

LE RAPPORT TRÈS BIAISÉ DE M. ENRIQUE BARROS SUR LE JUGEMENT DU 24 JUILLET 2008

Synthèse

Le Jugement du 24-07-2008 a considéré incompatible l'exception du représentant de l'État, fondée sur la validité du Décret 165, et, en conséquence, dans le Considérant 9^{ème} il n'a pas attribué la qualité d'agir à l'État mais à EPC Ltée..... 1

Le Rapport Barros est incompatible avec les obligations de l'État du Chili établies dans l'API Espagne-Chili et dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008..... 5

Le Rapport Barros ne tient pas compte des obligations établies dans le droit international applicable en l'espèce 7

Le Décret-Loi n° 77 de 1973 a enfreint la Constitution du Chili dans des principes demeurés en vigueur durant la Dictature elle-même 9

Analyse ponctuelle du Rapport Barros 16

Conclusions..... 32

Le Jugement du 24-07-2008 a considéré incompatible l'exception du représentant de l'État, fondée sur la validité du Décret 165, et, en conséquence, dans le Considérant 9^{ème} il n'a pas attribué la qualité d'agir à l'État mais à EPC Ltée.

1. Les inexactitudes, omissions et erreurs dans ce Rapport (ci-après «**Rapport Barros** ») sont tellement systématiques que, compte tenu de l'expérience de l'auteur, elles ne peuvent être que conscientes et délibérées. Que M. Barros n'ait pas fait la déclaration d'indépendance à laquelle il était obligé conformément à l'article 5(2)(c) du Règlement de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010) est cohérent avec son Rapport.

Il évite soigneusement de montrer que la question de la validité du Décret 165 a été soumise à

l'examen du Juge chilien. Il a occulté le long débat contradictoire devant le Juge à ce sujet entre M. Pey et le représentant de l'État dont le dénouement figure dans la structure interne du Jugement du 24 juillet 2008¹ et en particulier dans ses Considérants 9ème et 19^{ème}. Si le Décret avait été valable -ce que le Juge à lui tout seul est qualifié pour établir- la procédure n'aurait probablement pas atteint l'étape probatoire de la manière que celle-ci a eu lieu, le seul fondement allégué par le demandeur étant disqualifié d'office par le Juge, et la partie dispositive prenant peut-être deux lignes...

En effet, l'État, représenté par « le Fisc », a soulevé le 17 avril 1996² les exceptions suivantes à la demande de M. Pey fondée sur l'invalidité du Décret, à savoir :

- Première exception, *in fine* :

“1. (....) *il y a lieu de porter à l'attention de V.S. que même la Société [EPC Ltée.] mentionnée ne pourrait pas être la demanderesse, car il lui manque l'habilitation pour agir dans cette affaire puisque, comme il sera démontré plus loin, le Fisc est le propriétaire (...)*”³.

Le Juge n'a pas accepté cette prétention et a reconnu le droit d'agir d'EPC (et non de M. Pey) dans le 9^{ème} Considérant.

- Deuxième exception :

« 2.- *Subsidiairement à l'exception opposée au N° 1 ci-dessus, j'oppose la validité du Décret Suprême N° 165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur. Je sollicite de V.S., dans l'éventualité improbable où [vous] n'accepteriez pas l'exception opposée au numéro précédent, qu'il vous plaise rejeter la demande [formulée] dans le dossier en toutes ses parties; dans la mesure où il n'existe pas de dépôt par nécessité comme l'indique le demandeur, puisque pour se trouver face à cette institution -dans le cas de la présente affaire- il serait préalablement nécessaire que soit déclarée la nullité du décret Suprême N° 165 de l'année 1975, du Ministère de l'Intérieure.* [souligné dans l'original]

Au fond le demandeur est en train de mettre en cause ce Décret Suprême. (...) [Soulignement ajouté].

*Par conséquent, j'oppose comme exception à la demande [introduite] dans cette affaire la validité du Décret Suprême N° 165 du Ministère de l'Intérieur, publié au Journal Officiel du 17 mars 1975. Le Décret Suprême N° 165, en question, ne s'oppose pas à l'ordonnancement constitutionnel en vigueur à la date où il a été pris, pas plus qu'il ne viole le principe de légalité qui régit les actes des organes publics».*⁴

¹ Pièce C1

² Pièce C17, page 2 et ss

³ “cabe hacer presente a US. que ni siguiera la Sociedad aludida podría ser la demandante ya que carecería de legitimación activa para obrar en autos pues, como o se demostrará más adelante, es el Fisco el dueño”, pièce C17(e), page 3.

⁴ **Ibid.** : “2. - En subsidio de la excepción opuesta en el Nro. 1 precedente, opongo la de validez del Decreto Supremo Nro.165, de 1975, del Ministerio del Interior. Solicito a US., en el improbable evento que no acogiera la excepción opuesta en el número anterior, se sirva rechazar la demanda de autos en todas sus partes, en tanto no existe depósito necesario como lo señala el demandante, pues para estar frente a esa institución -en el caso

Le Jugement n'a pas plus accepté cette exception.

Ni la 3^{ème} exception du Fisc, à savoir

- « j'oppose l'exception de non existence d'un dépôt par nécessité en l'espèce »⁵ [souligné dans l'original],

« *il n'existe pas de dépôt nécessaire parce que le Fisc du Chili en est venu à avoir la possession matérielle de la chose en qualité de propriétaire et non de simple détenteur. Il [en] a été possesseur avec *animus domini* et l'on n'est pas en présence de la catégorie [juridique] de dépôt mais de possession* »⁶ ;

et le Juge est passé à l'examen de l'exception suivante du Fisc :

« 3.- Subsidiairement aux exceptions opposées dans les N°s précédents, j'oppose l'exception de prescription extinctive de l'action introduite (...) *il n'existe dans notre ordonnancement juridique aucune disposition qui déclarerait imprescriptible l'action visant à solliciter la restitution de la chose donnée en dépôt* »⁷. [Souligné dans l'original]

Cette dernière exception a été acceptée dans les Considérants 14ème à 17ème.

M. Pey avait opposé dans sa Réplique du 26 avril 1996⁸ à ces exceptions formulées par le représentant de l'État (le « Fisc ») :

- Section « **2) LA NULLITÉ DU DÉCRET SUPRÈME N° 165 DE 1975 [ÉMANANT] DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE** ». *Avant d'exposer tous les antécédents qui obligent par impératif constitutionnel et légal à constater l'invalidité totale du Décret Suprême derrière lequel s'abrite la défense du Fisc pour justifier le refus de restituer... »* ;
- Section « **3. VICE DE FORME OU INCOMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ QUI A ÉDICTÉ**

de autos-, sería previamente necesario se declarése la nulidad del decreto Supremo Nro. 165, del año 1975, del Ministerio del Interior. En el fondo el actor está impugnando este Decreto Supremo. (...) Por consiguiente, opongo como excepción a la demanda de autos la validez del Decreto Supremo N° 165 del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial de 17 de marzo de 1975. El Decreto Supremo Nro. 165, ya referido, no se opone al ordenamiento constitucional vigente a la fecha en que se dictó, ni vulnera el principio de la legalidad que rige el actuar de los órganos públicos » [Soulignement ajouté]

⁵ « opongo la [excepción] de no existencia de depósito necesario en la especie (...) no [es] efectiva la existencia de un depósito necesario porque el Fisco pasó a tenor la posesión material de la máquina rotativa en calidad de dueño y no de mero tenedor. Así, el Fisco ha sido poseedor con ánimo de señor y dueño y no se da la figura del depósito sino de la posesión”

⁶ **Ibid.**, pages 8 et 9: “opongo la excepción de un depósito necesario (...) no [es] efectiva la existencia de un depósito necesario porque el Fisco pasó a tenor la posesión material de la máquina rotativa en calidad de dueño y no de mero tenedor. Así, el Fisco ha sido poseedor con ánimo de señor y dueño y no se da la figura del depósito sino de la posesión”

⁷ Pièce C17, « *En subsidio de las excepciones opuestas en los Ns. Precedentes, opongo la de prescripción extintiva de la acción deducida* », page 2 et ss de la traduction française

⁸ Pièce C67, dont l'original en espagnol figure dans la pièce C67e

LE DÉCRET SUPRÈME N° 165. Ce que nous avons effectivement soutenu est que la nullité de droit public opère ipso iure, c'est-à-dire par le seul truchement de la loi ou de la Constitution, et par suite ce qui incombe aux tribunaux, plutôt que de déclarer la nullité est simplement de constater la nullité. Cela signifie que dans le débat en cours, du fait que se trouve opposée, comme une défense, la validité présumée du Décret Suprême n° 165, V. S., satisfaisant à l'article 170 n° 6 du Code de Procédure civile, va nécessairement devoir se prononcer à son propos ; cependant, en constatant les vices de l'acte, ce qui va être fait est seulement reconnaître -par une décision judiciaire, -déclarative d'un simple fait constant - l'absence de validité et d'effets de l'acte ab initio, parce que la Constitution l'a disposé ainsi » ;

- Section « 4. « **LES ACTIONS SONT EN VIGUEUR.** (...) l'opinion des auteurs de traités [de droit] converge uniformément sur ce que la nullité de droit public, et également les actions qui requièrent sa constatation, participent d'un statut juridique particulier, qui diffère jusqu'à la moelle de celui [qui est] consacré par le droit civil.” (Soulignement ajouté)

Bref, le fait de constater dans le Consid. 9^{ème} la nullité de droit public du Décret dès lors que c'est EPC Ltée qui a le droit d'agir (non M. Pey), et dans les Considérants 14^{ème} à 17^{ème} la prescription de l'action exercée, rendait incompatible le traitement des autres prétentions du Fisc en vue d'une décision, en résumé :

- *la Société mentionnée ne pourrait pas être la demanderesse, car il lui manque l'habilitation pour agir dans cette affaire puisque le Fisc est le propriétaire (...),*
- *la validité du Décret Suprême N° 165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur (...) il n'existe pas de dépôt par nécessité puisque pour se trouver face à cette institution -dans le cas de la présente affaire- il serait préalablement nécessaire que soit déclarée la nullité du décret Suprême N° 165 de l'année 1975, du Ministère de l'Intérieur. Au fond le demandeur est en train de mettre en cause ce Décret Suprême (...),*

la validité du Décret Suprême N° 165 du Ministère de l'Intérieur ne s'oppose pas à l'ordonnancement constitutionnel en vigueur à la date où il a été pris, pas plus qu'il ne viole le principe de légalité qui régit les actes des organes publics».

il n'existe pas de dépôt nécessaire parce que le Fisc du Chili en est venu à avoir la possession matérielle de la chose en qualité de propriétaire et non de simple détenteur. Il [en] a été possesseur avec animus domini et l'on n'est pas en présence de la catégorie [juridique] de dépôt mais de possession».

En effet, le 19^{ème} Considérant du Jugement confirme explicitement que le refus à M. Pey du droit d'agir et son attribution à EPC Ltée et la prescription de l'action exercée sont incompatibles avec l'examen des autres prétentions du Fisc:

« *DIX-NEUVIÈMEMENT : Qu'ayant accepté les exceptions de défaut d'habilitation à agir et de prescription, par économie procédurale et selon ce que dispose le numéro 6 de l'article 170 du Code de Procédure Civil⁹, il est omis de se prononcer quant aux autres actions et exceptions du fait qu'une décision les concernant est **incompatible** avec les exceptions acceptées*»¹⁰ [soulignement ajouté]

Bref, comme on le voit, les prétentions du Fisc dont le traitement en vue d'une décision a été estimée **incompatible** avec la démarche du Tribunal sont très exactement celles qui énoncent ou impliquent la validité du Décret 165.

Conclusion : les pièces de la procédure interne et leur articulation avec et dans le Jugement confirment que **celui-ci a considéré incompatible l'exception du représentant de l'Etat fondée sur la validité du Décret 165 et, en conséquence, dans le Considérant 9^{ème} il n'a pas attribué la qualité d'agir à l'Etat mais à EPC Ltée.**

Le commentaire du Rapport Barros se termine ici, ses observations ne peuvent rien contre ce constat.

Ce qui suit est *ex abundantia cautela*.

**

Le Rapport Barros est incompatible avec les obligations de l'Etat du Chili établies dans l'API Espagne-Chili et dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008

2. M. Barros omet toute considération quant à l'autorité de la chose jugée de la SI et des conséquences de la condamnation de l'Etat du Chili pour discrimination et déni de justice, dont l'un des fondements est précisément l'illicéité du Décret n° 165, de 1975, reconnue

⁹ L'article 170 du Code de Procédure civile dispose : «*Les décisions définitives de première instance, d'instance unique et celles de second [degré] qui modifieraient ou infirmeraient dans leur dispositif celles d'autres tribunaux, contiendront : (...) 6º La décision relative à l'affaire en litige. Cette décision devra comprendre toutes les actions et exceptions qu'il a été fait valoir dans le procès ; mais il pourra être omis de trancher celles qui seraient incompatibles avec celles [qui ont été] acceptées*” (*Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: (...) 6º La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.*)”

¹⁰ Pièce A-1: “*DECIMONOVENO: Que, habiéndose acogido las excepciones de falta de legitimación activa y de prescripción, por economía procesal y según dispone el número 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, se omite el pronunciamiento de las demás acciones y excepciones por ser incompatible su resolución con las excepciones acogidas.*”

par l'État devant le Tribunal arbitral du CIRDI le 6 mai 2003¹¹.

3. Ce Rapport fait abstraction également du fait que le Jugement du 24 juillet 2008 a défié l'obligation de traitement juste et équitable, en ce compris éviter le déni de justice, envers M. Victor Pey Casado et la Fondation Présidente Allende ordonné dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008.
4. Le Rapport ne tient pas plus compte du fait que la SI a comme fondement que l'API Espagne-Chili¹² désigne par *investissement* « toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature ... *action*... *Biens meubles et immeubles, ainsi que toute sorte de droits liés à ces derniers* » (art. 1(2)), ni du fait que le Tribunal arbitral est compétent pour trancher « toute controverse relative aux *investissements, au sens du présent Traité ...* » (art. 10(1), soulignement ajouté)¹³, ni
 - a) Que l'État a l'obligation de traiter l'investissement sans discriminations, sous des conditions non moins favorables que pour ses investisseurs nationaux dont l'investissement a été confisqué en application du Décret-loi n° 77 de 1973¹⁴;
 - b) Que dans un arbitrage sous l'API Espagne-Chili l'accord des parties est le seul déterminant de la compétence ;
 - c) Que le Tribunal statuera sur la base des dispositions de l'API, du droit du Chili de même que des principes du droit international en la matière, conformément aux arts. 3, 4, 10(4) de l'API.

¹¹ Pièce C14,SI, §§667, 665-674 ; nbp n°617 ; points 2 et 3 du Dispositif

¹² Pièce C6. Les pièces C... citées ci-après figurent toutes dans le présent dossier arbitral

¹³ Pièce C489, *Urbaser et al. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, award, 8 Dec. 2016, §1191: dès lors que l'API contient une clause juridictionnelle large (en l'espèce, comme celle de l'API Espagne-Chili), “*the definition of disputes capable of being submitted to arbitration and, hence, the possible scope of claims to be submitted to arbitration under Article x [de l'API Argentine-Espagne] is not limited to rights directly based on the application (or interpretation) of the bit.*” §1200: . *The Tribunal further retains that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that Treaty indicates that account is to be taken of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.” The BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the BIT's special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights.*”

¹⁴ Voir le **Mémoire** des Demandées du 6 janvier 2018, §§34-39

Le Rapport Barros ne tient pas compte des obligations établies dans le droit international applicable en l'espèce

5. En effet, ce Rapport a omis toute considération des droits de l'investissement couverts par les articles 3, 4, 5, 10(4) de l'API, et, également, conformément à l'article 10(5) de ce dernier, par les normes de droit international coutumier explicitement invoquées dans le **Mémoire** des Demandeuresses du 6 janvier 2018¹⁵ -ci-après le « **Mémoire** »- et rappelées dans la Réponse des Demandeuresses du 17 septembre 2018 aux exceptions à la compétence¹⁶ (ci-après, « Réponse aux exceptions à la compétence »).
6. M. Barros a omis que le Décret n° 165 a été édicté enfreignant des principes impératifs du droit chilien et international général du fait qu'il a été édicté en application du Décret-Loi n° 77, de 1973, du 8 octobre 1973¹⁷, dont la matière constitue l'un des plus importants instruments de la répression dans le contexte de crimes contre l'humanité mise en œuvre, de manière systématique et généralisée, par la Junta Militaire entre le 11 septembre 1973 et le 11 mars 1990¹⁸, à l'encontre de toute personne ou entité dont le trait commun était leur conviction favorable à la forme représentative et démocratique de gouvernement. M. Pey et son investissement dans le Groupe de presse CLARIN ont été l'une des victimes de cette politique.
7. Le Rapport Barros omet le contexte historique de ce Décret-loi n° 77 de 1973, que la Cour Suprême chilienne résume en ces termes :

“C'est ainsi que le 11 septembre 1973 les commandants en chef des Forces Armées et le directeur général des Carabiniers, ont constitué une Junta de Gouvernement, entreprenant de « destituer le gouvernement », « assumant le Pouvoir » et « le Commandement Suprême de la Nation », pour les raisons consignées dans la Proclamation n° 5 et le Décret-Loi n° 1, fermant le Congrès National, le Tribunal Constitutionnel et d'autres institutions, de même, en outre, ils ont mis fin aux fonctions de quelques organisations syndicales, pour maintenir la « tranquillité

¹⁵ Voir les §§131(b)(d), 132, 133, 311, 377, 378, 395, 408, 449 *in fine*, 524, 713

¹⁶ Voir les §§124, 139, 141, 143

¹⁷ **Pièce C28.** L'application du Décret-Loi n° 77, en vigueur jusqu'à sa dérogation le 14 février 1991 par la loi 19047 (article 8^{ème}, accessible dans <http://bcn.cl/1zevz>), à l'investissement de M. Pey a fait l'objet d'une attention particulière dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 *res iudicata* (§§589, 595, 613, 631, 72, 73, 86, 203, et n° 533, 535, 537, 150-152, 159)

¹⁸ Voir House of Lords, Sentence du 24 mars 1999, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, ouvrant la voie à l'extradition vers l'Espagne à la demande de la Fondation Président Allende –partie plaignante Demanderesse- accessible dans <http://bit.ly/2i0GeaN> ; l'arrêt de la Cour d'Assises Nationale d'Espagne du 5 novembre 1998 déclarant sa compétence pour juger Augusto Pinochet et autres pour les motifs de crimes de génocide, terrorisme et tortures formulée par la Fondation Président Allende (accessible dans <http://bit.ly/2n43ExR>), et l'arrêt du 10 décembre 1998 d'inculpation de Pinochet et autres pour ces crimes demandée, également, par la Fondation, accessible dans <http://bit.ly/2B91UVV>

sociale » et déclaré illicites et dissous les partis politiques, tout en respectant la « Constitution et les Lois de la République, dans la mesure où la situation actuelle du pays le permettraient », exerçant les pouvoirs Constituant, Exécutif et Légitif, en accord avec les normes qu'ils s'attribuèrent, selon ce qui est mis en avant dans les dispositions des Décrets-Lois N° 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 et 991, entre autres. »¹⁹ [soulignement ajouté],

et

« dans le cadre de violations graves, massives et systématiques des droits de l'homme, effectuées par des agents de l'État qui prétendaient exclure, harceler, persécuter ou exterminer quiconque serait opposé au régime de dictature. Il y a lieu de conclure que l'on se trouve en présence de ce que la conscience juridique nomme délit de 'crime contre l'humanité', qualification qui implique l'impossibilité d'amnistier le [fait] illicite en question, ainsi que de déclarer sa prescription en accord avec les règles impératives du droit international ou ius cogens, qui prévaut sur la législation nationale. Les règles de ius cogens sont de véritables normes juridiques en un sens substantiel, fournissant des lignes directrices ou des méthodes de conduite, à partir desquelles surgissent des obligations erga omnes, qui existent indépendamment de leur formulation en termes qui, à les supposer exprimés dans un modèle légal, ne changent pas leur nature juridique. (...) »

les Conventions de Genève, ratifiées par le Chili en mil neuf cent cinquante et un, ne pouvant qu'être conclu qu'elles constituent des lois en vigueur à l'époque où ont été commis les faits auxquels à trait l'affaire.

La présente Cour réitère, une fois de plus, que les principes du droit international et les règles du droit coutumier, font partie de l'ordonnancement juridique chilien avec primauté à l'égard des lois internes, quand bien même ils ne se trouveraient pas traduits en traités ou conventions obligatoires pour le Chili.. (...) »

[Dispositif :]

« DÉCLARE : (...) Sur la demande civile : IV. La décision objet du présent recours est infirmée dans la partie qui déclare recevable l'exception de prescription opposée par le Fisc du Chili (...) »²⁰ (Soulignement ajouté).

8. M. Barros a également omis que les juridictions chiliennes appliquent directement les normes de droit international coutumier interdisant le pillage, la saisie et la confiscation des

¹⁹ Pièce C644, arrêt de la Cour Suprême du 31 janvier 2013, Opinion des Magistrats MM. Sergio Muñoz et Carlos Cerdá, Rol N° 4.742-2012, page 29 : « *Es así que el 11 de septiembre de 1973 los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el director general de Carabineros, constituyeron una Junta de Gobierno, procediendo a "destituir al gobierno", "asumiendo el Poder" y "el Mando Supremo de la Nación", por las razones que consignan en el Bando N° 5 y Decreto Ley N° 1, clausurando el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional y otras instituciones, como, además, hicieron cesar en sus funciones a algunas organizaciones sindicales, para mantener la "tranquilidad social" y se declaró ilícitos y disueltos los partidos políticos, respetando la "Constitución y las Leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan", ejerciendo los poderes Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo a la normativa que se dieron, según se advierte de lo dispuesto en los Decretos Leyes N°s 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 y 991, entre otras* »

²⁰ Pièce C442, Arrêt de la Cour Suprême du 25 mai 2009, Consids. 9ème, 3ème, 5ème, dont l'original en espagnol figure dans la pièce C442e

biens de la population civile²¹.

Le Décret-Loi n° 77 de 1973 a enfreint la Constitution du Chili dans des principes demeurés en vigueur durant la Dictature elle-même

9. Or ce Décret-Loi n° 77 de 1973, de nature pénale, enfreint le principe *nullum crimen sine lege* établi dans l'article 11²² de la Constitution du Chili alors en vigueur et dans l'article 15(1)²³ du Pacte International des Droits Civils et Politiques ratifié par le Chili en 1972. Il déclare illicites les partis politiques pour un fait antérieur parfaitement légal, à savoir avoir soutenu le gouvernement démocratiquement élu du Président Allende, et il ordonne de confisquer des biens et crée des délits :

« Article 2°.- Les associations illicites auxquelles se rapporte l'article précédent s'accompagnent d'un délit qui existe du seul fait de s'organiser, de se faire connaître ou d'inciter à y participer.

Article 4°.- L'infraction à ce que disposent les articles précédents sera punie de la peine de prison, de relégation ou d'exil de degré minimum, moyen ou maximum et à l'incapacité absolue et perpétuelle d'occuper des charges ou des fonctions dans l'Administration Publique, les Services Municipaux, les Entreprise Fiscales, Semifiscales, d'Administration Autonome ou autres dans lesquelles le Fisc aurait une participation majoritaire. »²⁴

10. Comme il a été étayé dans le **Mémoire** des Demandeuresses du 6 janvier 2018²⁵, la nullité de droit public des décrets confiscatoires édictés en application du Décret-loi n° 77, du 8 octobre 1973, découle directement du conflit existant entre ce Décret-loi et son Décret

²¹ Voir dans la Réponse du 17 septembre 2018 des Demandeuresses aux exceptions sur la compétence les §§141, 142 et les notes de bas de page 254-256

²² Pièce C65

²³ Article 15. « 1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. »

²⁴ Pièce C28, dont l'original en espagnol figure dans la pièce C28e : « Artículo 2-- Las' asociaciones ilícitas a que se refiere el artículo anterior importan un delito que existe por el sólo hecho de organizarse, promoverse o inducirse a su organización”, “Artículo 4°— La infracción a lo dispuesto en los artículos anteriores será castigada con la pena de presidio, relegación o extrañamiento menores en su grados medio o máximo y la inhabilitación absoluta perpetua para ocupar cargos u oficios en la Administración Pública, Servicios Municipales, Empresas Fiscales, Semifiscales, de Administración Autónoma u otros en que tenga participación mayoritaria el Fisco.”

²⁵ Pièce C14, SI, §§35-38

réglementaire n° 1726, du 3 décembre 1973²⁶, et non simplement de spécificités liés aux cas où ils ont sévi.

11. En effet, alors que le pouvoir judiciaire demeurait non affecté par les prérogatives assumées par la *Junta Militar*, ce Décret réglementaire avait confié à l'Administration une tâche qui, selon la Constitution (non modifiée sur ce point) revenait exclusivement audit pouvoir judiciaire. Comme le constate la Sentence arbitrale initiale du 8 mai 2008²⁷, déterminer si une entité se trouvait dans le cadre des délits créés par le Décret-loi n° 77 exigeait -sous peine de la nullité *ab initio*, imprescriptible, établie dans l'article 4 de la Constitution- la tenue d'une procédure respectueuse des droits constitutionnels.

Il n'y a pas eu de prescription extinctive en l'espèce

12. Alors que la Constitution subordonne la souveraineté du Chili au « *respect des droits essentiels qui émanent de la nature humaine* », « *c'est un devoir des organes de l'État de respecter et de promouvoir ces droits, garantis par la présente Constitution, de même que par les traités internationaux ratifiés par le Chili et qui se trouveraient en vigueur* »²⁸, les 131 arrêts de la Cour Suprême énumérés dans la **pièce C477**, dont l'Arrêt du 18 juillet 2017 figurant dans la **pièce C454**, affirment l'imprescriptibilité de l'action civile en réparation d'indemnisation pécuniaire des victimes de cette politique répressive sur le groupe national ciblé, pour violations de la Convention Américaine des DDHH et du droit humanitaire international.

Ceci a été confirmé dans la Sentence de la CIADH du 29 novembre 2018, qui a conclu:

« *comme l'ont fait observer la Commission [Américaine des Droits Humains] et l'État lui-même, la jurisprudence de la Cour Suprême chilienne de ces dernières années a considérablement varié, déclarant dans des nombreux cas concrets l'imprescriptibilité de l'action civile en indemnisation pour des dommages découlant de délits de crime contre l'humanité, en intégrant à cette fin des arguments du Droit International relatifs aux Droits de*

²⁶ **Pièce C113**

²⁷ **Pièce C14**, Sentence arbitrale initiale du 8 mai 2008, §§ 203 et 589, notes de bas de page n° 152 et n° 535, respectivement, et §589.

²⁸ Constitution du Chili, article 5, 2ème alinéa : « *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.* »

l'Homme. C'est ainsi que par exemple, dans l'arrêt 23.583-2014 du 20 mai 2015, la Cour Suprême a considéré :

‘(….) l'action civile introduite à l'encontre du Fisc a pour objet d'obtenir la réparation intégrale des préjudices occasionnés par les agissements d'un agent de l'État, ainsi qu'il découle des traités internationaux ratifiés par le Chili et de l'interprétation des normes de droit interne, conformément à la Constitution Politique de la République. En effet, ce droit des victimes et de leurs familles trouve son fondement dans les principes généraux du Droit International relatifs aux Droits de l'Homme, et la consécration normative dans les traités internationaux ratifiés par le Chili, lesquels obligent l'État à reconnaître et à protéger ce droit à réparation intégrale, en vertu de ce que dispose le second alinéa de l'article 5^{ème} et l'article 6^{ème} de la Constitution Politique.

Que l'indemnisation du dommage produit par le délit, de même que l'action pour la rendre effective, se révèlent être de la plus haute importance au moment d'administrer la justice, impliquant l'intérêt public et des aspects de justice matérielle. Dans le cas analysé, étant donné le contexte dans lequel l'acte illicite s'est produit, avec l'intervention des agents de l'État durant une période d'extrême anomalie institutionnelle au cours de laquelle ils représentaient le gouvernement de l'époque, et où -du moins dans le cas du présent dossier- ce pouvoir et cette [capacité de représentation] ont fait clairement l'objet d'abus, produisant des griefs d'une gravité telle que ce qui est examiné ici, **l'État du Chili ne saurait éluder sa responsabilité légale de réparer ladite dette de iure [...]**’²⁹

On remarquera que **l'État du Chili dans cette déclaration à la CIDH reconnaît que le délit international est l'identification du préjudice primaire, que c'est l'élucidation totale de ses effets qui identifie le dommage à réparer.**

Il en découle, aux effets de la présente affaire arbitrale, qu'il n'appartient pas à l'auteur de l'infraction au Traité international, l'État, de circonscrire à sa convenance ce qu'il décide devoir constituer le dommage qu'il entend indemniser : l'effet du déni de justice à l'encontre de M. Pey et la Fondation a été de confirmer le cadre juridique et factuel où le Tribunal arbitral initial a dû trancher (‘*à la connaissance du Tribunal arbitral, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien*’³⁰), et NON la ‘*recherche du temps perdu*’ (plus de sept années pour communiquer le Jugement interne) à quoi l'État du Chili entend réduire cet effet de façon hautement absurde et contraire.

13. Dans son Rapport le professeur Barros contredit également ce qu'il enseigne et soutient dans ses publications en matière de prescription extinctive en droit chilien³¹ où, rappelant les

²⁹ Pièce C643f, CIADH -Affaire *Ordenes Guerra et al c. Chili*, Sentence du 29 novembre 2018, §85. Cette Sentence déclare que ‘*l'État du Chili est responsable de la violation du droit d'accès à la justice, au sens des droits aux garanties judiciaires et à la protection judiciaire, reconnus aux articles 8,1 et 25,1 de la Convention américaine, en rapporta avec ses articles 1,1 et 2.*’

³⁰ Pièce C14, SI, §§438-447, 466, 601-604

³¹ Pièce C92 bis, Barros B. (E.): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica, 2007, page 31, 74, 76, 371, 533, nbp 137

arrêts de la Cour d'Appel de Santiago des 18 janvier 2006³² et 10 juillet 2006³³, il affirme à propos de l'imprescriptibilité des actions patrimoniales contre l'État :

“pendant que subsiste l'état d'exception qui rend impossible l'action patrimoniale, aucune prescription ne peut courir, car aucune action ne pouvait être introduite en raison des difficultés pour établir les faits (...) il suffirait de tenir compte des avancées de la doctrine et de la jurisprudence en matière d'extinction de l'action en responsabilité pour faits illicites, où l'on considère que le délai de prescription ne commence pas à courir tant que la victime directe ou indirecte ne se trouve pas en situation d'exercer l'action en indemnisation. »³⁴

(Soulignement ajouté).

On remarquera que cette publication de M. Barros, en 2007, de même que ces arrêts de la Cour d'Appel de Santiago, sont postérieures aux arrêts minoritaires de la Cour Suprême relatifs à des décrets confiscatoires édictés en vertu du Décret-loi n° 77 de 1973 rédigés par M. Barros lui-même et qu'il cite dans les §§25, 56 de son Rapport à l'appui de la prescription d'une action en revendication patrimoniale, à savoir ceux de 2000 (*Aedo c. Fisc et Rol 1.341-2000*³⁵), de 2003 (*Robles c. Fisc*)³⁶ et de 2004³⁷

14. En effet, l'arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 10 juillet 2006³⁸ a considéré que le calcul du *dies a quo* de la prescription de l'action en réparation du dommage causé par un décret édicté en vertu du DL n° 77 n'est pas soumise au droit interne mais au droit international :

« Consid.1er: s'agissant d'une violation des droits de l'homme le critère directeur quant à la source de la responsabilité civile se trouve dans les normes et les principes de droit international relatifs aux droits de l'homme, et cela doit être nécessairement ainsi dès lors que le phénomène constitué par ces transgressions d'une telle gravité est très postérieur au processus de codification qui ne les a pris en considération du fait qu'il répond à des critères clairement liés à l'intérêt privé, et du fait que la question des droits fondamentaux n'a fait l'objet de normes et n'a été conceptualisée que dans la seconde moitié du XXème siècle. En

³² Pièce C558

³³ Pièce C559

³⁴ *“Mientras subsiste el estado de excepción que hace imposible el ejercicio de la acción patrimonial, ninguna prescripción puede correr, pues acción alguna pudo ser interpuesta en razón de las dificultades para dar por establecidos los hechos; distinto es el caso cuando el orden jurídico es plenamente restituido y queda judicialmente acreditada la existencia del ilícito. A este respecto bastaría considerar los avances de la doctrina y la jurisprudencia en materia de prescripción extintiva de la acción de responsabilidad por hechos ilícitos, donde se asume que el plazo de prescripción no comienza a correr mientras la víctima directa o refleja no esté en situación de ejercer la acción indemnizatoria.”*

³⁵ Pièce C87

³⁶ Pièce C89, Arrêt de la Cour Suprême du 23 janvier 2003, affaire Roblès-Roblès, différenciant l'action de nullité de droit public (imprescriptible, Cons. 27°) et l'action patrimoniale du Code civil (prescription des actes de l'administration impliquant « des droits de tiers ou des intérêts patrimoniaux dont la consolidation par le passage du temps se révèle nécessaire », Cons. 26), voir Mémoire §128

³⁷ Pièce C90e, arrêt Rôle 1458-03

³⁸ Dans le même sens, l'arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 18 janvier 2006, *Gaceta* 313, 367, cités par Enrique Barros, **pièce C92 bis**, Barros B. (E): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica, 2007, page 533, npb 137

effet, conformément aux articles 1.1 et 63.1 de la Convention Américaine des Droits de l'Homme, lorsqu'il y a eu une violation des droits de l'homme cela donne naissance pour l'État qui a commis les infractions à une obligation de réparation par le paiement d'une juste indemnisation à la partie lésée. (...) La Cour [Inter-Américaine des Droits de l'Homme] a clarifié que l'article 63.1 de la Convention ne renvoie pas au droit interne s'agissant de remplir la responsabilité de l'État, de sorte que l'obligation ne s'établit pas en fonction des défauts, imperfections ou insuffisances du droit national, mais indépendamment de ce dernier. »

Consid. 2ème.: la prescription d'une action en dédommagement contre l'État pour violation d'un droit fondamental n'est pas régie par le droit privé (...), ceci serait contraire [à l'article 63.1 de] la Convention Américaine des Droits de l'Homme et, en outre, à l'article 5 de la Constitution Politique de la République (...) ». ³⁹

Le Consid. 5^{ème} ajoute que le manquement à l'obligation de réparation internationale engage la responsabilité internationale de l'État dès lors qu'il a manqué l'accomplissement d'une obligation internationale, indépendamment du fait qu'il y ait faute de sa part :

« On peut ainsi aboutir à la configuration d'une responsabilité objective ou absolue de l'État, à partir de la violation de ses obligations internationales en matière de protection des droits de l'homme. Le devoir de prévention repose sur cette responsabilité objective. »⁴⁰

15. De même, le Rapport Barros omet que les Cours de Justice du Chili appliquent directement les Principes fondamentaux et les directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, qui dispose

« IV. Prescription. Lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit, la prescription ne s'applique pas aux violations flagrantes du droit international des

³⁹ Consid. 1er: “tratándose de una violación de los derechos humanos, el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder a criterios claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX. En efecto, de acuerdo a los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando ha habido una violación de los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (...) La Corte ha aclarado que el artículo 63.1 de la Convención no remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de manera que la obligación no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo. ([CIADH] Caso Velásquez Rodríguez)”; Consid. 4ème: “la prescripción de la acción no puede ser resuelta desde las normas del Derecho privado, porque estas atienden fines diferentes. De aceptarse la tesis de la excepción, ciertamente se vulneraría la citada norma [art. 63.1] de la Convención Americana de Derechos Humanos y, además, la del artículo 5 de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho internacional establece para los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los que ha de situarse el de indemnización que ha sido invocado en estos autos”

⁴⁰ “Se puede, así, ciertamente llegar a la configuración de una responsabilidad objetiva o absoluta del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos. Sobre dicha responsabilidad objetiva reposa el deber de prevención. ([CIADH] Caso El Amparo).”

droits de l'homme et aux violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international.

*La prescription prévue dans le droit interne pour d'autres types de violations qui ne constituent pas des crimes de droit international, y compris les délais applicables aux actions civiles et aux autres procédures, ne devrait pas être indûment restrictive. »*⁴¹

16. Or le raisonnement du Rapport Barros refuse en fait ce droit à M. Victor Pey⁴² après avoir lu, selon ses dires, le **Mémoire** des Demandées du 6 janvier 2018, où il est étayé

i) que M. Pey du fait qu'il était propriétaire du plus important quotidien du pays avait été interdit du territoire et privé de ses droits fondamentaux pendant la dictature militaire (1973-1990)⁴³,

ii) que M. Pey n'a pu récupérer les titres de propriété de son investissement, saisis par les services de la Dictature⁴⁴, que grâce à la décision du Tribunal du 29 mai 1995 sur laquelle se fonde la Sentence arbitrale du CIRDI du 8 mai 2008⁴⁵,

iii) que durant la dictature militaire les juges et tribunaux étaient au service de la répression - comme l'attestent les déclarations publiques de la Cour Suprême du Chili (Plénière) du 6 septembre 2013⁴⁶, et de l'Association des Magistrats du Chili du 4 septembre 2013, reconnaissant et réprouvant la contribution des organes judiciaires à la négation de l'Etat de Droit au Chili :

« [...] le Pouvoir Judiciaire, et en particulier, la Cour Suprême de l'époque, faillirent dans leur tâche essentielle de soutenir les droits fondamentaux et de protéger ceux qui furent victimes d'abus de la part de l'État. Notre profession a encouru [ce qui s'attache à] des actions ou des omissions indignes de sa fonction (...) l'heure est venue de DEMANDER PARDON aux victimes, à leurs parents et la société chilienne pour ne pas avoir été capables à ce moment crucial de l'histoire d'orienter, d'interpeller et de motiver notre corporation et ses membres afin qu'ils ne renoncent pas à remplir leurs devoirs les plus élémentaires et incontournables, à

⁴¹ Résolution a/res/60/147 de l'Assemblée Générale des NN.UU. de 2005, accessible dans <https://bit.ly/1LRXaSA>

⁴² Rapport Barros, §§3, 10, 20, 22, 23, 25-28, 31, 33, 43, 47, 48, 55-59

⁴³ **Mémoire**, §§159, 661, 687-690. Lors du débat parlementaire de la loi 19.568 portant restitution des biens confisqués en vertu du Décret-Loi n° 77, de 1973, le Sénateur M. Piñera, actuel Président du Chili, manifestait à l'égard des personnes visées par la répression «*Las personas afectadas pudieron haber reclamado ante los tribunales de justicia. No lo hicieron. El señor GAZMURI.- La mayoría estaba presa, señor Senador.*

El señor PIÑERA.- Su Señoría, no necesito que me recuerde cosas que todos sabemos. Considero perfectamente razonable pensar que entre el período 1973-1978 esas personas, naturales y jurídicas, no tuvieron las verdaderas oportunidades de ejercer los derechos Constitucionales », pièce R-0083, page 31

⁴⁴ Pièce C14, SI, nbp 162, §§70, 261, 719

⁴⁵ Sentence arbitrale du 8 mai 2008, §§3, 77, 163, 210 *in fine*, 214, 215, 719

⁴⁶ Pièce C485

savoir l'accomplissement de leur fonction de prévention qui, en elle-même justifie et explique l'existence de la juridiction. »⁴⁷

La prémissie de la Demande du 4 octobre 1995 de M. Pey auprès du 1^{er} Tribunal civil de Santiago est précisément l'invalidité du Décret n° 165.

17. Que contrairement à ce qu'affirme ou insinue le Rapport Barros⁴⁸, en droit chilien l'action en nullité de droit public des confiscations édictées en application du Décret-loi n° 77 de 1973 est imprescriptible. M. Barros dans son Rapport contredit ce qu'il l'affirme taxativement dans ses propres publications :

« 371. Prescription de l'action. a) Il a été soutenu que les actions à l'encontre de l'État ne seraient pas sujettes à prescription, en vertu du principe que dans le droit public le temps n'assainirait pas les situations juridiques, parce que cela entrerait en contradiction avec l'impératif de suprématie de la Constitution et [de] la loi (...) tout indique que l'ilégalité, de même que l'inconstitutionnalité, ne peut s'assainir par le passage du temps. À tout moment il y aura effectivement la possibilité de faire valoir la norme [de niveau] supérieur, en vertu du principe de hiérarchie normative qui régit les relations de validité à l'intérieur de l'ordonnancement juridique ». ⁴⁹

L'arrêt de la Cour Suprême que M. Barros a rédigé en 2000 (*Aedo C/Fisc*) et qu'il cite au §25 de son Rapport confirme l'imprescriptibilité de l'action en nullité de droit public:

« il convient de garder présent à l'esprit que l'affaire soumise à notre appréciation est une

⁴⁷ Pièce C486 : « el Poder Judicial y, en especial, la Corte Suprema de la época, claudicaron en su labor esencial de tutelar los derechos fundamentales y proteger a quienes fueron víctimas del abuso estatal. Nuestra judicatura incurrió en acciones y omisiones impropias de su función, al haberse negado, salvo aisladas pero valiosas excepciones que nos honran, a prestar protección a quienes reclamaron una y otra vez su intervención. La inadmisibilidad o el rechazo por parte de nuestros tribunales de miles de recursos de amparo, muchos de los cuales fueron fundadamente interpuestos en nombre de compatriotas de cuya suerte nunca más se supo, la negativa sistemática a investigar las acciones criminales perpetradas por agentes del Estado y la renuencia a constituirse personalmente en centros de detención y tortura, sin duda alguna, contribuyeron al doloroso balance que en materia de derechos humanos quedó tras ese gris período. El Poder Judicial pudo y debió hacer mucho más, máxime cuando fue la única institución de la República que no fue intervenida por el gobierno de facto. Establecido lo anterior, como Asociación Nacional de Magistrados, sin ambigüedades ni equívocos, estimamos que ha llegado la hora de PEDIR PERDÓN a las víctimas, sus deudos y a la sociedad chilena por no haber sido capaces, en ese trance crucial de la historia, de orientar, interpelar y motivar a nuestra institución gremial y a sus miembros, en orden a no desistir de la ejecución de sus deberes más elementales e inexcusables, a saber, el cumplimiento de la función cautelar que en sí misma justifica y explica la existencia de la jurisdicción. »

⁴⁸ Rapport Barros, §§23,

⁴⁹ Barros B. (E.): Tratado de responsabilidad extracontractual..., “371. Prescripción de la acción. a) Se ha sostenido que las acciones en contra del Estado no estarían sujetas a prescripción, en virtud del principio de que en el derecho público el tiempo no sanearía las situaciones jurídicas, porque ello entraría en contradicción con el imperativo de supremacía de la Constitución y la ley (...) todo indica que la ilegalidad, así como la inconstitucionalidad, no puede sanearse por el transcurso del tiempo. En efecto, en cualquier momento habrá la posibilidad de hacer valer la norma superior, en virtud del principio de jerarquía normativa que rige las relaciones de validez al interior del ordenamiento jurídico”, voir **Mémoire**, §128

action en nullité de droit public, fondée sur le chapitre I de la Constitution politique, relative aux fondements des institutions, qui établit le principe selon lequel l'action des organes de l'Etat doit respecter la Constitution et les lois, conformément à l'article 6, et selon lequel les organes de l'Etat agissent validement dans les limites de leur compétence et dans les formes prévues par la loi, avec comme conséquence que tout acte enfreignant cette règle est nul et entraînera les responsabilités et sanctions prévues par la loi, conformément à l'article 7.
Dans les circonstances que ces règles établissent comme principes fondamentaux de la soumission des organes publics au droit, les actes que ces derniers accomplissent en excédant les pouvoirs qui leur ont été conférés par les règles hiérarchiquement supérieures sont dépourvus de valeur juridique, ce qui peut être déclaré à n'importe quel moment par le tribunal compétent, qui en effectuant cette déclaration se limite à affirmer le principe de la supériorité hiérarchique de la Constitution et des lois sur les actes de l'Administration de l'Etat, sans qu'en cette matière soient applicables les règles générales du droit privé relatives à la prescription des actions. »

18. Le Rapport Barros omet

- a) que la Cour Suprême n'a appliqué la prescription de l'action en nullité de droit public à aucun des investisseurs ressortissants du Chili visés par des Décrets confiscatoires de biens édictés en application du Décret-loi 77 et son Décret réglementaire n° 1726, de 1973⁵⁰, et
- b) que dans seize des dix-huit arrêts de la Cour Suprême joints au **Mémoire**, portant sur des décrets édictés en vertu du Décret-loi n° 77 et du Décret réglementaire n° 1726 de 1973, la Cour Suprême a déclaré imprescriptible l'action civile patrimoniale visant à réclamer des réparations.⁵¹ Ce qu'infirme la conclusion du Rapport Barros selon laquelle

« 55. Les cours chiliennes ont déclaré de manière constante que les conséquences patrimoniales associées à la nullité de droit public sont soumises au régime commun de prescription établi dans le Code civil (supra §§ 20, 23, 25-28). »

19. Il omet que le raisonnement du Jugement du 24 juillet 2008 du 1^{er} Tribunal civil de Santiago est complètement incompatible avec la validité du Décret n° 165, du 10 février 1975⁵².

**

Analyse ponctuelle du Rapport Barros

⁵⁰ Voir **Mémoire**, §§100, 34-39, 85, 89, 99-107, 115-117

⁵¹ **Ibid.**, §§124-132 ; 109-112 ; 118-132; et les §§687-695 pour l'obligation légale de réparer le dommage moral

⁵² Pièce C1

20. §§12, 35 :

« *Le jugement rendu de fut jamais notifié à Monsieur Pey, de sorte que le Conseil de défense de l'Etat demanda en juin 2009 l'abandon de la procédure. Ledit abandon fut prononcé par la Cour d'appel de Santiago en décembre 2009. »*

« *une décision judiciaire déclarant l'abandon de la procédure a pour effets que les actes du procès, y compris le jugement, perdent toute valeur juridique.*”

Il omet toute mention de l'article 162 du Code de Procédure Civile disposant que le Jugement définitif devra être prononcé dans un délai de soixante jours comptés à partir du jour où la cause sera en état pour statuer, donc à partir du 3 janvier 2001 selon le dossier judiciaire.⁵³ Or il a été prononcé sept ans après, le 24 juillet 2008.

Il omet également toute mention de l'article 52 du Code de Procédure civile⁵⁴ ordonnant de notifier personnellement le Jugement dès lors que le prononcé de celui-ci avait pris plus de 60 jours depuis que la cause était en état pour statuer, le 3 janvier 2001⁵⁵, ce qui obligeait le Tribunal à notifier personnellement le Jugement à M. Pey. Raison pour laquelle le Juge de 1^{ère} Instance refusa de déclarer en 2009 que M. Pey aurait abandonné la procédure comme le lui demandait l'État (v. **Mémoire**, §§208, 209), un refus que M. Barros omet.

21. §§33 :

« *33. En ce qui concerne la prescription, le jugement examine la demande de restitution d'un présumé dépôt nécessaire pour la nullité alléguée de droit public du décret n°165 (fondement 10).* »

Le Rapport reconnaît ici que M. Pey a mis en question devant le Tribunal de Santiago la validité du décret comme cheminement obligatoire pour décider la demande de restitution des presses Goss.

Aux §§36-38 ce Rapport considère l'évidence, à savoir ce que M. Pey du Juge n'a pas demandé du Juge:

« *36. Les demandeurs ont admis que monsieur Pey n'a pas exercé l'action en nullité de droit public devant le 1er Tribunal Civil de Santiago (...)*

⁵³ Voir les **pièces C32 et C34**, les résolutions des 3 janvier et 5 mars 2001, respectivement, du 1er Tribunal civil de Santiago

⁵⁴ L'article 52 du Code de procédure civile chilien dispose : » *S'il se passe six mois sans qu'aucune décision ait été prononcée dans le procès, ne seront pas considérés comme notifications valables les annotations [figurant] à l'état journalier sans qu'ait été faite une nouvelle notification personnellement ou par acte officiel* ».

⁵⁵ Voir les **pièces C32 et C34**, les résolutions des 3 janvier et 5 mars 2001, respectivement, du 1er Tribunal civil de Santiago

« 38. (...) Victor Pey n'a pas exercé l'action en nullité de droit public (autrement dit, il n'a pas demandé au 1er Tribunal civil de déclarer la nullité de droit public du décret n° 165). »

Or M. Barros omet de considérer que le Jugement en vue de décider la qualité d'agir, et la prescription de l'action exercée, a traité dans ses 9^{ème} et 10^{ème} Consids. précisément la mise en question du Traité telle que demandée par M. Pey dans l'acte introductif du 4 octobre 1995 et dans la Réplique du 26 avril 1996 (voir §§1 et 17 *supra* et le §46 *infra*):

»*Que [le Demandeur affirme que] le dit acte d'autorité est entaché de nullité de droit public comme étant contraire à la Constitution de 1925 en vigueur à cette époque et au Décret-Loi 77 de 1973, qu'en conséquence cela serait imprescriptible, irréformable et inexistant juridiquement, par suite toutes les actions déployées afin de prendre possession matériellement du bien ont donné lieu à une situation de fait* » (Consid. 10^{ème})⁵⁶

22. §§4(a) : « *j'ai pour rédiger ce rapport pris en compte en particulier les précédents suivants : (...) (vii) rapport d'expert de M. Marcos Libedinsky du 27 octobre 2014 ; et (viii) rapport complémentaire de M. Marcos Libedinsky du 9 mars 2015.*

Or M. Barros omet soigneusement de prendre en considération ce que le Juge M. Libedinsky, expert du Chili devant le Tribunal de Réexamen du CIRDI, ancien Président de la Cour Suprême du Chili, a reconnu en présence du Tribunal de réexamen, à savoir que dans le 9^{ème} Considérant du Jugement

“*le juge à cet endroit en est venu (...) à sanctionner ou à estimer qu'il incombait de sanctionner par la nullité de droit public ladite situation qui serait contraire à la Constitution et à des lois de la République* » du Décret n° 165. »⁵⁷

23. §10 : « *Dans ce procès, le Fisc, représenté par le Conseil de défense de l'Etat, souleva, entre autres, les exceptions suivantes : (i) défaut de légitimation active, au motif que monsieur Pey avait agi à titre personnel et non pas au nom des personnes morales qui avaient été les propriétaires de la rotative Gross ; (ii) prescription, étant donné que plus de*

⁵⁶ Pièces C1, C17, C67 et C18, Demande, Réponse, Réplique et Duplique des parties dans la procédure traitée par le 1^{er} Tribunal civil de Santiago

⁵⁷ Voir **Mémoire**, §§137,138

20 ans s'étaient écoulés depuis les faits sur lesquels se basait la demande. »

M. Barros omet la principale allégation de l'État au 1^{er} Tribunal civil de Santiago et que le Juge a considéré incompatible avec son Jugement, à savoir que seulement l'État aurait le droit d'agir du fait que le Décret n° 165 serait valide. Une prétention que le 9^{ème} Consid. n'a pas acceptée et que le 19^{ème} Consid. considère incompatible avec ce qu'a tranché le Jugement (v. *supra* §1).⁵⁸

24. §11 : « *En date du 24 juillet 2008, le 1^{er} Tribunal civil de Santiago rendait son jugement définitif dans l'affaire, accueillant les exceptions du Fisc chilien et, par conséquent, rejetant la demande en toutes ses parties. »*

Il omet les exceptions formulées par l'État relatives à la validité du Décret, que le 19^{ème} Considérant déclare incompatible avec les exceptions que le Jugement a accepté dans les Consids. 9^{ème} et 13^{ème} à 17^{ème} (v. §1 supra et le **Mémoire**, §§108, 162-166).

25. §§15, 18, 20-23, 25-27, 30(b), que résument les paragraphes suivants :

§20 : « *La jurisprudence a établi deux principes : (i) la nullité de droit public doit être déclarée par un tribunal et (ii) les actions patrimoniales connexes à la nullité prescrivent conformément aux règles générales du droit civil.* »

§21 : « *Le jugement qui établit la nullité est un acte déclaratif et non une simple reconnaissance ou constatation.* »

§30(a) : « *Le rapport Ávila soutient, de façon erronée, que l'illégalité de l'acte juridique de l'Etat produit la réponse *ipso jure* de l'ordre juridique, par conséquent l'acte illégal ne parvient pas à naître* » ;

§30(b) : « *le rapport Ávila affirme, également à tort, qu'il est unanimement entendu par la doctrine et la jurisprudence des tribunaux chiliens que l'action de droit public est imprescriptible et que [l]a discussion est aujourd'hui pratiquement inexiste dans la doctrine et la jurisprudence chilienne ; l'action constitutionnelle en nullité de droit public est imprescriptible. Personne n'enseigne autre chose en chaire, personne ne le remet en question et les tribunaux tranchent dans ce sens.* »

Le Rapport manipule ici le Rapport de Me Avila. Celui-ci affirme :

⁵⁸ **Ibid.**, **Mémoire**, §108

« §26. Le fondement de cette imprescriptibilité est, en premier lieu, le fait que l'illégalité d'un acte juridique de l'État produit la réaction ipso jure de l'ordonnancement juridique, de sorte que l'acte illégal n'accède pas à la vie juridique et, par une conséquence directe et nécessaire, ce qui n'a jamais existé ne peut être assaini par le passage du temps. La prescription ne saurait opérer à l'égard d'un acte inexistant. La réaction de défense de la légalité de l'État est ex tunc, c'est-à-dire qu'elle opère depuis toujours, non depuis le moment où une décision déclare l'existence de la nullité. »⁵⁹

M. Barros soumet au §30 que ceci serait une erreur « évidente, concernant les caractéristiques de la nullité de droit public ». Or ce sont TOUS les arrêts annexés au **Mémoire** et ceux cités par Me Avila qui affirment

- a) que la nullité opère *ipso iure, ab initio*, et le Tribunal est obligé « à déclarer ou à constater » la nullité, *ex officio*, aussitôt porté à sa connaissance le fait constitutif de la nullité du décret confiscatoire,
- b) que la nullité de droit public des décrets édictés *ex DL* n° 77 de 1973 est imprescriptible.

Dans la **Pièce C446** figure l'Arrêt de la Cour Suprême du 9 juillet 1993 confirmant l'Arrêt de la Cour d'Appel de Valparaiso du 1^{er} avril 1993, Consid. 2^o :

« la doctrine et la jurisprudence ont marqué que la nullité se produit « **ipso iure** », c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'une déclaration judiciaire, et à supposer qu'il y ait lieu à intervention de l'autorité judiciaire, elle se limitera à faire état de ce fait constant (c'est-à-dire ladite nullité); elle est en outre imprescriptible quel que soit le temps écoulé; elle n'est pas susceptible de renonciation, vu que l'intérêt public est engagé; tout cela peut être exprimé par l'idée d'une invalidité depuis le moment initial et à perpétuité. tout cela peut être exprimé par l'idée d'une invalidité depuis. »[Emphase ajouté]

Cet Arrêt du 9 juillet 1993 de la Cour Suprême a été précisément invoqué par M. Pey devant le 1^{er} Tribunal civil de Santiago le 26 avril 1996.⁶⁰

Le Rapport omet que les **vingt-deux (22) arrêts** qui figurent dans le dossier arbitral⁶¹, prononcés entre janvier 1997 et janvier 2004, traduits dans leur intégrité ou en partie en annexe au **Mémoire**, ont pour matière et sujet des confiscations édictées en application dudit Décret-Loi n° 77 de 1973 (*eiusdem generis*), et déclarent tous l'**imprescriptibilité** de la nullité de droit public des décrets confiscatoires et, également, de l'action en indemnisation y afférente. Et il

⁵⁹ La version française du Rapport Barros modifie celle du §26 du Rapport Ávila, à qui fait dire, hors contexte que « *l'illégalité de l'acte juridique de l'Etat produit la réponse ipso jure de l'ordre juridique, par conséquent l'acte illégal ne parvient pas à naître* »

⁶⁰ **Pièce C67**, Réplique de M. Pey à l'État, page 7 de la traduction

⁶¹ **Ibid.**, voir la liste des arrêts dans le §118

omet que les trente-et-un (31) arrêts qu'il cite, ou qu'il joint à son Rapport, mais qu'il ne traduit pas, n'ont pas pour objet ce Décret-Loi -exception faite de 3 arrêts rédigés par M. Barros lui-même et un quatrième- raison pour laquelle ces arrêts minoritaires font ici l'objet d'une objection.

La jurisprudence figurant dans le **Mémoire** aux décrets édictés en vertu du Décret-loi 77 de 1973 dément donc la conclusion du §30(b) du Rapport Barros.

L'autre conclusion de M. Barros dans ce §30(b) :

« Comme nous l'avons montré, la Cour suprême a établi que même l'action en nullité de droit public prescrit quand elle est exercée avec une action patrimoniale (action de pleine juridiction) »,

est également démentie dans tous les arrêts joints au Rapport Barros dont l'objet étaient des décrets confiscatoires, c'est-à-dire dans les quatre identifiées dans le §49 *supra*. Aucun des autres arrêts cités ou joints par M. Barros ont comme objet des décrets confiscatoires découlant de ce Décret-loi.

À ces **vingt-deux (22) arrêts** figurant dans le dossier on peut ajouter ici la liste de **cent trente-et-un (131) autres arrêts** prononcés par la Cour Suprême du Chili statuant en faveur de l'imprescriptibilité de l'action en indemnisation pécuniaire pour des actes illicites de l'État contraires au droit international humanitaire.⁶²

De même, ce qu'il affirme de façon catégorique dans ce Rapport M. Barros l'infirme lui-même dans les publications qui sont citées et annexées au **Mémoire**, comme on vient de le voir dans le §17 *supra*.

26. §§21, 23, 24, 28, 30(a), 59(ii) et (iii) : que l'on peut résumer dans le

§24 : « *en ce qui concerne la nécessité de déclaration, la Cour d'appel de Santiago a affirmé, dans l'affaire Fisc c/ Asociación del Canal de Arriba de Catemu (...)* »,

§28 : « *En résumé, la jurisprudence chilienne des vingt dernières années conclut que : (i) la nullité de droit public doit être déclarée par un tribunal, et (ii) les conséquences patrimoniales découlant de cette nullité prescrivent selon les règles générales du Code civil* »,

§30(a) : « *Le rapport Ávila soutient, de façon erronée, que 'l'illégalité de l'acte juridique de l'Etat produit la réponse ipso jure de l'ordre juridique, par conséquent l'acte illégal ne parvient pas à naître'* »

⁶² Pièce C477

§59(1) : « *les demandeurs invoquent une supposée nullité de droit public de ce décret, nullité qui n'a jamais existé et qui ne correspond pas avec le droit en vigueur au Chili* »;

§59(2) : « *les demandeurs soutiennent que la nullité de droit public opérerait ipso iure et serait imprescriptible* » ;

§59(3) : « *Ces deux affirmations sont contradictoires avec la doctrine jurisprudentielle, qui de manière prolongée et systématique a établi que ladite nullité exige une déclaration.* »

Le Rapport Barros omet

- a) qu'en droit chilien s'applique la détermination du *dies a quo* de la prescription selon la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* (v. Rapport Araya, §2⁶³), ce que M. Enrique Barros confirme toutefois dans ses publications⁶⁴ ;
- b) que le Juge M. Perry, que cite le Rapport⁶⁵, n'a fait partie d'aucun tribunal connu qui aurait prononcé l'un des dizaines d'arrêts dont l'objet serait la nullité de droit public découlant de l'application du DL n° 77 de 1973;
- b) que tous les arrêts figurant dans le **Mémoire** affirment l'obligation impérative du Tribunal soit de déclarer soit de « **constater** » *ex officio* la nullité de droit public d'un décret confiscatoire édicté en vertu du Décret-loi n° 77 de 1973, *survenue de plein droit, ex tunc, ab initio*, sans besoin de la *déclarer* de manière ciblée pourvu qu'elle soit prise en compte par le Jugement, comme doit l'être toute donnée factuelle⁶⁶;
- c) que la nullité de droit public étant une donnée factuelle d'ordre juridique le juge du fond est pleinement habilité, et obligé, à en reconnaître la réalité, et tous ces arrêts déclarent imprescriptible l'action en nullité de droit public de ces décrets confiscatoires ;
- d) que M. Barros ne cite aucun arrêt de la Cour Suprême qui aurait déclaré prescriptible l'action en nullité de droit public d'un décret confiscatoire édicté en vertu de ce Décret-loi 77 de 1973 ;
- e) que, d'autre part, la traduction française du Rapport Barros manipule la citation que son §30 fait du Rapport Avila, alors que M. Avila, sur le fondement de la jurisprudence et de la doctrine qu'il cite, parle de la très spécifique et différente action de nullité de droit **public** :

⁶³ Voir le §2 du Rapport de Me. Araya citant l'arrêt de la Cour Suprême Rol N° 9.975-2015, **pièce C444**

⁶⁴ Voir les §§128, 129, 131 du **Mémoire** des Demandereuses du 6 janvier 2018

⁶⁵ Voir dans le Rapport Barros les §§ notes de bas de page 12, 13, 22, 23

⁶⁶ **Mémoire**, §§114, 115

« 25. Il a été admis de façon unanime par la doctrine et la jurisprudence des tribunaux chiliens que l'action en nullité de droit **public** est imprescriptible. C'est une chose qui ne fait pas débat au plan judiciaire, au moins depuis 1993. » [Soulignement ajouté]

27. **§26** : « *Dans une affaire analogue à celle ayant donné lieu à cet avis juridique, concernant également la nullité d'un décret confiscatoire, la Cour suprême a déclaré dans l'affaire Galetovic et autres c/ Fisc (...)* »

Le Rapport omet de dire que cet arrêt *Galetovic*⁶⁷ affirme la nullité *ab initio* du décret confiscatoire édicté *ex DL* n° 77 de 1973 de même que l'imprescriptibilité de la nullité de droit public du décret, qui constituent la *causa petendi* de ce procès :

Consid. 11^{ème} : « *Qu'il soit tenu par une partie de la doctrine que, du fait que la nullité de droit public fait référence aux actes des organes publics qui outrepassent leurs pouvoirs légaux, en contradiction avec le principe de juridicité, fondamental dans un État de Droit, elle est constitutionnellement consacrée et, à la supposer déclarée, il doit s'entendre que ces actes ont été nuls depuis leur naissance, le sont et le seront à perpétuité, quand bien même se serait écoulé, depuis que de fait les actes se seraient produits, quelque durée que ce soit* ».

Consid. 12^{ème} : « *Qu'il peut être admis que la nullité de droit public et l'action destinée à ce qui devait être déclaré possèdent les caractéristiques et effets mentionnés précédemment.* »⁶⁸

M. Barros contredit ici son Rapport à nouveau: l'arrêt *Robles*, rédigé par lui (v. **Mémoire**, §128), affirme l'imprescriptibilité de la nullité de droit public d'un décret édicté *ex DL* n° 77 de 1973, mais le Rapport omet de considérer que le Juge de 1^{ère} Instance de l'affaire des presses Goss en déclarant que dès lors qu'il s'agit de l'investissement de M. Pey la nullité de droit public serait prescrite (Cons. 14^{ème}), est en contradiction avec TOUTE la jurisprudence de la Cour Suprême relative aux décrets confiscatoires édictés en application dudit *DL* n° 77,

28. **§32** : « *Le tribunal a commencé par examiner la légitimité de monsieur Pey pour agir ... le demandeur indique expressément que le bien objet du présent litige appartient à un tiers, à savoir la société Empresa Periodística Clarín Limitada, raison pour laquelle il*

⁶⁷ Cet arrêt, *Société Ltée Radio Voz del Sur c. le Fisc*, daté le 21 janvier 2004 (Rôle n° 1538-1998) figure dans la **pièce C90**

⁶⁸ « *Que se sostiene por parte de la doctrina que, por referirse la nulidad de derecho público a los actos de los órganos públicos que sobrepasan sus potestades legales, contradiciendo el principio de juridicidad básico en un Estado de Derecho, está consagrada constitucionalmente y, al ser declarada, debe entenderse que aquellos actos han sido nulos desde su nacimiento y lo son y serán para siempre, la acción para requerirla será por eso imprescriptible e inextinguible, así hubiera transcurrido, desde que en el hecho los actos se hubieran producido, el tiempo que fuere.* »

Consid. 12ème : « *Que puede admitirse que la nulidad de derecho público y la acción para que se declare tengan las características y efectos ya mencionados.* »

incombait à cette dernière et non au demandeur qui a comparu à ce procès d'engager l'action, puisque le titulaire des droits est la personne morale et non la personne physique.. '(fondement 9). »

Le Rapport omet la manipulation de la *causa petendi* intervenue dans le 9^{ème} Consid. du Jugement du 24 juillet 2008. Alors que M. Pey avait agi en qualité de propriétaire de 100% des actions de CPP S.A., en précisant dans sa Demande que les presses appartenaient à celle-ci⁶⁹, ce Jugement attribue à M. Pey une affirmation selon laquelle elles auraient appartenu à EPC Ltée., ce qu'il n'a pas dit.

Il omet également que ce Considérant 9^{ème} , comme on a vu *supra* (§1)

a) rejette l'exception principale du représentant de l'État, qui attribuait à celui-ci la qualité de propriétaire en alléguant que le Décret n° 165 serait valide et, en conséquence:

« *il y a lieu de porter à l'attention de V.S. que même la Société mentionnée [EPC Ltée] ne pourrait pas être la demanderesse, car il lui manque l'habilitation pour agir dans cette affaire puisque, comme il sera démontré plus loin, le Fisc est le propriétaire* »⁷⁰ ;

b) qu'en reconnaissant le droit d'agir d'EPC Ltée, dès lors que celle-ci serait, selon ledit Considérant, la propriétaire des presses, ce Consid. 9^{ème} a refusé la prétention de l'État selon laquelle puisque le Décret n° 165 de 1975 était valide le propriétaire du bien et le titulaire du droit d'agir serait l'État.

c) Il omet que le Consid. 9^{ème} parvient à la conclusion que le droit d'agir appartient à EPC Ltée par le fait que le Juge applique ici la nullité de droit public du décret, comme l'a explicitement déclaré l'expert du Chili, le juge M. Libedinsky, lors de l'audience du 14 avril 2015 devant le tribunal du CIRDI (voir *supra* §22).⁷¹

29. §34 : « *Il est ainsi prouvé qu'il n'est pas vrai que le jugement ait reconnu (et encore moins déclaré) la nullité de droit public du décret n° 165 de 1975, contrairement à ce qui est allégué par les demandeurs à l'arbitrage UNCITRAL* »

Après avoir omis toute analyse du **9^{ème} Considérant** du Jugement, précisément celui qui atteste l'invalidité du Décret n° 165 comme il est surabondamment étayé dans le **Mémoire** des

⁶⁹ Voir **Mémoire**, §§199-204

⁷⁰ Pièce C17, Réponse de l'État, allégation 1^{ère} *in fine*

⁷¹ Voir **Mémoire**, §§137, 138

Demanderesses du 6 janvier 2018⁷², de même que dans les Rapports de Me. Victor Araya⁷³ et de Me. Roberto Ávila⁷⁴ et dans le §1 *supra*, le Rapport déplace dans le §34 et la nbp n° 31 l'argumentaire du **Mémoire** relatif au constat de l'invalidité du Décret n° 165 vers les seuls paragraphes -qu'il cite hors-contexte- nos. 97, 109 et 113, ce dernier mentionnant le Consid. 9^{ème} du Jugement de même que le traitement des normes constitutionnelles relatives à la nullité de droit public figurant aux Consids. 10 et 11.

30. §39 : « *Selon le droit procédural chilien, les juges déclarent les droits dans le dispositif du jugement, qui est la partie qui produit l'autorité de la chose jugée. Le dispositif du jugement analysé déclare ‘ Rejette en toutes ses parties la demande de la page 24, conformément à ce qui est exposé dans l'attendu 18 de la décision. ’* »

Le Rapport omet que dans les antécédents ce Jugement a indiqué, entre autre, que la représentant de l'État a demandé, comme on a vu *supra* (§1) que

« *la société [EPC Ltée] à laquelle il est fait allusion ne pourrait pas, elle non plus, être la demanderesse dès lors qu'elle serait dépourvue d'habilitation à agir pour ester, car, comme elle démontrera, le Fisc est le propriétaire de la chose* »

et que

« *subsidiairement, elle oppose la validité du Décret Suprême N° 165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur, pour que soit rejetée la demande, dans la mesure où in n'existe pas de dépôt nécessaire comme le mentionne le demandeur, car pour se trouver dans ladite situation il serait nécessaire que soit déclarée la nullité du Décret Suprême N° 165 de 1975, du Ministère de l'Intérieur, lequel n'est pas en opposition avec l'ordonnance constitutionnelle en vigueur à la date où il a été édicté, ni n'enfreint le principe de légalité qui régit l'action des organes publics* ».

Cependant le Jugement (Consid. 9^{ème}) n'a pas accueilli la demande de l'État en ce qu'il déclare que c'était EPC Ltée qui avait le droit d'agir.

Le Rapport omet que si le Décret du 10 février 1975 avait été valide, la dissolution d'EPC et la confiscation de tous ses biens aurait entraîné que « *de ce fait, elle a cessé d'être une personne*

⁷² **Pièce C14**, SI, §§35, 101, 137, 138, 139, 145, 147, 161, 162, 163, 166, 167, 171, 203, 213, entre autres

⁷³ §§2(e), 38, 39, IX(1)

⁷⁴ §§44, 69, 81-84

morale et se trouve empêchée d'agir comme telle » depuis 1975...⁷⁵

Le Rapport omet qu'en droit chilien l'argumentation fondant le Dispositif d'une sentence peut avoir l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle est indispensable à l'objet et à la finalité du Dispositif.⁷⁶

31. §40: « *Les demandeurs soutiennent que le jugement aurait pris en compte la réalité de la nullité de droit public dans les attendus. Le rapport Ávila semble également présumer qu'un droit pourrait être déclaré dans les attendus définitifs d'un jugement. Cette assertion est erronée. (...) Ainsi, on ne peut considérer qu'il existe un attendu définitif quand ce qui est décidé n'a aucun lien avec une quelconque opinion contenue dans la motivation de la décision, comme c'est le cas dans le jugement analysé. »*

En premier lieu, le Rapport dénature la citation dans le Rapport Avila relative à la procédure dans laquelle M. Pey avait sollicité que le Juge constate *ex officio* la nullité de droit public du Décret n° 165, à savoir :

“In order for an argument in the whereas to qualify as operative, it must meet several requirements: a) Formally, it should be among the grounds to the judgment. Its presence in the operative part would in principle preclude discussion and result in the phrase being regarded as part of the decision; b) Substantively, it should effectively anticipate the decision and may or may not be restated in the operative part; c) It may establish the facts of the case, or at least those whose existence forms the immediate basis of the judgment” (Tavolari Oliveros, Raúl (2000): “Límites objetivos de la cosa juzgada civil (Intento de delimitar la cuestión en el derecho chileno)” (Objective limits of civil res judicata – An attempt to define the question in Chilean law), p. 216, in El proceso en acción (Editorial Libromar)).

En effet, comme on a vu *supra* (§1) la nullité de droit public du Décret n° 165 a été amplement débattue dans la procédure interne entre M. Pey (qui sollicitait qu'elle soit *constatée ex officio*) et l'État (qui sollicitait qu'il soit déclaré que ce Décret était valide et que, par conséquent, la propriété et le droit d'agir appartenaient à l'État)⁷⁷, un débat tranché dans le Consid. 9ème dans le sens contraire à celui demandé par l'État et, constatant l'invalidité du Décret, a reconnu la qualité d'agir d'EPC Ltée.

En deuxième lieu, la partie dispositive du Jugement a son premier fondement dans ce Consid. 9ème en ce que celui-ci attribue le droit d'agir à EPC Ltée et non à l'État.

⁷⁵ Voir **Mémoire**, §171, et l'arrêt de la Cour Suprême du 27-11-1991, pièce C118

⁷⁶ Voir l'arrêt de la Cour Suprême du 13 septembre 2006, Consid. 7° (Rol N° 4416-04), cité dans le Rapport Avila, §3

⁷⁷ Voir les pièces C17, C67

32. §§41, 42: §41 : « *l'analyse des attendus [du Jugement du 24 juillet 2008] montre que là non plus le juge ne reconnaît, ni même ne prend en compte, aucune prétendue nullité du décret n° 165 précité.*” §42 : « *Il ressort du texte de cette décision que le tribunal n'examine, fût-ce d'une manière superficielle, ni les causes de nullité (abus de pouvoir, défaut de pouvoir ou incompétence, etc.), ni la manière dont les faits de l'espèce coïncident avec ces causes.* »

Le Rapport omet que le Consid. 19^{ème} du Jugement a déclaré explicitement incompatibles avec celui-ci les prétentions de l'État relatives à la validité du Décret (v. *supra* §1), et que si le Décret avait été valide la personne morale EPC Ltée serait « décédée » lors de la promulgation du Décret n° 165 en 1975, le droit d'agir de cette société n'aurait pas légalement existé lorsque vingt ans après M. Pey a formulé la Demande du 4 octobre 1995 en restitution ou compensation des presses Goss.

La traduction française du §42 du Rapport Barros a remplacé le motif de nullité de droit public dans l'original *-desviación de poder* (« **détournement** de pouvoir », ce qui peut inclure un acte qui ayant enfreint la séparation des pouvoirs inhérent à la nullité de droit public tel que le décret confiscatoire édicté en application du Décret-loi 77 de 1973) par un acte juridique différent - celui d'« abus de pouvoir »- qui n'enfreignant pas la séparation des pouvoirs ne constitue pas un motifs d'annulation des Décrets édictés en application du Décret-loi 77 de 1973.

33. §43 : « *C'est à raison que le jugement n'a pas examiné les éventuels vices du décret n° 165, se prononçant seulement sur une question formelle préliminaire, à savoir la prescription de l'action : '[L]e vice qui prétendument entachait l'acte de confiscation attaqué, est purgé conformément au droit' (fondement 16, souligné par nous).* »

Le Rapport manipule le raisonnement logique du Jugement en affirmant que celui-ci aurait seulement considéré en vue de décider la question de la prescription sans examiner la question relative aux vices du Décret N° 165. Au contraire, comme on a vu *supra* (§1), le Consid. 9^{ème} constatant d'abord que le Décret est nul rejette la prétention de l'État d'attribuer la qualité d'agir à l'État et l'attribue à EPC Ltée, et seulement ensuite -comme il est juridiquement logique- dans les Consid. 13^{ème} à 17^{ème}, applique la prescription à l'action que le Jugement affirme que M. Pey aurait exercée.

M. Barros a renversé la séquence des prétentions de l'État qui figure dans la procédure interne⁷⁸ et dans les antécédents du Jugement, à savoir:

- 1^{ère} exception formulée par l'État, *in fine*: seul l'État aurait à proprement parler le droit d'agir, en aucun cas M. Pey ni EPC Ltée, puisque, selon le Fisc, l'État était le propriétaire des presses depuis la promulgation du Décret ;
- 2^{ème} exception, subsidiaire à l'exception antérieure: «*j'oppose la validité du Décret Suprême N° 165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur*» ;
- 3^{ème} exception : «*j'oppose l'exception de non existence d'un dépôt par nécessité en l'espèce*» ;
- 4^{ème} exception «*Subsidiairement aux exceptions opposées dans les N°s précédents, j'oppose l'exception de prescription extinctive de l'action introduite*»

En acceptant dans le Consid. 9^{ème} le droit d'agir d'EPC Ltée et dans les Considérants 14^{ème} à 17^{ème} la 4^{ème} exception, le Jugement affirme dans le Consid. 19^{ème} avoir écarté toutes les autres exceptions de l'État du fait de leur incompatibilité -dont celle de la validité du Décret. Sans cela il n'aurait pas pu établir qu'EPC Ltée avait la qualité d'agir pour ensuite déclarer prescrite l'action exercée.

34. **§44(b)** : «*(...) les demandeurs persistent à affirmer que (...) b) Le fondement 10 du jugement aurait déclaré la nullité de droit public.*»

Inexact.

Le **Mémoire** du 6 janvier 2018 affirme aux §§35,101,131 (page 76), 139, 145, 147, 149, 161(4), 161 *in fine*, 162, 163 *in fine*, 166, 167, 171, 203 *in fine*, ou 213, que c'est au Consid. 9^{ème} que le Jugement constate la nullité de droit public.

35. **§45(a)** :

⁷⁸ Cfr. la **pièce C17**, Réponse de l'État le 17 avril 1996 : «*il y a lieu de porter à l'attention de V.S. que même la Société mentionnée ne pourrait pas être la demanderesse, car il lui manque l'habilitation pour agir dans cette affaire puisque, comme il sera démontré plus loin, le Fisc est le propriétaire*»

Inexact. M. Pey avait comparu en sa qualité de propriétaire de 100% des actions de CPP S.A., affirmant que celle-ci était la propriétaire des presses. M. Barros omet la *mutatio libelli* introduite dans le Jugement à la demande de l'État.

36. §45(b) : Inexact. C'est l'État qui attribue à M. Pey d'avoir affirmé dans sa Demande du 4 octobre 1995 que les presses appartenaient à EPC Ltée, dont CPP S.A. possédait seulement 99% des parts. M. Barros omet cette *mutatio libelli*, que le Consid. 9^{ème} assume afin de fonder dans le Dispositif que ce n'était pas M. Pey qui avait le droit d'agir mais EPC Ltée.

37. §45(b): Le Rapport omet de considérer que le 9^{ème} Consid. refuse tacitement l'exception principale formulée par l'État, à savoir que le droit d'agir appartenait à l'État dès lors que celui-ci serait le propriétaire des presses à supposer que le Décret fût valide.⁷⁹

38. §45(c): Le Rapport assume implicitement la *mutatio libelli*, bien qu'elle ait été démontrée dans le Rapport de Me Araya (§§37(1)(a), 37(2)(c), 37(2)(d), 39(a)) sur le fondement des écritures figurant dans la procédure interne dont M. Barros affirme avoir pris connaissance (§4 c))

39. §46 : On y omet de considérer qu'une personne morale qui serait «décédée » en 1975 ne pouvait pas avoir le droit d'agir à la date du dépôt de la Demande du 4 octobre 1995, ni à celle du prononcé du Jugement le 24 juillet 2008, à moins que le Juge ne considère que la disposition du Décret ayant déclaré la dissolution ne soit pas valide (Consid. 9^{ème} du Jugement).

40. §46 : Le Rapport assume sans réagir la *mutatio libelli* acceptée dans le Consid. 9^{ème} à la demande de l'État, consistant à méconnaître que M. Pey avait agi en déclarant dans sa Demande et sa Réplique⁸⁰, de manière explicite et réitérée, que les presses appartenaient à CPP S.A., non à EPC Ltée., sans que le Fisc ait produit la preuve d'une appartenance à EPC Ltée.

41. §47: M. Barros fait semblant d'ignorer encore ce qui est évident, à savoir l'affirmation réitérée dans le **Mémoire** (§§35,101,131, 139, 145, 147, 149, 161(4), 161 *in fine*, 162, 163 *in fine*, 166, 167, 171, 203 *in fine*, 213), de même que par les experts Me Araya (Conclusion 2(a), §38) et Me Avila (§§81-84), que c'est dans le Consid. 9^{ème} que le Jugement interne vérifie l'invalidité de droit public du Décret. Le §133 du **Mémoire** (de même que le §28 de la Notification d'arbitrage) ne disent pas autre chose, il se borne à mentionner que trois des

⁷⁹ Cfr. dans la **pièce C17** la Réponse du 17 avril 1996 de l'État à M. Pey, allégation 1^{ère} *in fine*

⁸⁰ **Pièces C16 et C67**

considérands de ce Jugement font référence au débat dans la procédure relatif à la nullité de droit public du Décret.⁸¹

Bref, le Rapport de M. Barros omet la donnée juridique essentielle : l'allégation de M. Pey obligeait le Juge à constater *ex officio* l'invalidité du Décret, ce que fait le Consid. 9ème en écartant la prétention de l'État fondée sur la soi-disant validité du Décret et en reconnaissant à EPC Ltée le droit d'agir dans la procédure initiée le 4 octobre 1995.

42. §48 : M. Barros renverse l'ordre littéral que suit le Jugement. Celui-ci, après avoir pris en considération dans le Consid. 9ème le nexus existant entre propriétaire des presses et droit d'agir (ce qui exigeait de constater l'invalidité du Décret), dans les Considérants 14 à 17 entreprend d'examiner si l'action en nullité de droit public était prescrite. Comme on l'a vu, au §43 le Rapport Barros avait également renversé la séquence pourtant logique et clairement suivie dans le Jugement.

En somme, la rédaction du Jugement contient le démenti à M. Barrios.

En outre, l'arrêt de la Cour Suprême du 23 janvier 2003 -que M. Barros en personne a rédigé⁸²- déclare que l'action en nullité de droit public est imprescriptible (v. les §§ 128-130 du **Mémoire**). Encore une contradiction entre M. Enrique Barros et son Rapport.

Afin de parvenir à cette conclusion dans son Rapport, il a fallu que celui-ci modifie le fondement du Jugement interne, du **Mémoire** du 6 janvier 2018 et des Rapports des experts Me Avila et Araya -qui tous précisent que c'est le Consid. 9ème qui constate l'invalidité du Décret- et que le Rapport attribue à ces experts l'affirmation que l'invalidité aurait été constatée dans le Consid. 16ème (!!). C'est là une manipulation pratiquée par M. Barros manifeste et facilement vérifiable.

Or, rappelons-le, le Jugement n'a pas accepté dans le 9ème Consid. la prétention de l'État d'affirmer que le propriétaire des presses était l'État et, qu'en conséquence, c'est celui-ci qui

⁸¹ **Mémoire**, §133: “La décision du 24 juillet 2008 de la 1^{re} Chambre civile de Santiago devait donc nécessairement constater la nullité de droit public du Décret n°165, et les Considérants 9, 10 et 11 du Jugement l'ont fait, conformément à l'Arrêt de la Cour Suprême du 9 juillet 1993 invoquée dans la Réponse de M. Pey et, notamment, dans la position retenue par les tribunaux chiliens dans la totalité des arrêts ayant traité la question de la nullité des décrets qui, tout comme le Décret n° 165, ont été pris en application du Décret-loi et du Décret-Suprême n° 1726. (...) »

⁸² Voir l'Annexe II du Rapport Barros, pièce n° 14, arrêt du 23 janvier 2003, affaire *Robles-Robles*, page 138, « *Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Barros. Rol N°3.192-2001.* » Cet arrêt est joint au **Mémoire**, pièce C89

aurait le droit d'agir dès lors que le Décret était valide.

43. §51: M. Barros omet de considérer ce que dispose l'article 2.449 du Code Civil, invoqué dans le **Mémoire** (§142) et le Rapport de Me Araya (§7), à savoir

*« L'omission d'actes seulement facultatifs et la simple tolérance d'actes dont il ne résulte pas de charge, ne confèrent pas la possession, et ne sauraient servir de fondement à aucune prescription. (...) Sont qualifiés actes seulement facultatifs ceux que chacun peut exécuter dans ce qui lui appartient, sans besoin du consentement d'autrui »*⁸³

44. §§ 55-56: Ceci est inexact. Plus de quinze arrêts de la Cour Suprême attachés au **Mémoire** déclarent de manière uniforme l'imprécisibilité de l'action en indemnisation pécuniaire des décrets confiscatoires édictés en vertu du DL n° 77, de 1973. Les trois arrêts rédigés par M. Barros en sont l'exception, à savoir : les arrêts des 27 nov. 2000 (Rol 852-00, *Aedo c. Fisco*), 13 déc. 2000 (Rol 1.341-2000)⁸⁴ et 23 janvier 2003 (Rol 3192-01, *Robles c. Fisco*)⁸⁵, et l'arrêt du 21 février 2004 (Rol 1458-03)⁸⁶. Tous les arrêts, les quatre derniers compris, déclarent l'imprécisibilité de l'action en nullité de droit public.

45. §57 in fine : Ceci est également inexact. Comme le démontre le §2 du Rapport de Me. Araya citant l'arrêt de la Cour Suprême Rol N° 9.975-2015⁸⁷, et M. Barros également dans ses écrits (v. *supra* §32), **le droit chilien applique la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio***.

46. §59(ii) et (iii): Inexact. Les Demandées affirment autre chose, à savoir que la nullité de droit public est imprescriptible *ex article 7 de la Constitution*, et que dès le moment qu'une telle nullité a été soulevée devant un Juge celui-ci doit constater *ex officio* -si la déclaration ciblée de nullité n'a pas été sollicitée- la présence des éléments de la nullité, et trancher en conséquence. Il ne s'agit nullement de simples allégations des Demandées dans leur **Mémoire**, mais de citations d'arrêts des juridictions chiliennes en matière de décrets confiscatoires édictés en application du Décret-Loi n° 77 de 1973. Dans sa Réplique du 26 avril 1996⁸⁸ M. Pey avait invoqué dans la procédure interne que

⁸³ Article 2499: “La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. (...) Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro.”

⁸⁴ Cet arrêt figure dans la **pièce C87**

⁸⁵ **Pièce C89**

⁸⁶ **Pièce C90e**

⁸⁷ **Pièce C444**

⁸⁸ **Pièce C67**

« *La Cour Suprême de Justice, dans un arrêt de 1993⁸⁹, intervenu dans la cause n° 20733 (publié dans la Gazette juridique, n° 109, page 180) conclut sans équivoque que la nullité à laquelle nous faisons référence opère ipso iure, [qu'elle] est imprescriptible et incurable.* »

La jurisprudence annexée au **Mémoire** affirme de manière réitéré la nullité *ipso iure* des décrets confiscatoires édictés en application du Décret-loi n° 77, de 1973

47. **§59 (iv)** : Inexact. L’exception principale alléguée par l’État dans la procédure interne a été que celui-ci avait le droit d’agir dès lors qu’il était le propriétaire des presses puisque, selon lui, le Décret n° 165 était valide.⁹⁰ Le Jugement a refusé tacitement cette prétention et a déclaré le droit d’agir d’EPC Ltée en sa qualité de propriétaire supposée. L’articulation est ici patente entre propriété et droit d’agir.

48. **§59(vi) et (vii)** : Inexact. Comme on l’a vu *supra*, M. Pey n’avait pas sollicité que le Juge « déclare » mais que d’abord, il « constate » l’invalidité du Décret, et, ensuite, qu’il fasse droit à la demande de restitution des presses. Un cheminement juridique parfaitement logique. Le Consid. 9^{ème} constate d’abord, en effet, l’invalidité du Décret, et ensuite le Consid. 14^{ème} affirme -en sens contraire à tous les arrêts cités dans le **Mémoire** des Demandereuses et dans le Rapport de M. Barros dont l’objet sont les confiscations *ex* Décret-loi n° 77 de 1973- que l’action en nullité aurait prescrit pour EPC Ltée. Ceci constitue un déni de justice manifeste, une question jointe au fond conformément à la Décision sur la compétence du 26 juin 2018 (§§116, 118(2)).

49. Conclusions

1. Le Rapport Barros est manifestement biaisé et partiel.
2. Il ne démontre pas que le 9^{ème} Consid. du Jugement du 24 juillet 2008 soit compatible avec la validité du Décret n° 165, de 1973.
3. Dans la présent procédure arbitrale, régie par l’API et les principes de droit international applicables *ex* article 10(4), y compris ceux contraignants pour le Chili établis dans le Pacte International des Droits Civils et Politiques et la Convention Américaine des Droits de

⁸⁹ Pièce C446, Arrêt de la Cour Suprême du 9 juillet 1993 confirmant l’Arrêt de la Cour d’Appel de Valparaiso du 1^{er} avril 1993

⁹⁰ Cfr. *supra* le §34 et la nbp n° 40

l'Homme, le Rapport de M. Enrique Barros ne respecte pas les faits et principes rappelés explicitement à l'État du Chili par la Commission Américaine des Droits de l'Homme, dont

27. [The] *Installation of the de facto government in Chile was brought about by force, not by consent of the people.*

28. *Not even to preserve juridical security can the Commission put the legality of a de jure government on the same footing as the arbitrary and unlawful conduct of a usurping government, whose chance of existing is by definition a source of legal insecurity. Such governments warrant permanent repudiation in defense of the Constitutional State of Law, together with respect for democratic life and the principle of sovereignty of the people, based on the full-fledged validity of human rights.*

29. *The Commission considers that it would be absurd to suggest that the usurping party and its followers might invoke the principles of Constitutional Law--which they have violated--so they could derive benefits from the security which is only justifiable and deserved by those who have adhered strictly to that order. The acts of the usurper cannot be valid and are not legal, either in themselves or for the benefit of the unlawful or de facto officials. Because if those who collaborate with such governments are assured the impunity for their conduct that is bestowed by a usurping and unlawful regime, there would be no difference between what is legal and what is not; between the constitutional and the unconstitutional; or between the democratic and the authoritarian.*

30. *Chile's constitutional order must necessarily assure the government of compliance with its fundamental aims, untying it from the limitations contrary to law that are imposed by the usurping military regime, for it is not juridically acceptable that such a regime can place limits on the constitutional government which replaces it in attainment of the democratic system, or that the acts of de facto power should enjoy the full benefits that can only be bestowed on the legitimate acts of the de jure power. The de jure government recognizes the legitimacy thereof, not in the rules issued by the usurper, but in the will of the people who voted that government into office, and who alone are entitled to sovereignty.*

Chilean constitutional law

31. *The position expressed in the preceding paragraph is consistent with Chile's Constitutional Law. The 1833 Constitution of Chile stated in Article 158 that "Any resolution agreed to by the President of the Republic, the Senate or the Chamber of Deputies in the presence or at the order of an army, of a general at the head of an armed force, or by a meeting of persons who--whether bearing arms or without them--disobey the authorities is null and void and cannot take effect." The Constitution of 1925 in turn declared: "No magistrate's court, no person or meeting of persons can arrogate to themselves--not even under pretext of special circumstances--other authority or rights than those expressly conferred on them by the laws. Any act in contravention of this Article is null and void." (Article 4).*

32. *Even the supposed "Constitution" authorized by Decree Law of the military regime has something to say in this respect: "No judiciary, no person or group of persons may arrogate to themselves, even under pretext of special circumstances, any authority or rights other than those expressly conferred on them by the laws. Any act in contravention to this Article is null and void, and shall give rise to such responsibilities and penalties as the law may prescribe (Article 7, paragraph two) [1]. At the same time, Article 5 of that document establishes that "the exercise of sovereignty recognizes the respect for essential rights that emanate from*

*human nature to be a limitation," postulating that no sector of the people nor any individual may claim the privilege of such exercise for itself.*⁹¹

[Fin de la citation de l'affaire *Meneses et al v. Chile*, soulignements ajoutés]

Conformément à ces normes impératives constitutionnelles, le Juge chilien ne peut que constater la nullité de droit public du Décret 165. Et il l'a fait dans le 9ème Consid.

4. La prescription extinctive appliquée dans le Jugement du 24 juillet 2008 ne saurait prévaloir⁹² dans la présente procédure internationale, régie par l'API et les principes de droit international applicables, notamment ceux du *due process* que l'Etat du Chili est tenu d'appliquer conformément aux articles 1, 2, 8(1), 21(1) et (2), 24 et 25 de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et à l'article 10(4) de l'API. Comme l'affirme l'arrêt cité de l'affaire *Almonacid Arellano c. le Chili*

*Pursuant to the case law of this Court: in the light of the general obligations established in Articles 1(1) and 2 of the American Convention, the States Parties are obliged to take all measures to ensure that no one is deprived of judicial protection and the exercise of the right to a simple and effective recourse, in the terms of Articles 8 and 25 of the Convention. Consequently, States Parties to the Convention which adopt laws that have the opposite effect (...), violate Articles 8 and 25 in relation to Articles 1(1) and 2 of the Convention.*⁹³

En l'espèce, le différend porte sur le fait que le Consid. 16ème du Jugement du 24 juillet 2008 et les actes de l'État qui en ont suivi ont nié aux investisseurs espagnols les droits garantis par la CADH. Le Rapport Barros omet toute considération à cet égard.

5. Certaines des initiatives participant à ce Jugement du 24 juillet 2008 et les manœuvres qui ont suivi son prononcé constituent des actes discriminatoires et de déni de justice à l'encontre des investisseurs.

6. Le Rapport de M. Enrique Barros confirme par son raisonnement, ses dires et ses silences, le traitement discriminatoire envers l'investissement de la part de l'État du Chili, le manquement à l'obligation d'un traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, l'expropriation indirecte des droits inhérents à l'investissement et leur caractère irréversible.

⁹¹ Pièce C560, *Meneses et al v. Chile*, Report No. 34-96, Inter-American Commission of Human Rights, OAS-Ser.L-V-II.95 Doc. 7 rev. at 196 (1997), §§26-32

⁹² Cfr **Mémoire**, section IV(iv), pages 73-85

⁹³ Pièce C561, affaire *Almonacid-Arellano v. Chile*, CADH, Judgment, 26 septembre 2006, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, §127

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Dr. Juan E. Garcés". The signature is fluid and cursive, with a horizontal line extending from the end of the main stroke.

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de la Fondation Président Allende
et de Mme. Coral Pey Grebe