal pénal de Santiago, d'où résulterait la reconnaissance officielle de la qualité de propriétaire présumé de Mr. Pey Casado sur les actions de CPP, ainsi que d'un Mémoire du 3 février 1975 du Président du « Conseil de défense de l'État », d'un décret n° 580 du 24 avril 1975, et d'autres éléments dont le rappel ici est superflu.

En sens contraire, diverses décisions administratives chiliennes ont été invoquées, notamment une décision n° 43, qui a été longuement débattue dans la présente procédure, d'où résulterait la révocation ou l'annulation de la reconnaissance alléguée de la qualité de propriétaire (au moins présumée) de M. Pey Casado.

118. En résumé, si le Tribunal arbitral serait sans doute en mesure de se prononcer d'ores et déjà sur certains aspects de la controverse relative à l'investissement dont la confiscation est alléguée par la requête d'arbitrage, ces aspects font partie d'un ensemble, d'une évidente complexité, dont d'autres éléments semblent insuffisamment établis et ne pourraient être isolés ou détachés sans inconvénients des autres facettes du problème. De l'avis du Tribunal arbitral, il est clair que, sur plusieurs aspects du dossier, rien ne peut être affirmé en l'état avec certitude dans la procédure préliminaire sur les objections à la compétence, si bien que, pour emprunter les termes de la jurisprudence internationale résumée plus haut, le Tribunal arbitral « ne saurait statuer sur la question de compétence avant d'avoir entendu les arguments quant au fond », car « en statuant dès maintenant sur l'exception d'incompétence, le Tribunal risquerait, soit de trancher des questions appartenant au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution ».

119. Etant donné les désaccords importants entre les Parties sur plusieurs questions de fait et points de droit, le Tribunal arbitral « a besoin des informations les plus précises concernant les thèses juridiques énoncées par les Parties et les motifs à l'appui de ces thèses », en particulier sur la question fondamentale de l'existence d'un investissement conforme aux exigences posées par la Convention CIRDI et le Traité hispano-chilien.

### **(C) AUTRES OBJECTIONS**

120. Il reste à examiner si les autres objections soulevées par la Partie défenderesse à la compétence du Centre et du Tribunal arbitral peuvent ou non être traitées, selon les termes de l'article 41 alinéa 2 de la Convention de Washington, comme questions préalables ou si leur examen doit être joint à celui des questions de fond, comme il vient d'être décidé à propos de la nationalité des requérants et de la condition d'investissement étranger.

121. A titre liminaire, et compte tenu des liens existant par la nature même des choses entre les différents éléments, de fait et de droit, de la controverse sur la compétence séparant les Parties, on observera qu'il convient de présumer l'opportunité d'un traitement identique des diverses objections, c'est-à-dire l'opportunité de leur jonction au fond. Cela précisément pour tenir compte de ces liens et pour éviter que le traitement isolé et indépendant de l'une ou l'autre des exceptions soit préjuge, à l'insu du Tribunal arbitral, la solution qui pourrait être apportée par la suite à l'un des déclinatoires joints au fond, soit repose sur des motifs qui viendraient à se révéler erronés dans la suite de la procédure.

122. L'argumentation même des deux Parties témoigne, ainsi qu'il a déjà été dit, des liens de fait ou de droit unissant les différents aspects de la controverse sur la compétence, et il suffit pour s'en persuader de constater le nombre de répétitions et redites des mêmes faits et arguments présentés sous la rubrique de différentes exceptions. Ainsi, les arguments présentés pour affirmer la nationalité chilienne de M. Pey Casado, pour contester la qualité d'investissement « étranger » ou encore pour affirmer l'absence d'un

consentement pour porter la controverse devant un Tribunal CIRDI, en tous les cas « *ratione temporis* », reprennent pour partie les mêmes éléments ou thèses.

Il convient toutefois de ne pas se borner à cette observation générale et d'examiner encore chacune des objections présentées pour vérifier si elles peuvent être tranchées séparément, à titre préalable, ou doivent plutôt être jointes au fond.

### **(i) Non rétroactivité**

123. Selon les conclusions de la Partie défenderesse énoncées dans sa Réplique du 27 décembre 1999 (cf. supra n° 77), « *l'accord pour la promotion et l'encouragement réciproques des investissements souscrit par la République du Chili et le Royaume d'Espagne n'a pas d'effet rétroactif et, par conséquent, ne peut être appliqué pour régler des situations survenues avant son entrée en vigueur.* »

Au stade actuel, le Tribunal arbitral n'a pas à se prononcer ni sur le sens précis à donner à la notion de « rétroactivité », ni sur la question de savoir si l'Accord bilatéral en question a, ou non, ou peut avoir un effet rétroactif. Il suffira de constater que, à supposer avec la Partie défenderesse que ledit Traité n'ait pas d'effet rétroactif, le désaccord entre les Parties porte ici sur la question de savoir si ledit Traité a été conclu ou non pour régler des situations ou une controverse survenues avant son entrée en vigueur (c'est-à-dire avant le 28 mars 1994).

Or cette question, celle de la date de naissance du litige, est très étroitement liée au fond et, notamment, aux circonstances dans lesquelles aurait eu lieu l'investissement étranger allégué par les Requérants et aux circonstances dans lesquelles les droits de ces « investisseurs » auraient été lésés, et à la date de ces faits.

124. Des observations analogues peuvent être faites en ce qui concerne la sixième conclusion et objection de la Partie défenderesse, selon laquelle « *l'État du Chili n'a pas donné son consentement pour que cette controverse puisse être portée devant un Tribunal du CIRDI* », étant précisé que le débat à ce sujet ne porte pas seulement sur la date de la naissance de ladite controverse (comme au sujet de l'objection précédente) mais touche aussi, à l'évidence, l'objection fondée sur la nationalité chilienne du demandeur Pey Casado, ainsi que la notion et la validité de l'«investissement étranger» alléguée par la demanderesse.

Pour les raisons qui ont été exposées en détail dans les parties précédentes de la présente décision, le Tribunal estime n'être pas en mesure de se prononcer avec une certitude suffisante et sans risque de préjugement, en l'état actuel de ses informations et du dossier, si bien que ce point doit être lui aussi joint au fond.

## **(ii) Consultations préalables**

125. Les mêmes conclusions de la Partie défenderesse se fondent aussi sur la considération que « *la Fondation Président Allende n'a pas effectué les consultations amiables exigées dans l'Accord bilatéral hispano-chilien pour la promotion et l'encouragement réciproques des investissements* ».

Il convient d'ajouter à cette formulation les autres objections présentées (par exemple dans le « Mémoire en réplique sur l'incompétence » de l'État du Chili du 27 décembre 1999, page 120 à 124) en ce qui concerne la Fondation Allende. Ces observations paraissent relever à la fois de la notion d'objection à la compétence et de celle d'exception d'irrecevabilité, dès lors qu'il est affirmé que, pour diverses raisons, la Fondation Allende n'aurait pas la qualité pour agir ou la « légitimation active » et que, d'autre part, l'État du Chili n'a jamais consenti à son égard à un arbitrage CIRDI, au sens de la Convention de Washington et du Traité bilatéral hispano-chilien.

126. Il suffira d'observer à ce propos que la Fondation Allende se prétend cessionnaire (pour 90% des actions) de M. Pey Casado et que, dès lors, l'analyse de ses droits éventuels implique, comme ceux de M. Pey Casado, l'examen de questions de fond liées à la fois à la question de l'investissement étranger discuté ci-dessus et à l'examen de la cession contractée le 6 février 1990 à Miami et inscrite par la suite, le 27 avril 1990, au registre espagnol des Fondations.

127. Au stade actuel, il serait clairement prématuré pour le Tribunal arbitral de rechercher par exemple si la Fondation, créée le 16 janvier 1990, à Madrid, a été valablement créée ou dans une intention « frauduleuse » comme il a été allégué par la défenderesse, ou encore si elle a bien acquis valablement, et selon le droit applicable, tous les droits auxquels elle prétend de la part de M. Pey Casado, ou encore, et si et dans quelle mesure ladite cession est opposable à la Partie défenderesse, etc.

Toutes ces questions ne peuvent, dans l'intérêt manifeste d'une bonne administration de la justice, qu'être jointes à l'examen du fond, pour les raisons déjà indiquées, qu'il est superflu de répéter.

128. Un aspect particulier, toutefois, se prête d'ores et déjà à un commentaire, à tout le moins à titre d'orientation pour les Parties en vue de faciliter leurs futures présentations et sans que le Tribunal arbitral entende se prononcer de manière définitive à ce sujet, avant d'avoir entendu les éventuels développements que les Parties souhaiteraient apporter à cet égard. Il s'agit de l'objection, mentionnée plus haut, selon laquelle la Fondation Président Allende n'a pas effectué les consultations amiables exigées (*cf.* par exemple Mémoire en réplique sur l'incompétence, du 27 décembre 1999, page 116 ss., et 124 ; voir aussi le Mémoire d'incompétence du 20 juillet 1999, page 113 ).

129. La Partie défenderesse invoque les paragraphes 1 et 2 de l'article 10 de l'Accord hispano-chilien de 1991, selon lesquels :

« 1. Toute controverse relative aux investissements, dans le sens du présent Traité, entre une Partie contractante et un Investisseur de l'autre Partie contractante sera, dans la mesure du possible, résolue par consultations amiables entre les Parties dans la controverse.

2. Si la controverse n'a pas pu être résolue au terme de 6 mois à partir du moment où elle aura été soulevée par l'une ou l'autre des Parties, elle sera soumise, au choix de l'investisseur...etc. ».

130. De l'avis du Tribunal arbitral, il n'a pas été démontré jusqu'ici à sa satisfaction que cette disposition, fréquente notamment dans les traités bilatéraux relatifs à la promotion ou la protection des investissements, constitue véritablement, comme il a été prétendu, une « formalité habilitante », d'interprétation rigoureuse. Il en résulterait que c'est « seulement après un délai de 6 mois à partir du moment où a été posée la controverse » que naît le droit pour l'investisseur d'entamer une procédure (internationale ou locale ;cf. Mémoire d'incompétence du 20 juillet 1999, n° 4. 1.2).

### (iii) Choix d'un for

131. Une autre objection à la compétence soulevée par la Partie défenderesse (cf. sa conclusion n°5, citée ci-dessus) est fondée sur le fait que « les demandeurs ont opté pour la juridiction locale, renonçant par cet acte à la juridiction internationale. »

Il a été fortement soutenu par la Partie défenderesse, tant dans la procédure écrite que dans la procédure orale, que les Réclamants, ayant opté pour la juridiction chilienne, avaient par conséquent renoncé, et de manière définitive, à la juridiction internationale (cf. Mémoire du 20 juillet 1999, page 155, 143 ss. et passim).

Il a été très clairement exposé par la Partie chilienne que, en vertu de l'article 10 n°2 de l'Accord bilatéral entre le Chili et l'Espagne, l'option offerte, « au choix de l'Investisseur » entre la juridiction nationale de l'État récepteur

ou importateur de l'investissement, et l'arbitrage international, serait un choix « unique et définitif ». Or, est-il ajouté (page 144, n°6.3.6.4), « *les biens et actifs matière de ce procès ont été préalablement réclamés devant les tribunaux de Santiago du Chili* ». Il en résulterait ainsi une renonciation à l'option d'accès à un arbitrage international.

132. À quoi il a été répondu du côté de Parties demanderesses que l'option de for ainsi prévue n'est prescrite dans aucun texte comme devant nécessairement être globale et totale, et comme excluant la soumission d'une partie du litige à l'un des fors prévus et la soumission d'une autre partie à un autre for.

La doctrine internationale serait en accord avec ce point de vue, et les Parties demanderesses font observer que si M. Pey Casado s'est effectivement adressé à la justice chilienne, ce n'est que d'une manière très limitée, d'une part pour obtenir la restitution des documents sans lesquels il lui aurait été impossible de saisir la juridiction internationale, et d'autre part, pour la seule question de la rotative Goss.

Il serait donc inexact de prétendre (comme le fait par exemple le passage cité du Mémoire d'incompétence du 20 juillet 1999, page 144) que « *les biens et actifs matière de ce procès* » auraient été préalablement réclamés devant les tribunaux de Santiago.

133. Il est clair que la question de savoir quels sont exactement les « *biens et actifs* » qui sont la matière du procès aujourd'hui soumis au Tribunal arbitral (sur le terrain de la compétence) est étroitement liée au fond du litige, à la question de l'investissement, ainsi qu'à l'objet et à l'étendue de la confiscation dont se plaignent les Parties demanderesses.

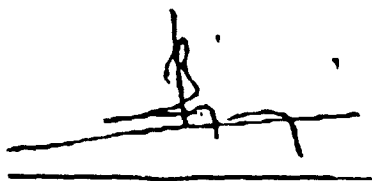
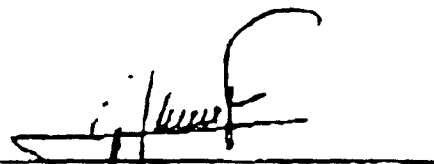
Il n'est donc à tout le moins pas opportun, et pour les raisons exposées en détail ci-dessus, que le Tribunal arbitral tente à ce stade et en l'état actuel de son information, de se prononcer à titre préalable sur cette objection d'incompétence ou d'irrecevabilité de la demande.

134. Quant à l'objection selon laquelle tant la renonciation alléguée par M. Pey Casado à sa nationalité chilienne que « *le transfert de 90% de ses prétendus droits à une fondation espagnole* » constituerait un clair exemple de « *fraude à la loi* » (conclusion n° 7 mentionnée ci-dessus), elle repose sur une argumentation qui touche véritablement, elle aussi, au fond du litige et à des questions, déjà examinées, comme celle de la condition de nationalité étrangère au Chili ou celle de la validité de la cession, questions dont le Tribunal arbitral a déjà indiqué qu'il serait prématuré et inopportun de les trancher à titre préalable, sans avoir bénéficié des développements et de l'argumentation approfondie que les Parties pourraient souhaiter lui soumettre dans un débat général de fond.

PAR CES MOTIFS, le Tribunal arbitral,

- 1) décide de joindre au fond les exceptions d'incompétence soulevées par la République du Chili ;
- 2) réserve la suite de la procédure.

Le 8 mai 2002

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end, positioned above a horizontal line.A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'F' and other cursive elements, positioned above a horizontal line.

Professeur Pierre Laliva

A large, handwritten signature in black ink, starting with a very large, looped 'P' and followed by several cursive strokes, positioned below the printed name.