

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

**VICTOR PEY CASADO ET FONDATION ESPAGNOLE
PRÉSIDENT ALLENDE
CONTRE
LA RÉPUBLIQUE DU CHILI**

Affaire N° ARB/98/2

MEMOIRE EN DEMANDE

sur la détermination de la réparation due par la République du Chili en vertu de sa condamnation pour violation de son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice (Sentence du 8 mai 2008)

Que les parties demanderesses soumettent au Secrétaire Général en conformité avec l'article n° 52(6) de la Convention de Washington et de la Règle d'arbitrage n° 55.

Présentée par le Dr Juan E. Garcés (Garcés y Prada, Abogados, Madrid), représentant des demanderesses, avec la coopération des conseils Me. Carole Malinvaud et Me. Alexandra Muñoz (Gide, Loyrette, Nouel, Paris) et de Me. Samuel Buffone (Buckley & Sandler, Washington D.C.).

Washington, le 27 juin 2014

Glossaire

| <u>Référence</u> | <u>Signification</u> |
|------------------|---|
| API | Accord de Protection des Investissements, signé le 2 octobre 1991 entre la République du Chili et le Royaume d'Espagne, en vigueur depuis le 29 mars 1994, Pièce ND07 |
| Pièce C-M000 | Pièces factuelles annexées au présent Mémoire |
| Pièce C-L000 | Pièces juridiques annexées au présent Mémoire |
| Pièce ND-000 | Numérotation originale des pièces annexées à la nouvelle soumission de la Demande arbitrale du 18 juin 2013 |
| Pièce C-000 | Pièces produites par les Demandeur·euses dans la procédure arbitrale initiale |
| Pièce CN-000 | Pièces produites par les Demandeur·euses dans la procédure en annulation de la Sentence arbitrale initiale (<i>Réponse</i> et <i>Duplicata</i> , respectivement), et dont le Comité <i>ad hoc</i> a eu connaissance avant de prononcer la Décision du 18 décembre 2012 |

Chaque renvoi à ces pièces dans le Mémoire en Demande inclut un lien hypertexte à la pièce correspondante.

Table des Matières

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1. | INTRODUCTION | 5 |
| 2. | LES ELEMENTS DE LA SENTENCE DU 8 MAI 2008 PERTINENTS A LA DETERMINATION DU PREJUDICE : LES PARTIES DE LA SENTENCE AYANT AUTORITE DE CHOSE JUGEES..... | 13 |
| 2.1 | Les faits anterieurs à la naissance de la controverse portée devant le Tribunal arbitral..... | 15 |
| 2.2 | Les faits et décisions pertinents relatifs à la compétence du Tribunal arbitral | 16 |
| 2.3 | Les faits et Décisions pertinents relatifs aux violations de l'API par la République du Chili..... | 19 |
| 3. | LE DROIT ACQUIS A L'INDEMNISATION DE M. VICTOR PEY ET LE TRANSFERT DE TOUS SES DROITS A SA FILLE CORAL PEY GREBE | 21 |
| 4. | LE DROIT APPLICABLE A LA REPARATION INTEGRALE DU DOMMAGE | 22 |
| 4.1 | Le droit applicable conformément à l'article 42 de la Convention de Washington..... | 22 |
| 4.1.1 | Les dispositions de l'API pertinentes | 23 |
| 4.1.2 | Les dispositions de droit interne chilien applicables en matière de droit à réparation..... | 25 |
| 4.1.3 | Les principes du droit international..... | 27 |
| 4.2 | Le principe de réparation intégrale..... | 28 |
| 5 | LE PREJUDICE SUBI PAR LES DEMANDEUSES | 44 |
| 5.1 | Le préjudice résultant du déni de justice..... | 45 |
| 5.2 | Le préjudice résultant de la violation du traitement juste et équitable..... | 69 |
| 5.3. | Le préjudice moral cause aux demanderesses | 76 |
| 5.3.1 | Le préjudice moral dans le contexte des saisies | 77 |
| 5.3.2 | Le préjudice moral dans le contexte de la procédure arbitrale | 79 |
| 5.4. | Le standard d'indemnisation dans le cadre du déni de justice et de la violation du traitement juste et équitable..... | 81 |
| 5.4.1 | L'indemnisation de la <i>fair market value</i> des sociétés saisies | 81 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 5.4.2 | Le concours en droit du Chili de la prétention d'indemnisation du dommage et de l'obligation de restitution de l'enrichissement injuste | 85 |
| 5.5 | A titre subsidiaire, l'indemnisation des Demandées fondée sur l'enrichissement sans cause de la République du Chili..... | 89 |
| 5.5.1 | L'enrichissement sans cause, fondement du droit à réparation..... | 89 |
| 5.5.2 | Le standard d'indemnisation en cas d'enrichissement sans cause..... | 94 |
| 6. | L'INDEMNISATION DUE AUX INVESTISSEURS..... | 95 |
| 6.1 | La date de la valorisation de l'indemnisation..... | 96 |
| 6.2 | A titre principal, le montant du préjudice matériel subi par les Demandées: la détermination de la <i>Fair Market Value</i> | 97 |
| 6.3 | A titre subsidiaire, le montant de l'enrichissement sans cause de la République du Chili du fait de ses violations de l'API | 103 |
| 6.4 | Le montant du préjudice moral des Demandées | 106 |
| 7. | RAPPEL DES DEMANDES DE MADAME CORAL PEY GREBE ET DE LA FONDATION PRESIDENT ALLENDE A L'ENCONTRE DE LA REPUBLIQUE DU CHILI | 108 |

1. INTRODUCTION

1. Le 8 mai 2008, après 12 années de procédure, le Tribunal arbitral composé de Messieurs Pierre Lalive (Président), Mohammed Chemloul et Emmanuel Gaillard, a rendu sa sentence définitive (la « Sentence ») dans l’Affaire CIRDI ARB/98/2¹, condamnant la République du Chili (la « Défenderesse ») à payer à Monsieur Pey Casado et à la Fondation « Presidente Allende » (ensemble les « Demandées »), outre le remboursement d’une partie des frais de procédure et de conseils, la somme de US\$ 10.132.690,18, portant intérêt au taux de 5% composé annuellement, à compter du 11 avril 2002, jusqu’à la date d’envoi de la Sentence.
2. La condamnation de la République du Chili se fonde sur la violation par cette dernière de son obligation de faire bénéficier les Demandées d’un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s’abstenir de tout déni de justice.
3. Le 5 septembre 2008, la République du Chili a déposé auprès du Secrétariat général du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (le « CIRDI » ou le « Centre ») une requête en annulation de la Sentence.
4. Le 18 décembre 2012, le Comité *ad hoc*, composé de Messieurs Yves Fortier (Président), Piero Bernardini et Ahmed El-Kosheri, a rendu une décision² annulant partiellement la Sentence et plus particulièrement le point 4 du Dispositif et la Section VIII relatifs à la détermination du *quantum* de la condamnation de la République du Chili.
5. Selon le Comité *ad hoc*³, le Tribunal arbitral n’a pas permis aux parties de présenter leurs arguments sur la question des dommages pour violation de l’article 4 de l’Accord de Protection des Investissements, signé le 2 octobre 1991 entre la République du Chili et le Royaume d’Espagne (l’« API »)⁴, enfreignant ainsi le droit d’être entendu⁵. En outre, le Comité *ad hoc* a considéré que le Tribunal arbitral n’avait pas motivé sa décision en adoptant un calcul de dommages-intérêts fondé sur l’expropriation en vertu de la Décision n°43 du Ministère des Biens Nationaux du 28 avril 2000, alors qu’il avait indiqué que cette base de calcul manquait de pertinence étant donné que la demande des Demandées fondée sur l’expropriation était en dehors du champ temporel de l’API⁶.
6. Ainsi, le 18 décembre 2012 le Comité *ad hoc* a :

¹ [Pièce ND06](#), Sentence arbitrale du 8 mai 2008

² [Pièce ND05](#), Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012

³ [Pièce ND05](#), Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, para. 261-271

⁴ [Pièce ND07](#), Accord de Protection des Investissements du 2 octobre 1991 entre l’Espagne et le Chili

⁵ [Pièce ND05](#), Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, paras. 256-271, en particulier paras. 263, 266, 267

⁶ [Pièce ND05](#), Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, paras 281-287

1. annulé le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence du 8 mai 2008 et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) conformément à l'article 52(1)(d) et (e) ;
 2. rejeté les autres fondements de la Demande en annulation de la République ;
 3. rejeté la demande des Demandeuresses tendant à l'annulation partielle du paragraphe 8 du dispositif de la Sentence ;
 4. estimé que les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du Dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée ;
 5. décidé qu'il n'est pas nécessaire d'ordonner la suspension provisoire de l'exécution de la partie non annulée de la Sentence (...).
7. Le 18 juin 2013, Madame Coral Pey Grebe, venant aux droits de Monsieur Pey Casado, et la Fondation espagnole « Presidente Allende » ont déposé une nouvelle requête d'arbitrage devant le Secrétariat du CIRDI en vue de la détermination du montant de la réparation due par la République du Chili à raison de sa condamnation au titre de la Sentence. Le CIRDI a notifié aux parties l'enregistrement de cette requête pour un nouvel examen le 8 juillet 2013.
8. Le présent Mémoire en Demande a donc pour objet, conformément à l'Ordonnance de Procédure No.1 du 19 mai 2014, d'établir le *quantum* de l'indemnisation due au titre des violations de l'API de la République du Chili constatées par le Tribunal arbitral initial, à savoir la violation du traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice.
9. Après avoir rappelé les éléments de la Sentence du 8 mai 2008 pertinents à la détermination du préjudice subi par les Demandeuresses (2.), celles-ci indiqueront que les droits acquis à l'indemnisation de M. Pey Casado ont été transférés, en raison de son âge avancé (97 ans), à sa fille Mme Coral Pey Grebe (3.). Les Demandeuresses exposeront ensuite le droit applicable à la réparation du dommage (4.) et présenteront le préjudice résultant des violations de la République du Chili à leur égard (5.). Enfin, les Demandeuresses établiront le *quantum* de l'indemnisation réparant intégralement leurs préjudices (6.).

EXPOSE LIMINAIRE

10. Cet exposé liminaire a pour objet de permettre au Tribunal d'appréhender immédiatement les grandes lignes du raisonnement des Demandeuresses conduisant à solliciter du présent Tribunal l'indemnisation au titre des violations de l'article 4 de l'API par la République du Chili.
11. Les Demandeuresses sont conscientes que, dans sa Sentence, le Tribunal arbitral initial a rejeté leur demande initiale selon laquelle les actes de saisie *de facto* depuis le 11 septembre 1973 constituaient une violation de l'article 5 de l'API,

au motif que ces actes illicites avaient pris fin le 10 février 1975, date de promulgation du Décret Suprême n°165⁷ portant dissolution des sociétés éditrices d'*El Clarín* et transférant la propriété de leurs biens à l'Etat chilien. Le Tribunal arbitral a ainsi considéré que l'Etat disposait d'un titre de propriété sur l'investissement des Demandées lorsque l'API est entré en vigueur en mars de 1994 (un aspect procédural juridictionnel).

12. L'un des éléments essentiels du raisonnement du Tribunal arbitral initial pour parvenir à cette conclusion se trouve au paragraphe 603 de la Sentence qui indique: « *A la connaissance du Tribunal, 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* ».
13. On remarquera dans ce paragraphe la démarche suivie par le Tribunal arbitral : la validité du Décret n° 165 était déterminée par sa mise en cause, ou non, par une décision des juridictions internes portée à la connaissance du Tribunal arbitral. L'objet même du déni de justice pour l'Etat du Chili a consisté à maintenir le statut du Décret dans cette indétermination, en retenant la résolution des juridictions internes à cet égard jusqu'après ... le prononcé de la Sentence arbitrale.
14. Or, de ce fait, le cheminement du Tribunal arbitral initial, qui dépend de cette option procédurale légitime, est dépourvu de portée sur la démarche juridique du nouveau Tribunal dès le moment que cette indétermination n'existe plus.
15. En effet, le Tribunal arbitral initial –devant lequel ne figurait pas la décision de la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago déterminant la nullité de droit public du Décret n° 165– a décidé que la République du Chili avait manqué à ses obligations au titre de l'article 4 de l'API en violant son obligation « *de faire bénéficier les demandées d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice* » (p. 2 du Dispositif de la Sentence) – un aspect substantif de la *res iudicata*.
16. C'est sur les seules violations de l'article 4 que le Tribunal arbitral initial a condamné la République du Chili. C'est donc sur ces seules violations que les Demandées fondent leur demande en indemnisation.
17. A cet égard, il est important de souligner que les Demandées ne se sont pas trouvées face à une partie adverse s'efforçant de défendre ses intérêts dans le cadre normal d'une procédure d'arbitrage international, mais face à une partie dont les actes avaient pour seul objectif de nier les droits des Demandées sur l'investissement.
18. Ce comportement de l'Etat défendeur, qualifié par les Demandées de « *truffa processuale* »⁸ devant le Comité *ad hoc*⁹, a été sanctionné par le Tribunal arbitral initial qui a, en conséquence, condamné la République du

⁷ [Pièce ND11](#), Décret Suprême n°165 du 10 février 1975

⁸ Terme italien signifiant *fraude procesal* (esp.) ou fraude de la procédure (fr.) [note n° 4 de la [Duplique](#) de la procédure en annulation de la Sentence]

⁹ [Pièce C-M27](#), [Duplique](#) du 28-02-2011, procédure en annulation de la Sentence, paras. 10 et ss., accessible dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0662.pdf>

Chili à supporter les frais et dépens exposés par les Demandéresses à hauteur de \$2.000.000 ainsi que les ¾ des frais de procédure¹⁰.

19. Au-delà des incidents qui ont émaillé l'enregistrement de la Requête d'arbitrage à laquelle la République du Chili a tenté de faire obstacle, sur ceux relatifs à la constitution du Tribunal arbitral pour laquelle la République du Chili a tenté d'imposer subrepticement un tribunal majoritairement composé d'arbitres chiliens, sur le remplacement de l'arbitre ainsi nommé par un arbitre qui violera le secret du délibéré en informant la République du contenu du projet de sentence qui ne lui était pas favorable¹¹, force est de constater que la condamnation de la République du Chili est fondée sur des violations intentionnelles de l'API qui avaient pour but de priver les Demandéresses de leur droit à indemnisation.
20. En effet, la Sentence a condamné la République du Chili pour des violations de l'article 4 de l'API se fondant, d'une part, sur la Décision n°43 et, d'autre part, sur l'absence de décision judiciaire au fond dans le cadre de la procédure initiée par M. Pey Casado devant la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago le 4 octobre 1995.
21. Le 28 avril 2000, la République du Chili a pris la Décision n°43, décision administrative édictée sous l'égide de la loi 19.568 de 1998¹², indemnisant des tiers pour la saisie des biens des sociétés éditrices d'*El Clarín*, croyant ainsi démontrer que M. Pey et la Fondation espagnole étaient des imposteurs et n'étaient pas les propriétaires légitimes des titres de ces sociétés.
22. Cette Décision n°43 fut le résultat d'une stratégie consciencieusement élaborée par la Défenderesse afin de mettre un terme à la procédure d'arbitrage. Cette Décision fut prise *in extremis* l'avant-veille des audiences finales sur la compétence du Tribunal arbitral en vue de s'y opposer, la République du Chili soutenant que les Demandéresses n'étaient pas les propriétaires légitimes de l'investissement. Il faut souligner que cette Décision n'a pas bénéficié aux seuls héritiers des prétdendus propriétaires mais, dans une large mesure, à une société créée à cet effet par l'un des conseils externes de la Défenderesse en début de procédure, la société ASINSA, dont les propriétaires des titres au porteur restent mystérieusement inconnus.
23. Le second fondement est le déni de justice, caractérisé, selon le Tribunal arbitral initial, par « *l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demanderesses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002, de la part des tribunaux chiliens* » portant sur la restitution de l'investissement, ou sa valeur de remplacement, en particulier des presses rotatives GOSS.¹³
24. S'agissant plus particulièrement du déni de justice, les Demandéresses soutiennent que les actes de l'Etat hôte les ont privées de la preuve devant

¹⁰ [Pièce ND06](#), Sentence arbitrale du 8 mai 2008, paras. 730 et 731 et p. 5 du Dispositif

¹¹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 34-37

¹² [Pièce ND20](#), Loi 19.568 du 25 juin 1998

¹³ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 659, 78, 444, 594, 627, 628, 630, 645, 653, 658, 659, 665, 666, 674

déterminer si le Décret n° 165 était entaché de la nullité de droit public, ce qui a conduit le Tribunal arbitral à reconnaître –en l’absence d’une décision de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago- un titre de propriété à l’Etat sur l’investissement dès 1975.

25. En effet, au soutien de sa demande en restitution de la presse Goss en date du 4 octobre 1995, M. Pey se prévalait de la nullité de droit public du Décret n°165 transférant le titre de propriété des biens saisis à l’Etat chilien, nullité fondée sur la violation à la Constitution chilienne, en particulier son article 7.
26. Il convient ici d’indiquer qu’en droit chilien, certains actes viciés, revêtant l’apparence d’autorité, sont par l’opération directe et impérative de l’article 7 de la Constitution, nuls *ab initio*, de façon irrémédiable et imprescriptible et donc dépourvus de toute existence légale et d’effet juridique. Il s’agit d’une nullité qui opère instantanément, sans aucune formalité, de sorte que tout magistrat confronté à un tel acte, dans le contexte d’un dossier, n’a d’autre choix que de le considérer, impérativement, comme nul *ex officio* et de nul effet.
27. C’est la nullité qui est qualifiée de « **nullité de droit public** ».
28. C’est le cas notamment des actes pris par une branche de l’Etat - l’Exécutif dans le cas d’espèce- en violation du principe constitutionnel de séparation des Pouvoirs, lorsque ces actes sont de la compétence exclusive du Pouvoir judiciaire - garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux, comme le droit de propriété.
29. Saisie le 4 octobre 1995 d’une demande en restitution de la presse GOSS sur le fondement notamment de la nullité de droit public du Décret n°165, la 1^{re} Chambre Civile de Santiago n’avait d’autre choix que de se prononcer sur cette nullité.
30. La République du Chili connaissait cette situation, étant elle-même représentée dans cette procédure interne par l’intermédiaire du Conseil de Défense de l’Etat (« le *Fisc* »). Le Tribunal arbitral initial était lui-même parfaitement informé de cette demande devant la 1^{re} Chambre civile de Santiago et du fondement de cette demande ce que la Sentence arbitrale a remarqué dans le para. 78
31. On comprend dès lors tout l’intérêt que représentait pour la République du Chili la rétention intentionnelle de ce jugement.
32. Cette rétention, constitutive d’un déni de justice, a en effet permis à la République du Chili de contraindre le Tribunal arbitral initial à statuer dans un cadre où la nullité de droit public du Décret n° 165 n’avait pas été établie, dans un sens ou un autre, par une juridiction interne chilienne, ce qui l’a conduit a) à admettre la validité de ce Décret lorsque le statut de celui-ci restait indéterminé devant la 1^{re} Chambre Civile de Santiago, et, b) à condamner de ce fait l’Etat du Chili pour déni de justice.

33. Le Tribunal arbitral initial a cependant pris soin de souligner à plusieurs reprises que sa conclusion résultait de sa connaissance, au moment du délibéré, du statut du Décret n°165 dans l'ordre juridique interne chilien. Rappelons les formulations suivantes¹⁴ :

« A la connaissance du tribunal, le décret suprême n°165 est toujours en vigueur »

« A la connaissance du tribunal, 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 ».

34. Il est essentiel d'observer que le Tribunal arbitral n'a jamais affirmé que le Décret 165 ne pouvait pas être entaché de la nullité de droit public. Bien au contraire. En confinant son raisonnement « *à la connaissance* » qu'il pouvait avoir du statut du Décret n°165 dans l'ordre juridique chilien, le Tribunal arbitral reconnaissait devoir trancher dans un cadre indéterminé

35. C'est à la lumière de ces éléments que les Demandereuses considéraient que les préjudices résultant des faits intentionnels des autorités de la République du Chili ayant enfreint l'article 4 (traitement juste et équitable) de l'API étaient équivalents aux préjudices résultant de la violation de l'article 5 (expropriation).¹⁵

36. Cependant, le Tribunal arbitral initial n'ayant pas ouvert le débat sur la détermination du *quantum* pour les violations de l'article 4 de l'API, les Demandereuses n'eurent pas l'occasion d'apporter la démonstration de cette équivalence, et d'en tirer les conséquences. L'absence de débat a entraîné l'annulation de la Section VIII de la Sentence par le Comité *ad hoc*.

37. Ce débat est ouvert aujourd'hui devant le présent Tribunal arbitral.

38. La portée du déni de justice a été révélée après l'émission de la Sentence arbitrale, lorsque la 1^{ère} Chambre civile de Santiago a rendu son jugement le 28 juillet 2008 –soit près de treize (13) ans après l'introduction de la demande par M. Pey- reconnaissant la nullité de droit public du Décret n°165 de 1975 et donc l'absence de titre de l'Etat hôte sur la Presse Goss (mais plus généralement sur l'ensemble de l'investissement) lors de l'entrée en vigueur de l'API et jusqu'à ce jour.

¹⁴ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 593, *in fine*, et 603

¹⁵ [Pièce C-M10](#), transcription de l'audience finale de la procédure arbitrale initiale, le 16-01-2007, page 49: « *L'interprétation des demandereuses est que si cette Décision 43 constituait une nouvelle violation du traitement équitable, il conviendrait, notamment dans le calcul du dommage, de tenir compte des actes passés du gouvernement et de la République du Chili, qu'il s'agisse des actes de 1995 ou des décrets de 1977 et de 1975 et, dès lors, le calcul de l'indemnité ne serait pas différent si ce n'est qu'il serait peut-être augmenté, en ce qui concerne le préjudice moral, qui est l'un des chefs de préjudice demandé, puisque le dommage moral, qu'il s'agisse de celui de M. Pey ou de celui de la Fondation a été augmenté par cette nouvelle violation de la République du Chili.* » ; [Pièce ND05](#), Décision du Comité *ad hoc*, paras. 256-271, en particulier le para. 267

39. La reddition de ce jugement par la 1^{re} Chambre Civile de Santiago permet d'établir les conséquences des manœuvres délibérées de la République du Chili pour lesquelles elle a été condamnée
40. En effet, le préjudice résultant de ce déni de justice découle de l'impossibilité pour les Demandéresses d'apporter, au Tribunal arbitral initial, la preuve déterminant le statut réel du Décret n° 165 dans l'ordre juridique chilien sur lequel fondait son titre de propriété (le jugement de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago).
41. Partant, le déni de justice a mis les Demandéresses dans l'impossibilité de démontrer que les actes de saisie de 1973 devaient être qualifiés d'actes illicites continus auxquels les dispositions de l'article 5 de l'API devaient s'appliquer.
42. C'est dans ce contexte qu'il appartient au présent Tribunal –lequel dispose désormais du jugement de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago du 24 juillet 2008 retenu jusqu'après la Sentence et déterminant le statut réel du Décret n° 165 - de replacer les Demandéresses dans la situation la plus approchante de celle où elles se trouveraient si l'action constitutive du déni de justice et de la discrimination n'avait pas eu lieu.
43. La production de cette preuve, occultée par le déni de justice, devant le nouveau Tribunal permet **l'effacement de l'effet dommageable majeur du déni de justice.**
44. Ainsi, les Demandéresses doivent se voir indemniser, au titre des violations de l'article 4 de l'API, pour les saisies subies en 1973.
45. Les Demandéresses parviennent à cette conclusion sans remettre en cause, de quelque manière que ce soit, l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale, bien au contraire, puisqu'il ne s'agit que de la conséquence directe des violations de l'article 4 de l'API et de l'effacement de leur effet dommageable édicté par le Dispositif de la Sentence.
46. En outre, cette démonstration des Demandéresses répond à la préoccupation du Comité *ad hoc* relative au défaut de motifs de la Section VIII de la Sentence initiale sur la détermination du *quantum*, qui considérait que
- le recours par le Tribunal au calcul des dommages-intérêts au titre de l'expropriation [fondé sur la Décision n°43] est manifestement contraire à sa décision, quelques paragraphes auparavant, selon laquelle un tel calcul des dommages-intérêts au titre de l'expropriation manque de pertinence et les éléments de preuve et des arguments relatifs à un tel calcul ne pouvaient pas être retenus¹⁶.*
47. En effet, en excluant tout débat sur le préjudice résultant de l'article 4 de l'API, le Tribunal initial appliquait arbitrairement, **dans la Section VIII**, les conséquences de son confinement dans le cadre procédural pour lequel il avait légitimement opté, à savoir, que ce qui concernait la validité, ou non, de l'allégation de violation de l'art. 5 de l'API introduite par les Demandéresses

¹⁶ [Pièce ND05](#), Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, para. 285 mais aussi paras. 281 à 287

en 1997, lorsqu'elles étaient privées de la preuve déterminant le statut du Décret n° 165, pouvait, également, s'imposer pour l'estimation de la compensation des effets du déni de justice dans le cadre procédural de l'article 4 de l'API avec le constat duquel ce confinement était dépourvu de lien organique. Il s'agit de deux démarches juridiques qui s'excluent mutuellement.

48. Le débat qui devait écarter de façon pertinente de telles contradictions dans la Section VIII de la Sentence constitue, aujourd'hui, la mission du nouveau Tribunal arbitral-
49. Or, dans le cadre de ce débat il sera spécifiquement confirmé que la privation de la preuve de l'absence de titre de l'Etat défendeur sur l'investissement est le *modus operandi* du déni de justice, dont il s'agit d'effacer les effets.
50. **En l'espèce, le nouveau Tribunal arbitral dispose de toute latitude pour effacer entièrement l'effet du déni de justice après en avoir percé à jour la nature, l'intention et la portée exactes.**
51. En effet, conformément à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969¹⁷, ratifié par l'Espagne et le Chili, ce dernier aurait dû exécuter l'API de bonne foi. Or en l'espèce se trouvent réunies les conditions de l'escroquerie aggravée au jugement par tromperie :
 1. la simulation, à savoir que la rétention intentionnelle du jugement interne crée des apparences extérieures qui induisent le Tribunal arbitral à se former une représentation erronée de la réalité, à savoir qu'en 1995 le statut du Décret 165 à l'égard de la nullité de droit public pouvait être indéterminé, alors que sa nullité opérait *ab initio*, imprescriptible, à déclarer impérativement *ex officio* ;
 2. l'erreur provoquée, à savoir que la personne trompée (le Tribunal arbitral) ait effectivement une fausse représentation de la réalité. L'auteur de l'escroquerie, en sa qualité d'Etat, a tiré les ficelles des institutions en retenant le jugement interne, alors qu'en sa qualité de partie à la procédure d'arbitrage il trompait intentionnellement le Tribunal arbitral en lui faisant croire que le constat de la nullité de droit public du Décret 165 par les juridictions internes était sujet à incertitude, et créant une condition artificielle d'indispensabilité que l'auteur de l'escroquerie maintenait indisponible;
 3. prises de dispositions patrimoniales et préjudice, à savoir une action ou omission du sujet passif de la tromperie (le Tribunal arbitral) provoquant une diminution du patrimoine des parties contre lesquelles a agi l'auteur de l'escroquerie ;
 4. rappor de causalité, à savoir que la simulation a provoqué la prise de dispositions patrimoniales causant le préjudice ;

¹⁷ Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23-05-1969 : « **Pacta sunt servanda.** Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles en bonne foi »

5. de surcroît, la mauvaise foi ou le dol recouvre tous les éléments désignés ci-dessus.
52. C'est à la lumière de ces éléments que les Demandéresses considèrent que les préjudices résultant, à titre principal, **des violations par la République du Chili de l'article 4 de l'API**, sont équivalents aux préjudices résultant des saisies des biens des sociétés éditrices d'*El Clarín*, préjudices pour lesquels elles établissent le *quantum* dans le présent Mémoire.
53. C'est donc **au titre de la violation de l'article 4 de l'API** que les Demandéresses présentent leur demande en réparation des préjudices précités devant le présent Tribunal arbitral, et sollicitent respectueusement qu'il se prononce dans ce cadre sur le *quantum* de l'indemnisation due par la République du Chili aux Demandéresses.
54. Ce contexte ayant été rappelé, les parties Demandéresses exposeront ci-après les éléments de la Sentence du 8 mai 2008 pertinents pour la détermination du préjudice des Demandéresses.

2. **LES ELEMENTS DE LA SENTENCE DU 8 MAI 2008 PERTINENTS A LA DETERMINATION DU PREJUDICE : LES PARTIES DE LA SENTENCE AYANT AUTORITE DE CHOSE JUGEÉE**

55. Le nouvel examen de cette affaire par un nouveau Tribunal arbitral a pour objet de déterminer le montant de la réparation due par la République du Chili aux Demandéresses en raison de la violation de l'article 4 de l'API relatif à l'obligation de traitement juste et équitable des investisseurs par l'Etat d'accueil.
56. Aux termes de l'annulation partielle de la Sentence, le Comité *ad hoc* a indiqué « *que les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée* ».
57. Les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du Dispositif de la Sentence sont formulés comme suit :

Le Tribunal arbitral, à l'unanimité,

1. *décide qu'il est compétent pour connaître du litige entre les demanderesses et la République du Chili ;*
2. *constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ;*
3. *constate que les demanderesses ont droit à compensation ;*
4. [...]

5. *met à la charge de la défenderesse une contribution aux frais et dépens exposés par les demanderesses, d'un montant de USD 2.000.000,- (deux millions) ;*
 6. *décide que les frais de procédure seront supportés par les parties dans la proportion de 3/4 du montant total (soit USD 3.136.893,34) pour la défenderesse et 1/4 du montant total (soit 1.045.631,11) pour les demanderesses; ordonne en conséquence à la défenderesse de payer aux demanderesses la somme de USD 1.045.579,35 ;*
 7. *ordonne à la République du Chili de procéder au paiement dans un délai de 90 jours à compter de la date d'envoi de la présente sentence, des sommes figurant dans le présent dispositif (points 4, 5 et 6), faute de quoi le montant portera intérêts composés annuellement au taux de 5%, à compter de la date d'envoi de la présente sentence jusqu'à celle du parfait paiement ;*
 8. *rejette toutes autres ou plus amples conclusions (soulignement ajouté).*
58. L'article 55 (3) de la Convention du 18 mars 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (la « Convention de Washington » ou « Convention CIRDI ») dispose que « *si la sentence initiale n'a été annulée qu'en partie, le nouveau Tribunal ne procède pas à un nouvel examen de toute partie non annulée de la sentence.* »
59. Il en résulte que le présent Tribunal ne pourra se prononcer sur aucun des points non affectés par l'annulation partielle, en particulier sur la compétence du Tribunal pour connaître du litige opposant les Demandерesses à la République du Chili ni sur les violations par la République du Chili de ses obligations au titre de l'API constatées par le Tribunal initial. En outre, le présent Tribunal devra tenir compte de la décision du Tribunal arbitral initial selon laquelle les Demandерesses « *ont droit à compensation* ».
60. Compte tenu de la mission du présent Tribunal arbitral, il est nécessaire de rappeler certains éléments de la Sentence - qui ont autorité de chose jugée - et qui ont conduit le Tribunal arbitral initial à constater la violation par la République du Chili de son obligation de traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice, et à ne pas retenir la responsabilité de la République au titre de l'API pour la confiscation des biens de CPP S.A. et EPC Ltée.
61. En effet, ces éléments sont pertinents pour déterminer les dommages-intérêts dus au titre de la violation par l'Etat hôte de l'article 4 de l'API.
62. Les Demandерesses rappelleront d'abord les faits et décisions pertinents relatifs à la compétence du Tribunal arbitral (**2.2**) et, dans un second temps, les faits et décisions pertinents relatifs aux violations de l'API par l'Etat hôte (**2.3**).
63. A titre liminaire, il convient de rappeler les faits à l'origine de la controverse portée devant le Tribunal arbitral en 1997 (**2.1**).

2.1 Les faits antérieurs à la naissance de la controverse portée devant le Tribunal arbitral¹⁸

64. Le 3 août 1967, la société CPP S.A. est créée au Chili, avec un capital de 200 000 escudos, représenté par 40 000 actions, dont 93% sont détenues par M. Dario Sainte-Marie¹⁹.
65. Le 9 mai 1968, la société CPP S.A. acquiert 95,5% du capital de la société ECP Ltée., société éditrice du journal *El Clarín* fondée par M. Dario Sainte-Marie en 1955. Le directeur de ce journal est M. Sainte-Marie. Il est assisté entre 1957 et 1970 par son ami, M. Pey Casado²⁰.
66. Le 13 mai 1972, en raison de la volonté de M. Sainte-Marie de céder la société CPP S.A., M. Pey Casado et M. Dario Sainte-Marie signent un accord de cession des actions de CPP S.A.
67. Par divers actes de transferts de titres et de paiements²¹, M. Pey Casado acquiert la totalité des actions de CPP S.A. pour un montant de US\$ 1.280.000,00 ainsi que 99% des titres de la société EPC Ltée. détenus par CPP S.A.
68. Le 30 mars 1972, M. Pey Casado est nommé président du Conseil d'administration de CPP S.A.
69. Le 11 septembre 1973, le Gouvernement constitutionnel est renversé, le Parlement est fermé et les libertés fondamentales supprimées à la suite d'une insurrection armée qui prend le contrôle du Chili. Ce même jour, avant même la mort du Président Allende pendant l'assaut du Palais Présidentiel par les insurgés, des troupes mutinées pénètrent dans les bureaux du journal *El Clarín* où elles arrêtent son directeur ainsi que de nombreux journalistes et employés et saisissent les biens meubles et immeubles des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée.
70. Comme l'a relevé le Tribunal dans sa Sentence, le tirage du Journal *El Clarín* était alors, selon les acteurs de l'époque, le plus important du pays²².
71. Une série de décrets administratifs ont ultérieurement confirmé cette saisie illégale, *de facto*.
72. Ainsi, le Décret-exempté n° 276²³ (ci-après « Décret n°276 »), édicté le 21 octobre 1974 par le régime militaire, a appliqué les dispositions du Décret-loi n°77 du 8 octobre 1973²⁴ (ci-après « Décret n°77 ») de la Junta Militaire - déclarant illicites et dissous certains partis ou mouvements politiques - aux sociétés de presse CPP S.A. et EPC Ltée. de l'entrepreneur M. Pey, et a mis à

¹⁸ Voir *infra* para 209 et ss.

¹⁹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 59

²⁰ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 61

²¹ [Pièce ND06](#) Sentence du 8 mai 2008, paras. 63-69 et 180-196

²² [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 234

²³ [Pièce ND09](#), Décret-exempté n° 276 du 21 octobre 1974

²⁴ [Pièce ND10](#), Décret-loi n° 77 du 8 octobre 1973

l'étude la situation patrimoniale de ce dernier²⁵. Le 10 février 1975, le Décret Suprême n°165, visant le Décret n° 276 susmentionné, a déclaré dissoutes les sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. et a transféré à l'Etat chilien la pleine propriété de leurs biens meubles et immeubles qui y étaient listés²⁶.

73. Le 24 avril 1975, par Décret Suprême n°580²⁷ (ci-après « Décret n°580 »), le gouvernement militaire a modifié le Décret n°165 en transférant la propriété d'un autre bâtiment, propriété de la société EPC Ltée., à l'Etat et a appliqué le Décret n°77 à M. Pey Casado et à ses biens propres²⁸. Ce Décret Suprême n°580 a été ultérieurement complété par le Décret n°1200²⁹ du 25 novembre 1977, qui a déclaré que « *passent en pleine propriété à l'Etat les biens meubles et immeubles, droits et actions appartenant audit M. Pey Casado, et en particulier, la totalité des fonds investis en certificats d'épargnes indexés de la Banque centrale du Chili* »³⁰.
74. Immédiatement après le coup d'Etat, le 27 octobre 1973, M. Pey Casado, après s'être réfugié à l'ambassade du Venezuela, s'est vu contraint de quitter le Chili pour préserver sa liberté et sa vie. Il ne pourra y retourner qu'à partir de 1989³¹.

2.2 Les faits et décisions pertinents relatifs à la compétence du Tribunal arbitral

75. Pour se déclarer compétent, le Tribunal arbitral initial a considéré que les parties Demandereuses présentaient les qualités d'investisseurs étrangers au sens de l'API et de la Convention de Washington.
76. Il a ainsi jugé que M. Victor Pey Casado avait effectivement fait l'acquisition en 1972 de la totalité des parts sociales de CPP S.A. et EPC Ltée. pour un montant de US\$ 1.280.000,00 aux conditions requises pour constituer un investissement au sens de l'API et de la Convention CIRDI³². A ce titre, le Tribunal a considéré que M. Pey était le seul propriétaire légitime des actions de ces deux sociétés³³.
77. Il a également reconnu que la Fondation espagnole Président Allende possédait la qualité d'investisseur au sens de l'API et de la Convention CIRDI, en indiquant :

De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation a démontré qu'elle était en possession de 90% des actions de CPP S.A., qui lui ont été transmises par M. Pey Casado au moyen d'écritures passées entre le 6 octobre 1989 et le 27

²⁵ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 589

²⁶ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 590

²⁷ [Pièce ND12](#), Décret suprême n°580 du 24 avril 1975

²⁸ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 591

²⁹ [Pièce ND13](#), Décret n°1200 du 25 novembre 1977

³⁰ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 592

³¹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 546

³² [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 156, 165, 179 à 235 et 665

³³ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 179, 229 et 520

*mai 1990. Cette transmission a été parfaite à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture, le 27 avril 1990*³⁴.

78. De même,

*De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation Presidente Allende a obtenu la qualité d' « investisseur » en vertu de la cession des actions en sa faveur de la part de la première partie demanderesse, M. Pey Casado*³⁵.

79. Le Tribunal arbitral a également considéré que les conditions de nationalité de la Convention de Washington et de l'API étaient remplies par M. Pey Casado et par la Fondation.

80. Enfin, le Tribunal s'est reconnu compétent *ratione temporis* pour connaître des trois différends invoqués par les Demandères. Pour la bonne compréhension du nouveau Tribunal arbitral, il est utile de présenter ces différends.

81. Le premier différend est né en 1995, et résulte du refus de la République du Chili de faire droit à la demande portée par M. Victor Pey Casado devant S. E. le Président de la République en vue de la restitution ou l'indemnisation de l'investissement qui lui a violemment été confisqué lors du coup d'Etat.

82. Une fois revenu au Chili, M. Pey Casado a initié des procédures devant les juridictions chiliennes en vue d'obtenir la restitution des titres des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. Il en a obtenu la restitution en mai 1995 et, en conséquence,

*les parties demanderesses situent ainsi la première controverse après le 29 mai 1995, date à laquelle le juge de la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago a ordonné la restitution des titres de propriété de CPP S.A., des contrats de cession de ces titres et des justificatifs de paiement du prix*³⁷⁷. *Le 6 septembre 1995, Victor Pey Casado a en effet adressé au Président du Chili une première demande de restitution des « biens confisqués, et actuellement aux mains du Fisc, appartenant à 'l'Entreprise Périodique Clarín Ltée' et au Consortium Publicitaire et Périodique S.A.* '378³⁶

83. Le 20 novembre 1995, le Gouvernement du Chili a répondu à M. Pey qu'il ne donnerait pas suite à cette demande du 6 septembre 1995. C'est ainsi qu'est né le premier différend entre les parties³⁷.

84. Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado a réitéré sa demande auprès du Président de la République³⁸, sans obtenir de réponse sur le fond³⁹.

85. Parallèlement, le 4 octobre 1995, les Demandères ont saisi la Première Chambre Civile de Santiago d'une demande en restitution⁴⁰ de la puissante

³⁴ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 525

³⁵ [Pièce ND06](#) Sentence du 8 mai 2008, para. 537

³⁶ [Pièce ND06](#) Sentence du 8 mai 2008, para. 78, 444, 594, 630

³⁷ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 79, 439, 445, 566, 594, 645. Dans les paras 78, 627, 628, 630, 653, 658, 659 le Tribunal identifie les faits constitutifs de la violation de l'article 4 de l'API

³⁸ [Pièce ND15](#), Réitération par M. Pey Casado de sa demande de restitution en date du 10 janvier 1996

³⁹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 445, 594 et 630

rotative GOSS - ou de sa valeur de remplacement - sur le fondement des dispositions de la Constitution chilienne relatives à la séparation des pouvoirs et du Code civil chilien relatives au dépôt par nécessité⁴¹. Le montant de la valeur de remplacement de cette rotative avait été provisoirement estimé dans la requête de 1995 à six cents millions (600.000.000) de pesos, plus intérêts ainsi que d'autres éventuelles réparations. Sur la base de sa connaissance directe de l'investissement de 1972, l'entreprise GOSS GRAPHIC SYSTEMS, Inc. avait estimé le 10 août 1998 la valeur de remplacement de ladite rotative à environ US\$ 8 millions⁴². Cette requête n'a pas obtenu de réponse sur le fond avant le prononcé de la Sentence⁴³.

86. Le 7 novembre 1997, les Demandeur·es ont déposé une requête d'arbitrage auprès du CIRDI, en excluant expressément de leur demande la restitution de la rotative GOSS ou sa valeur de remplacement⁴⁴.
87. Le second différend est né de l'adoption en avril 2000 par le Ministère des Biens Nationaux de la « *Décision n°43* »⁴⁵.
88. Le 25 juin 1998, l'Etat hôte a adopté la loi n°19.568⁴⁶ relative à la restitution ou l'indemnisation des biens confisqués et acquis par l'Etat à travers notamment le Décret n°77 de 1973, excluant expressément la réparation du *lucrum cessans*.
89. Par lettre du 24 juin 1999, les Demandeur·es ont informé le Ministre des Biens Nationaux de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, en raison d'une part, de l'existence d'une procédure arbitrale en cours depuis 1997 et, d'autre part, de la présence d'une clause d'option irrévocable (« *fork-in-the-road* ») stipulée dans l'API⁴⁷.
90. En dépit de cette notification de la part des Demandeur·es, le 28 avril 2000, alors que la procédure d'arbitrage était pendante, le Ministère des Biens Nationaux adopta la Décision n°43⁴⁸ attribuant les droits de propriété de CPP S.A. et EPC Ltée., et en conséquence le droit à indemnisation, à des tiers. Cette Décision n°43 a été exécutée et a donné lieu au paiement d'indemnités de la part des autorités chiliennes à ces tiers⁴⁹.

⁴⁰ [Pièces ND16](#), Requête de M. Pey Casado en restitution des Presses GOSS, du 4 octobre 1995

⁴¹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 490 et 594

⁴² [Pièces ND17](#) et [ND18](#), Estimation de la valeur de remplacement de la rotative par l'entreprise GOSS GRAPHIC SYSTEMS, Inc., du 10 août 1998 ; [Pièce ND19](#), Lettre de GOSS International du 30 septembre 2008 sur la valeur de remplacement d'une des deux presses saisies à M. Pey Casado

⁴³ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 459-466, 633-636, 641 et note de bas de page n°409

⁴⁴ [Pièce ND06](#) Sentence du 8 mai 2008, paras. 109-111, 208, 291, 444-446, 478, 487-493, 553, 566, 572, 594, 630, 658, et notes de bas de page nos. 191 et 551

⁴⁵ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 453

⁴⁶ [Pièce ND20](#), Loi 19.568 du 25 juin 1998

⁴⁷ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 595 et 691

⁴⁸ [Pièce ND21](#), Décision n°43 du Ministère des Biens Nationaux du 28 avril 2000

⁴⁹ [Pièces ND22, ND23, ND24, ND25, ND26, ND27, ND28, ND29, ND30](#), correspondance entre les parties et le CIRDI et documents annexes ; [Pièce ND31](#), Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire, du 11 septembre 2002

91. Les parties Demanderesses ont manifesté leur opposition à cette décision dès qu'elles en ont eu connaissance lors des audiences de mai 2000⁵⁰.
92. Elles ont également tenté, en vain, de faire reconnaître l'incompatibilité de la Décision n°43 avec la procédure engagée depuis octobre 1995 devant les juridictions judiciaires chiliennes pour la restitution ou la valeur de remplacement de la presse GOSS⁵¹, dans laquelle aucune décision au fond n'avait encore été rendue.
93. Il en est résulté le troisième différend, fondé sur le déni de justice dont étaient victimes les Demanderesses de la part des juridictions chiliennes. Il a fait l'objet d'une demande complémentaire devant le Tribunal arbitral le 4 novembre 2002⁵².
94. Ainsi que l'a relevé le Tribunal arbitral, la demande en réparation pour déni de justice était fondée sur l'absence de décision au fond concernant la demande judiciaire formulée en octobre 1995 auprès des juridictions internes et, plus généralement, sur l'ensemble des actes de la République du Chili ayant pour conséquence de nier les droits sur la totalité de leur investissement, notamment celui d'être indemnisé, de M. Pey Casado⁵³ et de la Fondation espagnole :

« *En effet, l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demanderesses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (moment de l'introduction de la demande complémentaire dans la présente procédure) doit être qualifié comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens* »⁵⁴ (soulignement ajouté).

95. C'est donc sur l'ensemble de ces demandes que le Tribunal arbitral s'est prononcé dans la Sentence.

2.3 Les faits et décisions pertinents relatifs aux violations de l'API par la République du Chili

96. Pour l'ensemble de ces différends, le Tribunal arbitral a considéré que la République du Chili avait manqué à ses obligations au titre de l'API, en particulier à ses engagements stipulés à l'article 4 de l'API, en ce qu'elle n'avait pas accordé aux Demanderesses un traitement juste et équitable, notamment en ayant commis un déni de justice à l'encontre de M. Pey Casado.
97. En revanche, le Tribunal arbitral a considéré, se fondant sur les éléments à sa disposition à la date de la Sentence concernant la « nullité de droit public » du Décret n°165, que les actes de saisie et d'expropriation pris à l'encontre de CPP S.A. et EPC Ltée. ne pouvaient être sanctionnés au titre de l'article 5 de l'API (relatif à l'expropriation) au motif que « *l'expropriation résultant du*

⁵⁰ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 448

⁵¹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 460-463

⁵² [Pièce ND06](#) Sentence du 8 mai 2008, para. 464

⁵³ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 645

⁵⁴ [Pièce ND06](#) Sentence du 8 mai 2008, para. 658, 78

Décret n°165 ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API »⁵⁵.

98. En effet, le Tribunal a considéré que « *l'expropriation litigieuse qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n°165 du 10 février 1975 qui a prononcé le transfert de propriété des biens des sociétés CPP SA et EPC Ltée à l'Etat. A cette date, l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur sa licéité. Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les demanderesses doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API* »⁵⁶. (soulignement ajouté)
99. Comme cela a été indiqué, le Tribunal est parvenu à cette conclusion au motif qu' « *à la connaissance du Tribunal, 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* ».⁵⁷(soulignement ajouté)
100. Cependant, le Tribunal arbitral a considéré qu'indépendamment de toute considération sur la « nullité de droit public » du Décret n°165, il était en droit de prendre en compte les faits de confiscation intervenus avant l'entrée en vigueur de l'API pour examiner le contexte dans lequel étaient intervenus les faits postérieurs à son entrée en vigueur⁵⁸.
101. C'est précisément ce qu'a fait le Tribunal arbitral en analysant les réclamations des Demandерesses sur les fondements respectifs de traitement injuste et inéquitable et de déni de justice.
102. Ainsi, à la question de savoir si les investissements réalisés par M. Pey avaient bénéficié d'un traitement juste et équitable, le Tribunal a répondu par la négative aux motifs que (i) M. Pey avait démontré être le propriétaire des biens confisqués par les autorités militaires chiliennes, ce qui était d'ailleurs confirmé par un jugement interne du 29 mai 1995⁵⁹, (ii) les autorités chiliennes avaient admis à de nombreuses reprises leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés aux victimes du gouvernement militaire⁶⁰, (iii) M. Pey n'a pas bénéficié de ce traitement, celui-ci voyant au contraire rejeter l'ensemble de ses revendications⁶¹, (iv) et alors que la République depuis septembre 1995 « *paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués* », elle accordait des compensations « *à des personnages qui n'étaient pas propriétaires des biens confisqués* »:

⁵⁵ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para.600

⁵⁶ [Pièce ND06](#)Sentence du 8 mai 2008, para. 608 (soulignement ajouté)

⁵⁷ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 603

⁵⁸ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 611

⁵⁹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 77, 159, 163, 210, 214, 215, 444. Il s'agit de la Décision de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago de 29 mai 1995 de restituer à M. Victor Pey tous les titres de propriété de CPP S.A. (40.000), ainsi que les preuves de leur achat et du paiement [correspondant] en 1972, et d'autres documents justificatifs [relatifs] à son investissement au Chili (pièce n° 18 de la Requête d'arbitrage initiale)

⁶⁰ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 667 et 668

⁶¹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 669

*674. Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicquées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués*⁶²

la République du Chili a commis un déni de justice et refusé de traiter les Demandéresses de façon juste et équitable.

103. De même, le Tribunal a considéré que ces faits, comme l'absence de décision « *entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002* », i.e. pendant plus de 7 années, sur le fond des demandes des Demandéresses, étaient constitutifs d'un déni de justice⁶³.
104. C'est sur ces deux fondements que le Tribunal arbitral a décidé que les Demandéresses ont droit à compensation.
105. C'est donc au titre de la violation de l'article 4 de l'API que les Demandéresses présentent leur demande en réparation devant le présent Tribunal arbitral.
106. A cet égard, il convient de rappeler qu'en annulant le paragraphe 4 du Dispositif de la Sentence ainsi que la section VIII du corps de la Sentence relatif à la détermination des dommages-intérêts, le Comité *ad hoc* a remis les parties dans la situation dans laquelle elles auraient été si le Tribunal arbitral avait rendu une sentence partielle sur la responsabilité de la République du Chili. En d'autres termes, aucun des développements de la section VIII de la Sentence n'a autorité de chose jugée.

3. LE DROIT ACQUIS A L'INDEMNISATION DE M. VICTOR PEY ET LE TRANSFERT DE TOUS SES DROITS A SA FILLE CORAL PEY GREBE

107. Par acte notarié du 15 mars 2013⁶⁴, M. Victor Pey Casado, alors âgé de 97 ans, a cédé à sa fille, Mme Coral Grebe Pey, l'ensemble de ses droits afférents aux parts sociales qu'il détenait dans la société CPP S.A., ainsi que sa place et ses droits dans la poursuite du présent arbitrage.
108. L'acte de cession stipule que M. Victor Pey Casado cède à Mme Coral Pey Grebe :

*le patrimoine, les titres, droits et créances de toute nature dont il est titulaire et qui découlent des contrats que le Cédant a passés en 1972 avec Monsieur Dario Sainte-Marie Soruco, par lesquels ce dernier lui a vendu 100 % des actions [de la société CPP S.A.].*⁶⁵ (Soulignement ajouté)
109. M. Victor Pey Casado a donc cédé à sa fille toutes les créances qui « *découlent* » de l'acquisition des parts sociales de la société CPP S.A. et d'EPC Ltée.
110. Plus précisément, l'acte de cession transfère à Mme Coral Pey Grebe :

⁶² [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 674

⁶³ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 658, 659, 627, 628, 630

⁶⁴ [Pièce ND01](#), Contrat de cession des droits de M. Victor Pey Casado à sa fille Coral Pey Grebe, du 15 mars 2013

⁶⁵ [Pièce ND01](#), Contrat de cession des droits de M. Victor Pey Casado à sa fille Coral Pey Grebe, du 15 mars 2013, para. « *Premièrement* »

*tous les droits du Cédant afin de les faire valoir auprès de toute personne physique ou morale, auprès de toute Autorité, organisme ou institution, publique ou privée, dans n'importe quel Etat, et tout spécialement aux fins de revendiquer le patrimoine, les titres, créances, droits, indemnisation de quelque nature que ce soit, qui seraient consécutifs à [...] toute disposition ou tout autre agissement de fait qui auraient touché les intérêts et droits cédés dans le présent contrat.*⁶⁶ (Soulignement ajouté)

111. Ainsi, M. Victor Pey Casado a cédé à sa fille toutes les créances dont il est titulaire et qui découlent de son acquisition des parts sociales de la société CPP S.A., et en particulier sa créance de réparation au titre des décisions et des agissements du Chili qui ont affecté ses intérêts dans les sociétés CPP S.A. et EPC Ltée, et ses droits, de quelque nature que ce soit.
112. Mme Coral Pey Grebe agit en qualité de cessionnaire de la créance que détenait son père, M. Victor Pey Casado, sur la République du Chili, créance dont le principe a été reconnu de manière définitive par la Sentence.
113. La République du Chili ayant été définitivement jugée débitrice de M. Victor Pey Casado, elle se trouve *de jure* débitrice de Mme Coral Pey Grebe, par l'effet de la cession de créance, laquelle a transféré la créance, les titres, droits, indemnisations, etc. du père vers le patrimoine de la fille. La cession de créance ne saurait avoir pour effet de libérer l'Etat défendeur de ses obligations; elle ne fait qu'opérer une substitution de créancier.

4. LE DROIT APPLICABLE A LA REPARATION INTEGRALE DU DOMMAGE

114. Les Demandeuresses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral qu'il détermine le droit applicable au litige (4.1) et applique le principe de réparation intégrale du préjudice (4.2) à l'évaluation du montant de la réparation due par la Défenderesse aux Demandeuresses pour sa violation de l'article 4 de l'API.

4.1 Le droit applicable conformément à l'article 42 de la Convention de Washington

115. La Convention de Washington lie, au plan international, la République du Chili et le Royaume d'Espagne depuis le 17 septembre 1994 et a été formellement intégrée dans le système juridique interne des deux pays. Son article 42 (1) dispose :

Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière.

⁶⁶ [Pièce ND01](#), Contrat de cession des droits de M. Victor Pey Casado à sa fille Coral Pey Grebe du 15 mars 2013, para. « Neuvièmement »

116. En l'espèce, l'accord des parties est contenu dans l'API de 1991, en vigueur depuis le 29 mars 1994, et en particulier en son article 10 (4) qui prévoit :

L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la partie contractante qui serait partie à la controverse - y compris les règles relatives aux conflits de lois - et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière (nous soulignons).

117. Il résulte de cet article 10 (4) de l'API que le Tribunal arbitral devra se prononcer sur l'indemnisation due aux Demandées en application des dispositions de l'API (**4.1.1**), des dispositions de droit chilien pertinentes (**4.1.2**) et des principes du droit international et notamment des principes généraux du droit international (**4.1.3**).

4.1.1 Les dispositions de l'API pertinentes

118. L'article 4 (1) et 4 (2) de l'API relatif au Traitement de l'investissement prévoit :

1. *Chaque partie garantira dans son territoire, en accord avec sa législation nationale, un traitement juste et équitable aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie, sous des conditions non moins favorables que pour ses investissements nationaux.*
2. *Ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque Partie aux investissements réalisés dans son territoire par des investisseurs d'un pays tiers. (...).*

119. Quand bien même la Sentence considère que l'article 5 de l'API n'est pas applicable aux faits qui se sont déroulés dans les années 70 en raison de leur prétendu achèvement avec l'entrée en vigueur du Décret n°165 permettant de les qualifier d'actes instantanés, les termes de l'article 5 de l'API restent pertinents ainsi qu'il le sera démontré ultérieurement, en raison des conséquences du déni de justice sur la conclusion du Tribunal arbitral initial. Or, cet article prévoit :

La nationalisation, l'expropriation ou toute autre mesure de caractéristiques ou d'effets similaires qui pourrait être adoptée par les autorités d'une Partie à l'encontre des investissements d'investisseurs de l'autre Partie dans son territoire, devra être réalisée exclusivement pour cause d'utilité publique ou d'intérêt national, conformément aux dispositions constitutionnelles et légales et en aucun cas (elle) ne sera discriminatoire. La Partie qui adoptera ces mesures payera à l'investisseur, sans retard injustifié, une indemnisation adéquate, en monnaie librement convertible. La légalité de l'expropriation, nationalisation ou mesure analogue, et le montant de l'indemnisation seront susceptibles de recours en procédure judiciaire ordinaire.

120. De son côté, l'article 7 de l'API contient une clause de conditions plus favorables qui se lit comme suit :

Les conditions plus favorables à celles du présent Accord qui auraient été convenues entre l'une des Parties et les investisseurs de l'autre Partie, ne seront pas affectées par le présent Accord.

Si à la suite de dispositions légales d'une Partie contractante, ou d'obligations actuelles ou futures distinctes du présent Traité entre les Parties contractantes, et découlant du Droit International, il résultait une réglementation générale ou particulière en vertu de laquelle il devait être concédé aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement plus favorable que celui prévu dans le présent Traité, ladite réglementation prévaudra sur le présent Traité dans la mesure où elle serait plus favorable.

121. L'article 4 de l'API relatif au traitement de l'investissement ne contient pas de disposition relative à la réparation due en cas de violation de cet engagement. Cela ne signifie pas pour autant que la violation de cet article n'ouvre pas droit à réparation, notamment en application des principes généraux de droit international.
122. En outre, les termes de l'article 7 de l'API autorisent les Demandeur·euses à se référer à d'autres Traité·s de Protection des Investissements signés par la République du Chili qui contiennent des dispositions plus favorables en particulier concernant la détermination du droit à réparation (clause de la NPF).
123. Il est en effet largement admis que les clauses de la NPF ont vocation à s'appliquer aux dispositions de fond, que ce soit sur le standard de protection applicable ou sur la détermination de l'indemnisation⁶⁷.
124. L'API exclut l'application de la clause de la NPF seulement aux investissements compris aux points 3 et 4 de son article 4, et l'on peut appliquer la NPF à tous les aspects du traitement d'un investissement faisant l'objet de l'API Espagne-Chili et des API signés par le Chili avec des pays tiers, en conformité du principe *eiusdem generis*.⁶⁸
125. En l'espèce, les dispositions relatives à l'indemnisation contenues dans d'autres API signés par le Chili qui seraient plus favorables aux investisseurs

⁶⁷ *Impregilo SpA c/ Argentine*, ICSID Case n° ARB/07/17, Sentence sur la compétence et sur le fond. – 21 juin 2011, paras. 98-108, accessible dans https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2171_En&caseId=C109; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award (26 juin 2003), para. 123, <http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Loewen/LoewenFinalAward.pdf>; *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL (UK/Argentina BIT), Décision sur la compétence, 3 août 2006, paras. 52-68, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0049.pdf>; Y. Banifatemi, *The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration*, in A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky eds, *Investment Treaty Law : Current Issues III*, BIICL 2009, [http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/02/The-Emerging-Jurisprudence__FileAttachment/IA_Yas-Banifatemi-021809.pdf](http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/02/The-Emerging-Jurisprudence-on-the-MostFavouredNa__Files/View-the-full-article-The-Emerging-Jurisprudence__FileAttachment/IA_Yas-Banifatemi-021809.pdf)

⁶⁸ Voir dans la [Pièce C-L05](#) le tableau comparatif de la clause de la Nation la Plus Favorisée dans les API ratifiés par le Chili

auront vocation à s'appliquer. Par exemple, l'*API Chili-Australie* du 9 juillet 1996⁶⁹, en vigueur depuis le 18 novembre 1999 dispose :

ARTICLE 6. Expropriation and Indemnity. (1) Neither Contracting Party shall take any measures, such as expropriation, depriving directly or indirectly, an investor of the other Contracting Party of an investment unless the following conditions are complied with:

(a) the measures are taken in the public or national interest and in accordance with the law;

(b) the measures are not discriminatory;

(c) the measures are accompanied by provisions for payment of prompt, adequate and effective compensation.

(2) The compensation shall be based on the market value of the investments affected immediately before the measure became public knowledge. Where that value cannot be readily ascertained, the compensation may be determined in accordance with generally recognised principles of valuation and equitable principles taking into account the capital invested, depreciation, capital already repatriated, replacement value and other relevant factors. This compensation shall carry interest at the appropriate market rate of interest from the date of expropriation until the date of payment.

(3) The investor affected shall have a right of access, under the law of the Contracting Party making the expropriation, to the judicial authority of that Contracting Party, in order to review the amount of compensation and the legality of any such expropriation or comparable measure.

ARTICLE 7. Indemnification for losses. The investors of one Contracting Party whose investments have suffered losses due to a war or any other armed conflict, revolution, state of emergency or rebellion, which took place in the territory of the other Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment as regard restitution, indemnification, compensation or other valuable consideration, no less favourable than that which that Contracting Party accords to its domestic investors or to investors of any third country, whichever is more favourable to the investors concerned.

4.1.2 Les dispositions de droit interne chilien applicables en matière de droit à réparation

126. Le droit interne chilien consacre le principe universellement reconnu selon lequel tout fait causant un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.
127. Ce principe est consacré par les articles 2314 et suivants du Code civil chilien.
128. Ainsi, l'article 2314⁷⁰ du Code civil chilien prévoit :

⁶⁹ Pièce C-L47, API Chili-Australie. La version en espagnol est accessible dans http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/australia_chile_esp.pdf

Celui qui a commis un délit ou quasi délit qui a produit des dommages à autrui est obligé à l'indemnisation.

129. L'article 2316⁷¹ du Code civil indique :

Celui qui a produit le dommage est obligé à l'indemnisation, ainsi que ses héritiers.

130. L'article 2329⁷² du Code civil dispose :

En règle générale, tout dommage qui peut être imputé à l'intention malicieuse ou à la négligence de quelqu'un doit être réparé par ce dernier. (soulignement ajouté)

131. Ces dispositions du Code Civil sont également applicables en matière de réparation pour des actes administratifs⁷³.

132. On relèvera également que le droit chilien garantit constitutionnellement le droit à indemnisation en cas d'expropriation, que ce soit dans la Constitution de 1925, applicable au moment des saisies, ou dans la Constitution de 1980, applicable à la demande d'indemnisation portée par M. Pey devant les autorités chiliennes le 6 septembre 1995. Ainsi, l'article 19(24) de la Constitution chilienne de 1980 prévoit :

Nul ne peut en aucun cas être privé de cette propriété, des biens auxquels elle a trait ou d'aucun des attributs ou facultés essentielles de son plein exercice, si ce n'est en vertu d'une loi générale ou spéciale autorisant son expropriation pour cause d'utilité publique ou d'intérêt national qualifié par le législateur. La personne affectée par une expropriation pourra réclamer à propos de la légalité de cette expropriation devant les tribunaux ordinaires, et aura toujours droit à indemnisation pour ce dommage patrimonial effectivement causé, laquelle sera fixée [soit] d'un commun accord soit par une décision prise conformément au droit par lesdits tribunaux. A défaut d'accord, l'indemnisation devra être payée en monnaie effective au comptant. La prise de possession matérielle du bien exproprié aura lieu après paiement total de l'indemnisation, laquelle, à défaut d'accord, sera déterminée provisoirement par des experts selon les modalités énoncées par la loi⁷⁴. (Soulignement ajouté)

⁷⁰ Art. 2314 du Code civil: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”

⁷¹ Art. 2316 du Code civil: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”

⁷² Art. 2329 du Code civil : “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

⁷³ [Pièce NDJ-04](#), SILVA CIMMA (E.), Derecho Administrativo chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pages. 55-59; [Pièce NDJ-05](#), ALESSANDRI R. (A.), De la responsabilidad extra-contractual en derecho civil chileno. Santiago, Ed. Jurídica, 1983, T. II, Cap. VII

⁷⁴ [Pièce ND40](#), Article 19(24) de la Constitution du Chili de 1980; [Pièce ND41](#), La Constitution chilienne de 1925, en vigueur au moment des faits de saisie illégale, disposait (art. 10(10)) : « Nul ne peut être privé de sa propriété qu'en vertu d'une loi générale ou spéciale autorisant son expropriation pour cause d'utilité publique ou d'intérêt social. La personne expropriée a toujours droit à une indemnité dont le montant et les conditions de versement sont déterminées équitablement compte tenu des intérêts

4.1.3 Les principes de droit international

133. En droit des investissements, les principes de droit international peuvent être invoqués soit directement, de manière isolée ou conjointe avec le droit national de l'Etat d'accueil, soit indirectement par l'incorporation du droit international au sein du droit national⁷⁵.
134. Ainsi que cela a été rappelé ci-dessus, l'article 42(1) de la Convention de Washington et l'article 10(4) de l'API Espagne-Chili prévoient expressément l'application des principes du droit international en matière de protection des investissements.
135. L'article 40 du Rapport des Administrateurs sur la Convention CIRDI, du 6 août 1964⁷⁶, dispose :

40. En vertu de la Convention, un Tribunal arbitral est tenu d'appliquer le droit désigné par les parties. A défaut d'accord, le Tribunal doit appliquer le droit de l'Etat partie au différend (sauf si le droit de cet Etat prévoit l'application d'un autre droit), et toute règle de droit international applicable en l'espèce. Le terme « droit international » doit ici être interprété au sens de l'article 38(1) du Statut de la Cour Internationale de Justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des différends interétatiques.

136. Ce rapport des Administrateurs de la BIRD énonce que le droit international doit se définir au sens de l'article 38(1) du Statut de la Cour Internationale de Justice :

The term ‘international law’ as used in this context should be understood in the sense given to it by article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice⁷⁷.

137. L'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice dispose :

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;

de la collectivité et des propriétaires expropriés. La loi fixe les règles de fixation des indemnités, la liste des tribunaux compétents pour connaître des réclamations relatives à leur montant, les formes de prescription du droit à indemnité et les circonstances dans lesquelles le bénéficiaire de l'expropriation prend possession du bien exproprié » (soulignement ajouté)

⁷⁵ *Kaisier Bauxite c. Jamaïque*, ICSID Case No. ARB/74/3, Décision sur la compétence, 6 juillet 1975, Répertoire CIRDI, Vol 1, p. 301, accessible dans

<http://internationalinvestmentlawmaterials.blogspot.com.es/2011/09/kaiser-bauxite-company-v-jamaica-icsid.html> ; *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1,

Sentence 30 novembre 1979, Répertoire CIRDI, Vol 1, page 318, paras. 43-47

⁷⁶ Ce rapport a été approuvé par la résolution No 214, adoptée par le Conseil des Gouverneurs de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement le 10 septembre 1964

⁷⁷ *Memorandum from the General Counsel and Draft Report of the Executive Directors to accompany the Convention*, 19 janvier 1965, Document N° 128 in History of the ICSID Convention, Vol. II page 962, para. 1029

- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
 - c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
 - d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.
138. La doctrine considère que le droit international doit être entendu comme « *a body of substantial rules which may be applicable to a particular issue presented to an ICSID tribunal* ».⁷⁸
139. En conclusion, le Tribunal arbitral pourra s'appuyer non seulement sur les dispositions de l'API pour déterminer le montant de l'indemnisation due aux Demandereuses mais pourra également prendre en compte le droit interne chilien ou les principes de droit international.

4.2 Le principe de réparation intégrale

140. Tant sur le fondement du droit chilien, que du droit international et/ou de la jurisprudence arbitrale, les Demandereuses sont bien fondées à réclamer la réparation intégrale du préjudice résultant des violations de l'API par la République du Chili (4.2.1), qui comprend non seulement le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* (4.2.2) mais également la réparation du préjudice moral (4.2.3), étant entendu que cette réparation devra être assortie d'intérêts moratoires (4.2.4).

4.2.1 Le principe de réparation intégrale : principe consacré par le droit international et applicable en cas de déni de justice ou manquement au traitement juste et équitable

141. Dans l'affaire *Usine de Chorzów*, la Cour Internationale de Justice a posé le principe de la réparation intégrale ou restitution *in integrum* pour fait illicite de l'Etat. La Cour a ainsi jugé que face à un acte illicite, le débiteur doit replacer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de violation de l'obligation internationale.

Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-

⁷⁸ Pièce C-L07, E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *The Meaning of « and » in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, ICSID Revue, Vol. 18, 2003, page 397, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12178520651780/the_meaning_of_and_article_42_1_eg.pdf

intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international.⁷⁹ (Soulignement ajouté)

142. Ce principe a été codifié à l'article 31 du projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite qui prévoit :

*Réparation. 1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État*⁸⁰.

143. Ce principe de réparation *in integrum* a été reconnu par la majorité des tribunaux arbitraux ayant eu à se prononcer sur la réparation due dans des cas d'expropriation illégale.

144. Ainsi, dans l'affaire *SD Myers Inc v. Canada*⁸¹, le Tribunal arbitral a considéré que les traités relatifs à la protection des investissements omettaient de préciser les critères permettant de calculer les compensations dues pour des violations autres que celles d'expropriations légales, et que, dès lors, il appartenait au Tribunal de combler cette lacune. Le Tribunal a alors appliqué le principe de réparation intégrale posé dans l'affaire *Usine de Chorzów* considérant que ce principe de droit international est la règle de principe en matière de réparation :

309. By not identifying any particular methodology for the assessment of compensation in cases not involving expropriation, the Tribunal considers that the drafters of the NAFTA intended to leave it open to tribunals to determine a measure of compensation appropriate to the specific circumstances of the case, taking into account the principles of both international law and the provisions of the NAFTA.

310. There being no relevant provisions of the NAFTA other than those contained in the Article 1110 the Tribunal turns for guidance to international law.

311. The principle of international law stated in the Chorzów Factory (Indemnity case) is still recognized as authoritative on the matter of general principle (soulignement ajouté).

145. Les tribunaux arbitraux ont également appliqué le principe de réparation intégrale pour déterminer le montant de réparation dû en cas de manquement au traitement juste et équitable et de déni de justice⁸².

⁷⁹ [Pièce ND-J7](#), Affaire relative à l'Usine de Chorzów, CIJ, Série A n° 17, 13 septembre 1928, p.47

⁸⁰ Article 31 du *Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, de la Commission de Droit International (CDI), accessible dans

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/9_6_2001_francais.pdf

⁸¹ *SD Myers Inc v. Canada*, NAFTA UNCITRAL Arbitration Rules IIC 249, première sentence partielle, 13 novembre 2000, <http://italaw.com/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>

⁸² [Pièce C-L02](#), *AMCO v. Indonésie*, Seconde Sentence du 5 juin 1990, para. 94 et suivants, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol XVII, 1992 ; *Vivendi v. République d'Argentine*, ICSID Case No.

ARB/97/3, Sentence 20 août 2007, paras. 8.2.4-8.2.5, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case->

146. Ainsi, le tribunal arbitral dans l'affaire *CMS v. Argentine* a considéré qu'en l'absence de critères explicites de compensation pour des violations du droit des investissements différentes de l'expropriation - tels que la violation du traitement juste et équitable - le tribunal arbitral pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire pour identifier les standards de compensation les plus appropriés⁸³. Dans cette affaire *CMS*, le tribunal s'est également référé à l'affaire *Chorzów Factory* et a indiqué :

*Compensation is designed to cover any “financially assessable damage including loss of profits insofar it is established”. [...] The remedy should be commensurate with the loss, so that the injured party may be made whole*⁸⁴.

147. L'utilisation du principe de réparation intégrale et du standard de *fair market value* en cas de violation du traitement juste et équitable a été réaffirmée dans l'affaire *Azurix v. Argentina* dans laquelle le tribunal arbitral a expressément renvoyé aux affaires *CMS v. Argentine* et *MTD v. Chili*⁸⁵.

148. De même, dans l'affaire *Enron*, le tribunal a indiqué⁸⁶ :

359. The Treaty does not specify the damages to which the investor is entitled in case of breach of the standards of treatment different from expropriation, i.e., fair and equitable treatment or the breach of the umbrella clause. Absent an agreed form of restitution by means of renegotiation of contracts or otherwise,

[documents/ita0215.pdf](#); *Impregilo S.p.A. v. République d'Argentine*, ICSID Case No. ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011, citée, para. 361 ; *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Sentence, 25 mai 2004, p. 87, para. 238, IIIC 2004, p. 174, accessible dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>; *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/1/8, Sentence, 12 mai 2005, para. 409, IIC 2005 p. 65, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> ; *Azurix Corp c. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/12, Sentence, 14 juillet 2006, paras. 420-424, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf> ; *ENRON Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Sentence, 15 mai 2007, para. 360, IIC 2007, p. 292, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf> ; *LG&G Energy Corp and others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Sentence, 25 juillet 2007, paras. 30-31; *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Sentence, 28 septembre 2007, para. 403, IIC 2007, p. 304, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>; *BG Group plc c. Argentina, ad hoc UNCITRAL Arbitration Rules*, Sentence Finale, 24 décembre 2007, paras. 419-429, IIC 2007, p. 321, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>; *National Grid PLC v. Argentina*, Sentence, *ad hoc UNCITRAL Arbitration Rules*, Case 1:09-cv-00248-RBW, 3 novembre 2008 paras. 269-70, IIC 2008, p. 361, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>

⁸³ *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08, Sentence, du 12 mai 2005, citée, para. 409

⁸⁴ Ibid, para. 401.

⁸⁵ *Azurix Corp c. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/12, Sentence du 14 juillet 2006, para. 420, paras. 423-424

⁸⁶ *Enron and Ponderosa Assets v. Argentine*, ICSID Case ARB/01/3, Sentence du 22 mai 2007, citée, paras. 359-360, renvoyant à l'affaire *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Sentence partielle 13 novembre 2000, paras. 311-315, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Sentence du 30 août 2000, para. 122, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>; *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Sentence du 25 mai 2004, para. 238

the appropriate standard of reparation under international law is compensation for the losses suffered by the affected party, as was established by the Permanent Court of International Justice in the Chorzów Case [...].

360. Various tribunals have applied this principle in deciding damages for breach of 'fair and equitable treatment' (soulignement ajouté).

149. Dans l'affaire *National Grid PLC*, le tribunal a rappelé l'applicabilité du principe de réparation *in integrum* en ces termes⁸⁷ :

Article 5 of the Treaty provides guidance regarding compensation for expropriation which the Tribunal does not find to be present here. The Treaty does not, however, provide much guidance regarding compensation standards for other kinds of violations. Thus, the Tribunal needs to revert to the principles of compensation under customary international law as reflected in the Draft Articles reflect customary international law [sic]. Article 31(1) of the Draft Articles provides :

The responsible state is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.

The commission's commentary (at (2)) on this article refers to the following statement of the Permanent Court of International Justice in the Factory at Chorzów case:

The essential principle contained in the actual notion of illegal act ... is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.

150. A cet égard, il est intéressant de noter que dans l'affaire *MTD v. Chili*, la République du Chili ne s'était pas opposée à l'application du principe de réparation *in integrum* dans le cadre d'une violation du traitement juste et équitable⁸⁸. Ainsi le tribunal a indiqué :

The Tribunal first notes that the BIT provides for the standard of compensation applicable to expropriation, "prompt, adequate and effective" (Article 4(c). It does not provide what this standard should be in case of compensation for breaches of BIT on other grounds. The Claimants have proposed the classic standard enounced by the Permanent Court of Justice in the Factory at Chorzów: compensation should "wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed." The Respondent has not objected to the application of this standard and no differentiation has been made about the standard of compensation in relation to the grounds on which it is justified. Therefore, the Tribunal will apply the standard of compensation proposed by the Claimants to the extent of the damages awarded. (Soulignement ajouté)

⁸⁷ *National Grid PLC v. Argentina*, Sentence, *ad hoc* UNCITRAL Arbitration Rules, Case 1:09-cv-00248-RBW, Sentence, 3 novembre 2008, paras. 269-70, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>

⁸⁸ *MTD v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Sentence du 25 mai 2004, citée, para. 238.

151. On relèvera encore les termes utilisés par le tribunal arbitral dans l'affaire *Vivendi*⁸⁹ à propos du principe de réparation dégagé dans l'affaire *Chorzów* :

There can be no doubt about the vitality of this statement of the damages standard under customary international law, which has been affirmed and applied by numerous international tribunals as well as the PCIJ's successor, the International Court of Justice. It is also clear that such a standard permits, if the facts so require, a higher rate of recovery than that prescribed in Article 5(2) for lawful expropriation.

152. Comme l'a indiqué le tribunal dans l'affaire *Chorzów*, la réparation intégrale a pour objectif, autant que faire se peut, d'effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et de rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.
153. En l'espèce, il appartiendra au Tribunal de déterminer les conséquences des violations par la République du Chili et de tenter de les effacer en réparant intégralement le préjudice subi par les investisseurs. En d'autres termes, les Demandereuses doivent être remises dans une situation qui aurait été la leur si ces violations n'étaient pas intervenues, c'est-à-dire si la République du Chili n'avait pas commis de déni de justice à leur encontre et M. Pey et la Fondation avaient été traités de manière juste et équitable.
154. Ainsi qu'il le sera démontré ci-après, en l'absence des faits constitutifs de la violation du traitement juste et équitable, les investisseurs auraient dû voir leur demande de restitution ou de compensation pour la saisie des biens de CPP S.A. et EPC Ltée. accueillie avec bienveillance par l'Etat hôte, comme tout propriétaire victime de l'application du Décret n°77 de 1973 portant confiscation des biens, et auraient en conséquence dû être indemnisés pour le préjudice résultant de ces saisies. Une telle indemnisation correspond à la politique adoptée par les Pouvoirs Judiciaire, Législatif et Exécutif de la République du Chili lorsque l'API Espagne-Chili était entré en vigueur en mars 1994.
155. En l'absence de déni de justice - en particulier en l'absence de rétention du jugement de la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago- les investisseurs auraient obtenu des Cours chiliennes une décision au fond se prononçant notamment sur la « nullité de droit public » du Décret n°165, ce qui aurait permis à tout Tribunal d'en tirer toutes les conséquences de droit notamment sur la violation par la République du Chili à partir du 6 septembre 1995 de l'article 5 de l'API.

4.2.2. La réparation intégrale inclut le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*

156. L'article 1556⁹⁰ du Code Civil chilien dispose:

⁸⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/97/3, Sentence, 20 août 2007, para. 8.2.5, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0215.pdf>

⁹⁰ Art. 1556 du Code civil : « La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o

« l'indemnisation des préjudices comprend le **damnum emergens** et le **lucrum cessans**, qu'ils proviennent de ce que l'obligation n'a pas été remplie ou l'a été de façon imparfaite, ou encore que son accomplissement ait été retardé. Sont exceptés les cas où la loi la limite expressément au **damnum emergens** »

157. De même, la réparation intégrale, telle que reconnue par les tribunaux arbitraux, comprend non seulement le *damnum emergens* mais aussi d'autres éléments au premier rang desquels figure le *lucrum cessans*.
158. Ainsi la prise en compte du *lucrum cessans* dans l'évaluation de la réparation intégrale est également un principe de droit international⁹¹ :

La dépossession d'une entreprise [...] a donc pour conséquence l'obligation de la restituer, et, si cela n'est pas possible, d'en payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible. A cette obligation s'ajoute, en vertu des principes généraux du droit international, celle d'indemniser les pertes éprouvées à la suite de la mainmise. (soulignement ajouté)

159. Le tribunal arbitral dans la sentence *Amco*⁹² précise :

Where there has been an unlawful taking of contract rights, lost profits are in principle recoverable.

*Full compensation of prejudice, by awarding to the injured party the **damnum emergens** and the **lucrum cessans** is a principle common to the main systems of municipal law, and therefore, a general principle of law which may be considered as a source of international law. (Soulignement ajouté)*

160. A cet égard, Brice M. Clagett souligne que de multiples décisions internationales, rendues aussi bien avant qu'après l'affaire *Usine de Chorzów*, ont déclaré comme « *universally accepted rules of law* » qu'un investisseur ne peut être considéré comme avoir été entièrement indemnisé seulement s'il est accordé à la fois « *the damage that has been sustained* » en conséquence des violations (le *damnum emergens*) ainsi que le « *profit that has been missed* » raisonnablement identifiable (le *lucrum cessans*)⁹³.
161. Ce principe est rappelé par Sébastien Manciaux qui indique « *qu'en cas de mesure illicite, l'indemnisation ou réparation doit avoir pour objet le retour au statu quo ante par l'effacement complet des conséquences de la mesure illicite intervenue, prenant concrètement la forme d'une restitutio in integrum ou, à défaut, d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en*

de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”

⁹¹ [Pièce ND-J7](#), Affaire relative à l'*Usine de Chorzow*, CIJ, Série A n° 17, 13 septembre 1928, p. 48, http://www.icj-cij.org/picj/serie_A/A_17/54_Ustine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf

⁹² [Pièce C-L02](#), *Amco Asia Corporation et Al. V. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Sentence finale du 5 juin 1990 et Décision du 17 octobre 1990, [Yearbook Comm. Arb'n XVII](#), 1992, para. 267

⁹³ [Pièce C-L31](#) CLAGETT (B.M), *Just Compensation in International Law : The Issues Before the Iran-United States Claims Tribunal, in The Valuation of Nationalized Property in International Law*, Vol. IV, ed. R.B. Lillich, University Press of Virginia, 1987, pages 61-62

*nature c'est-à-dire intégrant la perte éprouvée, le *damnum emergens*, et le gain manqué le *lucrum cessans* »⁹⁴.*

162. En conclusion, le Tribunal arbitral devra dans son évaluation de la réparation due aux Demandereuses, prendre en compte le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.

4.2.3 Le préjudice moral inclus dans l'évaluation de la réparation intégrale

163. La réparation intégrale du dommage subi inclut non seulement le préjudice économique - *damnum emergens* et *lucrum cessans* - mais également le préjudice moral. La réparation de ce dernier est reconnue tant en droit chilien qu'en droit international.

4.2.3.1 La réparation du préjudice moral reconnue en droit chilien

164. Le droit chilien reconnaît l'indemnisation du dommage moral pour de actes de l'administration, tant en matière contractuelle⁹⁵ qu'extracontractuelle⁹⁶. Le dommage moral est exempté de la charge de la preuve⁹⁷ et le montant dépend de la libre appréciation du Tribunal. La réparation du dommage moral délictuel est fondée sur les articles 2314 et suivants du Code civil⁹⁸, y compris l'article 2329 « *tout dommage qui peut être imputé à l'intention malicieuse ou à la négligence de quelqu'un doit être réparé par ce dernier* ».
165. Les cours de justice et la doctrine chiliennes considèrent donc que le dommage moral peut entraîner des répercussions patrimoniales, elles aussi indemnifiables.
166. A titre d'illustration, la décision de la Cour Suprême du Chili du 5 novembre 2001 constate le dommage moral découlant d'une responsabilité extracontractuelle⁹⁹ :

Dixième.- Que l'acceptation du dommage moral a commencé à être admis dans les cas de responsabilité extracontractuelle, cela parce que la rédaction des articles 2314 et suivants du Code Civil, en stipulant, s'agissant du premier, que celui qui a commis un délit ou quasi-délit ayant porté préjudice à autrui, est obligé à [en assurer] l'indemnisation ; et, s'agissant du second, que tout préjudice imputable à une intention malicieuse ou à la négligence d'autrui, doit être réparé par ce dernier, ont ouvert le champ à une interprétation de ces textes qui rendait possible, du fait des termes de leurs rédactions, que le préjudice moral, dans ces cas, soit également matière à dédommagement.

⁹⁴ [Pièce C-L32](#), MANCIAUX (S.), Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activité au CIRDI, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2004 Volume 24, Ed. Litec, page537 para. 689

⁹⁵ [Pièce C-M30](#), Sentence de la Cour Suprême du Chili, 5 novembre 2001, page 26, Considérants 14-17

⁹⁶ [Pièce C-M28](#), Arrêt de la Cour Suprême du Chili, 15 mai 1997, Considérants 10, 13, en espagnol (Pièce C211); [Pièce C-M29](#), Arrêt de la Cour Suprême du Chili, 13 novembre 1997, Considérants 7 et 8, en espagnol (Pièce C212); [Pièce C-M30](#), Arrêt de la Cour Suprême du Chili, 5 novembre 200, page 26, Considérants 10 et 16, en espagnol (Pièce C148)

⁹⁷ [Pièce C-M29](#), Sentence de la Cour Suprême du Chili du 13 novembre 1997, page 3, Considérants 6-8

⁹⁸ *Supra* paras 126-131

⁹⁹ [Pièce C-M30](#), Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 5 novembre 2001, pages 26-27 (Pièce C148)

Autrement dit, l'indemnisation pour [cause de] préjudice moral se trouva appuyée sur les textes légaux mentionnés [ci-dessus], rendant possible son acceptation dans la jurisprudence nationale. Le professeur Arturo Alessandri, dans son ouvrage [bien] connu, dit, à propos de cette catégorie de responsabilité extracontractuelle, que la réparation comprend tout préjudice souffert par la victime, moral et matériel, qui soit une conséquence nécessaire et directe du délit ou quasi-délit et il ajoute que cela inclut le damnum emergens et le lucrum cessans, les préjudices prévus et imprévus, et même les [préjudices] futurs, à condition d'être certains ; (...) (De la responsabilité extracontractuelle en Droit Civil chilien, pages 546 et 547).

Seizièmement.- (...) La sentence de la présente Cour d'octobre 1994 citée dans les considérants précédents, dans son fondement huitième, exprime à cet égard que les biens extrapatrimoniaux d'une personne, comme l'honneur et la réputation, ont une valeur que normalement dépasse celle des biens matériels (...).

167. En particulier, dans les cas de confiscation d'entreprises de presses sous le régime *de facto*, les Cours de Justice du Chili ont reconnu le droit à indemnisation des actionnaires pour dommage moral¹⁰⁰ :

II- Qu'est déclaré d'office nul, de la nullité de Droit Public, le Décret Suprême n° 126 du Ministère de l'Intérieur du 3 décembre 1973, publié au Journal Officiel du 2 Janvier 1974, dans ses parties qui étendent aux personnes physiques, les dispositions de la section 2° de l'article 1° du Décret-Loi n° 77 de 1973.

*III- Qu'il est fait droit à la demande avancée au principal figurant aux pages 1 [sic], quant à voir déclarés nuls, de la nullité de Droit Public le Décret **Exempté** n° 312 du Ministère de l'Intérieur, du 18 novembre 1974, publié en extrait au Journal Officiel du 21 Décembre 1974 et le Décret Suprême n° 506, du même Ministère, du 14 Mai 1976, publié au Journal Officiel du 10 Novembre 1976.*

Demeurent en conséquence sans effet les mesures conservatoires ou d'enquête relatives aux patrimoines des demandeurs qui n'auraient pas été édictées par une autorité judiciaire, et doivent au surplus être annulées les inscriptions, notations ou sous-inscriptions qui affecteraient la validité de la société Périodique Chili Ltée. et qui auraient été pratiquées en vertu des actes administratifs visés.

IV- Que cette même demande est acceptée quant à voir condamner le Fisc du Chili à indemniser la société Périodique Chili Ltée. à concurrence de la valeur des biens meubles et immeubles signalés dans la demande et pour les dommages qui lui auraient été causés du fait de la privation de ces biens par application des actes administratifs mentionnés, la discussion de ces points, quant à la nature et au montant, étant réservée pour l'étape de l'exécution de l'arrêt.

V- Qu'il est fait droit également à la demande citée quant à voir condamné le Fisc du Chili à indemniser les demandeurs Jorge Peña Delgado, Nuncio Readi

¹⁰⁰ [Pièce C-M12](#), Sentence de la 1^{ère} Chambre Civile de Concepción du 3 décembre 1998, sur la nullité de droit public de la dissolution d'une entreprise de presse - Périodique Chili Ltée -et confiscation de ses biens, points II à V du Dispositif (page 26 de la traduction française ; pages 40-41 en espagnol) (Pièces CN62 et CN62f), confirmée par [Pièce C-M13](#), Sentence de la Cour Suprême du Chili du 21 juin 2000; [Pièce C-M14](#), Sentence Cour Appel Santiago du 27 avril 1998, pp. 58-62

Zablah et Iván Quintana Miranda pour les dommages d'ordre moral qui leur auraient été causés par l'application des actes administratifs visés. (Soulignement ajouté).

168. En outre, il est admis en droit chilien que les personnes morales peuvent également subir un dommage moral¹⁰¹. La décision de la Cour Suprême du Chili du 25 janvier 2009 a statué ainsi :

Que conjointement à la notion de dommages matériels, la doctrine et la jurisprudence ont étendu l'idée du dommage moral, concept qui est vu avec des critères plus amples (...) il a été étendu aux circonstances ayant affecté gravement le prestige commercial, l'honneur et d'autres éléments qui impliquent par eux-mêmes une atteinte à la personne humaine. Dans le cas [du présent] dossier, où la demanderesse Madame (...) représentante de la société (...) Limitée, se confond, s'agissant du rôle fonctionnel [qu'elle remplit], avec la personne morale qu'elle représente, s'y associant dans ce cas l'obligation de faire preuve, face à l'autorité ministérielle correspondante en matière d'éducation, d'une conduite irréprochable dans le domaine commercial et bancaire, de sorte que dans l'éventualité qu'il soit survenu, comme dans le cas d'espèce, d'une protestation injustifiée portant sur un document commercial, il est évident qu'il s'est produit un dommage qui doit être indemnisé aussi bien en égard à la personne physique qu'à la personne morale du domaine éducatif¹⁰².

4.2.3.2 La réparation du préjudice moral en droit international

169. L'article 31 de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite prévoit que le préjudice qui doit être réparé au titre de la réparation intégrale comprend tout dommage, aussi bien matériel que moral¹⁰³.

170. Les commentaires de l'article 36 de la CDI, portant sur l'indemnisation en droit international, précisent que :

Le dommage personnel donnant lieu à indemnisation englobe non seulement les pertes matérielles qui y sont associées, telles que le manque à gagner et la diminution de la capacité de gain, mais aussi le dommage, ou préjudice, extrapatrimonial ou immatériel, subi par le particulier (appelé parfois dans certains systèmes juridiques nationaux «dommage moral » [...])

¹⁰¹ [Pièce NDJ5](#), ALESSANDRI R. (A.), cité, n° 393, pages 475 à 477

¹⁰² [Pièce C-M45](#), Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 25 janvier 2009, 19^e Considérant « *Que, junto con la noción de daños materiales la doctrina y la jurisprudencia han incrementado la idea del daño moral, concepción que es vista con criterios más amplios, (...) se ha ampliado a aquellas circunstancias que han afectado gravemente el prestigio comercial, el honor y otros ítem que impliquen de por si una afectación de la persona humana. En el caso de autos, donde la demandante doña..., representante de la Sociedad ... Limitada se confunde en el rol funcional con la persona jurídica que representa, ya que su condición de sostenedora por parte de la institución educacional implica que dicha función se realice por el ente de enseñanza, pero siempre respaldado por la persona natural que la representa, debiendo en tal caso conjugarse ante la autoridad ministerial respectiva de educación una conducta intachable en el ámbito comercial y bancario, de tal forma que en el evento de haberse realizado, tal como acaeció en la especie, un protesto injustificado de un documento mercantil, obviamente, se ha producido un menoscabo que debe ser indemnizado tanto a la persona natural como a la persona jurídica del giro educacional* »

¹⁰³ *Supra*, para. 142

Tout autant que le préjudice matériel subi, le préjudice extrapatrimonial est susceptible d'évaluation financière et peut faire l'objet d'une demande en indemnisation, comme souligné dans l'affaire du « Lusitania¹⁰⁴ ». Dans cette affaire, le surarbitre a considéré que le droit international donne le droit d'obtenir réparation pour souffrance morale, une blessure d'ordre affectif ou une humiliation, une honte, le déshonneur, la perte d'une position sociale, une atteinte au crédit ou à la réputation, ces dommages étant ‘très réels, et le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts...¹⁰⁵ (Soulignement ajouté)

- 171. La doctrine considère que l'obligation de réparer les dommages moraux découle du principe de réparation intégrale, tel qu'affirmé dans l'affaire *Usine de Chorzów*¹⁰⁶.
- 172. Les juridictions internationales ont fréquemment accordé des réparations pour le préjudice moral causé à des particuliers notamment dans les affaires *Chevreau*¹⁰⁷, *di Caro*¹⁰⁸, *Héritiers de Jean Maninat*¹⁰⁹ et *Norsolor*¹¹⁰.
- 173. Le dommage moral a également été reconnu sans ambiguïté dans l'affaire *Lusitania*, où le tribunal a souligné que « *mental suffering is a fact as real as physical suffering, and susceptible of measurements by the same standards. [...] the difficulty of measuring mental suffering or loss of mental capacity is conceded but the law does not refuse to take notice of such injury on account of the difficulty of ascertaining its degree* »¹¹¹.
- 174. Dans l'affaire *Desert Line Projects LLC v. Yemen*¹¹², le tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI a reconnu la possibilité pour une partie de réclamer la réparation de dommages moraux dans le cadre d'un traité de protection des investissements :

¹⁰⁴ Pièce NDJ9, Affaire *Lusitania*, Sentence du 1^{er} novembre 1923, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VII, page 40, accessible dans http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/32-44.pdf

¹⁰⁵ Pièce C-L33, CRAWFORD (J.), *Commentaires aux articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, 2001, page 271, accessible dans http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf

¹⁰⁶ Pièce NDJ7, Affaire relative à l'*Usine de Chorzow*, CIJ, Série A n° 17, 13 septembre 1928, p. 48; Pièce C-L34, SABAHI (B.), *Moral Damages in International Investment Law: Some Preliminary Thoughts in the Aftermath of Desert Line v Yemen*, TDM Vol 9 Issue 1, January 2012; Pièce C-L27, EHLE (B.)-DAWIDOWICZ (M.), *Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation in WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, dir. Huerta-Goldman, Romanetti A., Stirnimann, Kluwer Law International, pages 293-326

¹⁰⁷ Affaire *Chevreau* (France c. Royaume Uni), 9 juin 1931, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, 1923, vol. II, pages 1137-1139, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/1113-1143.pdf

¹⁰⁸ Affaire *Di Caro*, 1903, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, 1903, vol. X, page 598, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/597-598.pdf

¹⁰⁹ Affaire des *Héritiers de Jean Maninat*, 31 juillet 1905, Recueil des sentences arbitrales, 1903, vol. X, p. 55, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/55-83.pdf

¹¹⁰ Pièce C-L35, Affaire *Norsolor*, Sentence C.C.I. N° 3131, 26 octobre 1979, Rev. arb., 1983

¹¹¹ Pièce NDJ9, Affaire *Lusitania*, NN.UU, Recueil des sentences arbitrales, 1923, vol. VII, pages 32-44

¹¹² *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, sentence, 6 Février 2008, para. 286, http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0248_0.pdf

Even if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages. It is generally accepted in most legal systems that moral damages may also be recovered besides pure economic damages. There are indeed no reasons to exclude them. (Soulignement ajouté)

175. Le tribunal a justifié l'allocation de dommages moraux, pour un montant d'un million de dollars, au motif que les violations du Traité par l'Etat étaient de « mauvaise foi ».

176. Dans l'affaire *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*¹¹³ le tribunal a suivi le raisonnement adopté dans l'affaire *Desert Line Projects LLC* sur le dommage moral et a admis qu'une indemnisation pour dommage moral puisse être accordée lorsque :

- *the State's actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act;*
- *the State's actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and*
- *both cause and effect are grave or substantial.* (Soulignement ajouté)

177. En outre, dans le système américain dont fait partie la République du Chili, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a accordé le paiement de dommages et intérêts non matériels en se fondant sur les menaces, les intimidations, les retards judiciaires, les altérations dans le projet de vie et de l'activité professionnelle, les souffrances de nature morale provoquées par des agents de l'Etat défendeur¹¹⁴.

178. De même, la Grande Chambre de la Cour Européenne des droits de l'homme a confirmé, le 12 mai 2014, le droit à compensation pour le dommage moral causé par une situation continue de *frustration, de sentiments d'injustice ou d'humiliation, d'incertitude prolongée, de perturbation dans sa vie ou une véritable perte de chances*, en accordant à ce titre des dommages et intérêts, que les juges Pinto de Albuquerque et Vučinić qualifient de punitifs, à l'encontre d'un Etat (ce que les Demandées s'abstiennent de solliciter dans le présent arbitrage à l'encontre de la République du Chili):

[La Cour] est guidée par le principe de l'équité, qui implique avant tout une certaine souplesse et un examen objectif de ce qui est juste, équitable et raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire non seulement de la situation du requérant, mais aussi du contexte général dans lequel la violation a été commise. Les indemnités qu'elle alloue pour préjudice moral ont pour objet de reconnaître le fait qu'une violation

¹¹³ *Joseph Charles Lemire v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Sentence, 28 mars 2011, citée, para. 333, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0454.pdf>

¹¹⁴ Voir l'affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (*fond, réparation et frais*), arrêt du 25 novembre 2003, paragraphes 255-267 et l'opinion séparée du juge Cançado Trindade (pp. 41-55), accessible en anglais dans <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/101-ing.html>, en espagnol dans http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf,

*d'un droit fondamental a entraîné un dommage moral et elles sont chiffrées de manière à refléter approximativement la gravité de ce dommage. (...)*¹¹⁵

Il est entendu que les dommages et intérêts punitifs ou exemplaires sont établis dans le but de racheter les actions de l'auteur de l'acte illicite et d'empêcher la répétition de l'acte illicite par son auteur ou des tiers de s'en inspirer ; il ne s'agit pas d'une simple réparation du préjudice matériel et moral causé au demandeur, y compris d'un manque à gagner¹¹⁶.

179. En l'espèce, ainsi qu'il sera développé ci-après, le dommage moral subi par les parties demanderesses, grave et intensif, est de deux ordres, chacun d'eux devant être indemnisé.

4.2.4 L'octroi d'intérêts pour assurer la réparation intégrale des dommages subis

180. S'il existe une grande diversité de décisions en matière d'intérêts¹¹⁷ due notamment au fait que cette question est souvent laissée à la discrétion des tribunaux arbitraux¹¹⁸, certains principes sont très largement reconnus et appliqués par les tribunaux internationaux et les tribunaux arbitraux CIRDI. Ainsi, il est admis que pour parvenir à réparer intégralement un préjudice, l'indemnisation doit être assortie d'intérêts (**4.2.4.1**), étant précisé qu'il doit s'agir d'intérêts composés (**4.2.4.2**), commençant à courir à compter de la date de l'acte illicite (**4.2.4.3**).

4.2.4.1. L'octroi d'intérêts pour assurer une réparation intégrale

181. L'article 38 de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite prévoit¹¹⁹ :

1. Des intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.

2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée. Le taux d'intérêt et le mode de calcul doivent être fixés de manière à assurer la

¹¹⁵ [Pièce C-L29](#), Arrêt de l'affaire Chypre c. Turquie du 12 mai 2014, accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-144153>, p. 56 (qui cite l'arrêt Varnava et autres c. Turquie ([GC], CEDH 2009))

¹¹⁶ [Pièce C-L29](#), Arrêt de l'affaire Chypre c. Turquie du 12 mai 2014, cité, Opinion concordante des juges Pinto de Albuquerque et Vučinić, para.1, note de pied de page 1, et paras. 12-19

¹¹⁷ [Pièce C-L36](#), GOTANDA (J.), *A Study of Interest, Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*, Novembre 2007, Dossiers ICC Institute of World Business Law, édité par Filip de Ly et Laurent Lévy, Paris, ICC Publishing, 2008

¹¹⁸ *Wena Hotels Ltd v. République Arabe d'Egypte*, ICSID Case No. ARB/98/4, Décision du Comité ad hoc, 5 février 2002, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf> ; voir également *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Sentence, 5 septembre 2008, para. 312 *in fine*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>

¹¹⁹ Article 38 des *Articles de la Commission de Droit International sur la Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, de la C.D.I., cité

réparation intégrale du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite. (Soulignement ajouté)

182. Selon James Crawford, commentant cet article de la CDI, la jurisprudence internationale tend majoritairement à admettre que l'octroi d'intérêts participe de la réparation intégrale du préjudice¹²⁰.
183. C'est la position adoptée notamment par le tribunal arbitral dans l'affaire *Santa Elena*, lorsqu'il précise que l'octroi d'intérêts répond à deux objectifs :
1. *S'assurer que le demandeur reçoive « the full present value of the compensation that it should have received at the time of the taking »; et*
 2. *Empêcher « the State [from being] unjustly [...] enrich[ed] ... by reason of the fact that the payment of compensation has long been delayed. »*¹²¹
184. De même, dans l'affaire *LG&E*, le tribunal indique que :
- Interest is part of the full reparation to which the Claimants are entitled to assure that they are made whole. In fact, interest recognizes the fact, that, between the date of the illegal act and the date of actual payment, the injured party cannot use or invest the amounts of money due. It is therefore decisive to identify the available investment alternatives to the investor in order to establish “full” reparation.*¹²² (Soulignement ajouté)
185. C'est également le cas en droit chilien, où les cours de justice octroient des intérêts compensatoires, réajustant l'indemnisation conformément à l'inflation, depuis la date de la saisie des biens des personnes morales et/ou physiques visées par les décrets confiscatoires en application du Décret-Loi n° 77 de 1973 sous le régime *de facto*¹²³.
186. Il en résulte que les Demandeurss sont fondées à solliciter l'allocation d'intérêts sur le montant principal de la réparation, intérêts qui font partie intégrante de la réparation.

¹²⁰ CRAWFORD (J.), *Commentaires aux articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, 2001, page 290,

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf

¹²¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Sentence, 17 février 2000, para. 101,

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC539_En&caseId=C15 ; dans le même sens, Pièce C-L10, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, ICSID No. ARB/87/3, Sentence, 27 June 1990, para. 114, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. 17, p. 106 ; *Metalclad v. Mexico*, CIRDI No. ARB(AF)97/1, cité, para.128

¹²² *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, CIRDI No. ARB/02/1, Sentence, 25 juillet 2007, cité, para. 55

¹²³ Pièce C-M13, Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 21 juin 2000, page 1^{ère} ; Pièce C-M15, Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 17 mai 2000, page 1^{ère} et Considérants 9-10

4.2.4.2 Des intérêts composés pour assurer une réparation intégrale adéquate

187. Si historiquement les tribunaux internationaux et arbitraux avaient tendance à appliquer des intérêts simples, cette approche a évolué notamment depuis la sentence rendue dans l'affaire *Aminoil*¹²⁴.
188. Récemment, la tendance s'est inversée et les tribunaux arbitraux ont considéré que les intérêts composés étaient les seuls permettant une « *full and adequate* » réparation. Ainsi, comme le souligne un auteur :

*the trend in investment disputes has been for tribunals to award interests at market rates and on a compound basis.*¹²⁵ (soulignement ajouté)

189. En effet, nombreux sont les tribunaux arbitraux à avoir décidé qu'il convenait d'allouer des intérêts composés plutôt que des intérêts simples afin de réparer intégralement le préjudice éprouvé¹²⁶.

¹²⁴ [Pièce C-L08](#), *The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company (Aminoil)*, 1982, *ILM* (1982), vol. 21, p. 976

¹²⁵ [Pièce C-L36](#), GOTANDA (J.), *A study of interest*, cite, page 179

¹²⁶ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. The Republic of Costa Rica*, ICSID No. ARB/96/1, cité, Sentence, 17 février 2000, para.106; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID No. ARB (AF)/97/1, cité, Sentence, 30 août 2000 para. 128; *Emilio Augustin Maffezzini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Sentence, 13 novembre 2000, para. 97,

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf> ; *Wena Hotels Ltd v. République Arabe d'Egypte*, ICSID Case No. ARB/98/4, Sentence, 8 décembre 2000, para. 128-129, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf> ; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. [MECS] v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Sentence, 12 avril 2002, para.174, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf> ; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Case, sentence relative aux dommages, 31 mai 2002, para. 89-90, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf> ; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/02, Sentence, 29 mai 2003, para 196, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf> ; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/8, Sentence, 25 mai 2004, para. 251; *Iurii Bogdanov, Agurdino-invest Ltd & Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldavia* (SCC Case), Sentence, 22 septembre 2005, p. 19, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0094_0.pdf ; *ADC Affiliate Limited & ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Sentence, 2 octobre 2006, paras. 521 et 543, accessible dans

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf> ; *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Sentence, 14 juillet 2006, para. 440; *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Sentence, 19 janvier 2007, para. 348, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf> ; *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Sentence, 6 février 2007, paras. 399-401, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf> ; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007, para. 452; *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Sentence, 25 juillet 2007, para. 103; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Sentence, 20 août 2007, para. 9.2.8; *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, UNCITRAL Case, 24 décembre 2007, para. 455; *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Sentence, 5 septembre 2008, para.313; *National Grid p.l.c v. Argentine Republic*, UNCITRAL Case, 3 novembre 2008, para. 294; *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6, Sentence, 22 avril 2009, para 146,

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0349.pdf> ; *Waguil Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypte*, ICSID Case No. ARB/05/15, Sentence 1 juin 2009, para. 595, ; *Alpha Projektholding Gmbh v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Sentence, 8 novembre 2010, para. 514, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0026.pdf> ; *Ron Fuchs v.*

190. Ainsi, dans l'affaire *Wena Hotels*¹²⁷, le tribunal a appliqué au montant de l'indemnisation des intérêts composés, en justifiant sa position comme suit :

[...] this panel feels that a brief explanation of its decision is warranted. This Tribunal believes that an award on compound (as opposed to simple) interest is generally appropriate in most modern, commercial arbitrations. As Professor Gotanda has observed “almost all financing and investment vehicles involve compound interest...If the Claimant could have received compound interest merely by placing its money in a readily available and commonly used investment vehicle, it is neither logical nor equitable to award the claimant only simple interest. For similar reasons, Professor Mann has “submitted that ... compound interest may be and, in absence of special circumstances, should be awarded to the claimant as damages by international tribunals.

191. Une position similaire a été soutenue dans l'affaire *MTD Equity v. Chile*¹²⁸ dans laquelle le tribunal a souligné :

compound interests is more in accordance with the reality of financial transactions and a closer approximation to the actual value lost by an investor.

192. De même dans l'affaire *Siag v. Egypt*¹²⁹, le tribunal arbitral a indiqué :

The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/07/15, Sentence, 3 mars 2010, para 678,
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0347.pdf> ; *Ionnis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Sentence, 3 mars 2010, para. 678,
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0445.pdf> ; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011, para. 382; *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Sentence Finale, 31 août 2011, para. 350, accessible dans
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0154.pdf> ; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Sentence, 31 octobre 2011, para. 746, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf> ; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Sentence, 28 mars 2011, citée, para. 361 ; *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Sentence, 16 mai 2012, para. 324-326, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1052.pdf> ; *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Sentence, 21 juin 2012, para. 303, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1086.pdf> ; *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Sentence, 29 juin 2012, para. 281, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1051.pdf> ; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Sentence, 11 juin 2012, para. 1337, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf> ; *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, 6 juillet 2012, para. 359, dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1080.pdf> ; *Renta 4 S.V.S.A. Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valors SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, Sentence, 20 juillet 2012, para. 226, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf> ; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Sentence, 5 octobre 2012, para. 840 ; *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Sentence, 31 octobre 2012, paras. 574-575, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1272.pdf>

¹²⁷ *Wena Hotels Ltd v. République Arabe d'Egypte*, ICSID Case No. ARB/98/4, Sentence, 8 décembre 2000, citée, paras. 128-129

¹²⁸ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/8, Sentence, 25 mai 2004, cite, para. 251

in recent times compound interest has indeed been awarded more often than not, and is becoming widely accepted as an appropriate and necessary component of compensation for expropriation.

193. Dans l'affaire *BG Group*¹³⁰, le tribunal a considéré que les intérêts composés participaient de la réparation.
194. Cette position des tribunaux arbitraux CIRDI est partagée par la doctrine et notamment par les Professeurs Colon et Knoll selon lesquels :

*Because the goal of prejudgment interest is to place parties in the same position that they would have been had the award been made immediately after the cause of action arose, awarding simple interest fails to fully compensate claimants. All awards of prejudgment interest should therefore be computed using compound interest*¹³¹.

195. Comme cela a été indiqué, la Cour Européenne des droits de l'homme a accordé dans sa décision du 12 mai 2014 des dommages et intérêts punitifs à l'encontre d'un Etat souverain¹³². Cependant les intérêts que sollicitent les Demandereuses dans le présent arbitrage ne sont pas des intérêts punitifs.
196. Dans ces conditions, le Tribunal arbitral devra assortir le montant de la réparation principale due aux Demandereuses au titre des violations de l'API d'intérêts composés.

4.2.4.3 Le point de départ des intérêts composés

197. Le Tribunal arbitral devra, lors de l'évaluation de la réparation due aux Demandereuses, déterminer le taux applicable aux intérêts composés ainsi que la date à laquelle les intérêts doivent commencer à courir.
198. S'agissant du point de départ des intérêts, il convient de distinguer les intérêts compensatoires dont l'objet est de réparer intégralement les Demandereuses, des intérêts moratoires commençant à courir à partir de la date de la sentence à intervenir ou de toute autre date que le Tribunal considérera adéquate.
199. Comme l'indiquent les Professeurs Colon et Knoll dans *Prejudgment Interest in International Arbitration*: « *the fundamental role of prejudgment interest is to fully compensate claimants for the delay between the date of harm suffered and the award of damages. Prejudgment interest is, thus, an integral part of compensating the claimants of its injury. A properly calculated award should*

¹²⁹ *Waguil Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypte*, ICSID Case No. ARB/05/15, Sentence, 1 juin 2009, citée, para. 595

¹³⁰ *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, UNCITRAL Case, 24 décembre 2007, para. 456

¹³¹ [Pièce C-L09](#), COLON (J.) et KNOLL (M.), *Prejudgment Interest in International Arbitration*, [TDM](#) Novembre 2007, page 10 ; voir également [Pièce C-L11](#), J. GOTANDA, *Damages in Private International Law*, « *Compensatory interests* », [Recueil des Cours de l'Académie de Droit International](#), Martinus Nijhoff Publishers, n°326, 2007, page 260

¹³² *Supra* para. 178

return the claimant to its position had the injury not occurred »¹³³.
(Soulignement ajouté)

200. Il en résulte que le *dies a quo* - point de départ des intérêts compensatoire - est en principe la date à laquelle l'acte illicite a été commis¹³⁴.

5 LE PREJUDICE SUBI PAR LES DEMANDERESSES

201. Dans la Sentence du 8 mai 2008, le Tribunal arbitral a, à l'unanimité, constaté que la République du Chili avait « *violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice* ». Le Tribunal a également constaté que les Demanderesses avaient droit à compensation.
202. Dans sa décision d'annulation partielle du 18 décembre 2012, le Comité *ad hoc* a confirmé cette partie de la Sentence et a expressément indiqué que « *les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée* ».
203. L'objet de cette nouvelle soumission est donc d'évaluer le montant de la réparation due aux Demanderesses pour les violations constatées de l'article 4 de l'API par la République du Chili.
204. Quand bien même le déni de justice constitue une violation de l'obligation de traitement juste et équitable, les Demanderesses considèrent que le préjudice en résultant doit être déterminé de manière séparée.
205. Ainsi, dans la présente Section, les Demanderesses établiront d'abord les conséquences, et donc le préjudice, résultant du déni de justice réservé aux demandes soumises en 1995 devant les juridictions chiliennes pour la restitution de l'investissement ou la compensation par équivalent (**5.1**). Elles détermineront ensuite les conséquences de la violation du traitement juste et équitable résultant notamment de la Décision n°43 (**5.2**). Dans une troisième partie, les Demanderesses présenteront le préjudice moral résultant des violations de l'API (**5.3**). Une fois établis ces préjudices, les Demanderesses établiront le standard d'évaluation applicable à la quantification du préjudice

¹³³ [C-L09](#), COLON (J.) et KNOLL (M.), *Prejudgment Interest in International Arbitration*, cité, page 3

¹³⁴ Voir par exemple *Loewen Group Inc and Raymond L. Loewen c/ Etats Unis d'Amérique*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Sentence, 26 juin 2003, para. 225, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>; *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Sentence, 14 juillet 2006, para. 440; *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, UNCITRAL Case, 24 décembre 2007, para. 454; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Sentence, 17 février 2000, paras. 96 et suivants ; *Enron Corp. Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007, citée, para. 452 ; *Metalclad Corp. V. United Mexican States*, ICSID No. ARB(AF)/97/1, Sentence, 30 août 2000, para. 128; *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile SA v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Sentence, 25 mai 2004, para. 247

éprouvé (5.4). Enfin, dans une dernière partie, les Demanderoresses exposeront, à titre subsidiaire, leur demande de réparation fondée sur l'enrichissement sans cause de la Défenderesse (5.5).

5.1 Le préjudice résultant du déni de justice

206. Le Tribunal arbitral a constaté des faits constitutifs d'une double violation de l'article 4 de l'API¹³⁵, la première relative « *à la paralysie ou rejet des revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisques* »¹³⁶, la seconde relative au traitement injuste et inéquitable qui sera exposée ci-après¹³⁷ (5.2).
207. S'agissant de la première branche de la violation de l'article 4 de l'API –le déni de justice-, le Tribunal arbitral a indiqué¹³⁸ :

La première [question] est celle de savoir si l'absence de toute décision par les juridictions chiliennes pendant une période de sept années (1995-2002), d'une part, et l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice.

[...]

Sur la première question, la réponse ne peut être que positive, au regard des faits déjà retenus par le Tribunal arbitral, l'absence de décision par les tribunaux civils chiliens sur les prétentions de M. Pey Casado s'analysant en un déni de justice. En effet, l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demanderoresses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (moment de l'introduction de la demande complémentaire dans la présente procédure) doit être qualifiée comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens. En fait, des délais procéduraux importants constituent bien une des formes classiques de déni de justice.

208. Avant d'exposer les divers préjudices résultant de ce déni de justice (5.1.2), il convient de rappeler au présent Tribunal arbitral les faits à l'origine de ce manquement (5.1.1).

5.1.1 Rappel des faits ayant conduit à la constatation du déni de justice par le Tribunal arbitral

209. Ainsi qu'il a été rappelé, dans la matinée du 11 septembre 1973, le jour du coup d'Etat contre le gouvernement constitutionnel et démocratique du Président Allende, des troupes mutinées ont saisi le journal *El Clarín* et tous les

¹³⁵ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 78, 444, 594, 628, 630, 645, 653, 658, 659, 666, 674

¹³⁶ [Pièce ND06](#), Sentence, para. 674

¹³⁷ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 78 et 653

¹³⁸ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 658 et 659

biens des sociétés CPP S.A. et ECP Ltée, ainsi que tous les biens appartenant à M. Pey¹³⁹.

210. Par Décret n°77 du 8 octobre 1973, le nouveau Gouvernement *de facto* a déclaré illicites et dissoutes les associations politiques ou syndicales qui, dans la conjoncture du Chili de 1973, avaient été en faveur de la continuité de la forme républicaine et représentative de Gouvernement¹⁴⁰.
211. Par Décret n°276 du 21 octobre 1974¹⁴¹, les dispositions du Décret n°77 ont été appliquées aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltée malgré le fait que celles-ci étaient indépendantes des partis et des syndicats. L'article 3 de ce Décret a confié à la « Junta Militaire de Gouvernement » autoproclamée le pouvoir de décider si le Décret n°77 était applicable à une entité ou une personne en particulier et, en conséquence, de lui appliquer des sanctions corporelles et/ou de lui confisquer ses biens.
212. Se référant notamment au Décret n°276, le Décret n°165 du 10 février 1975¹⁴², revêtu de la seule signature du chef de la Junta Militaire, a déclaré les sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. dissoutes et a ordonné le transfert en pleine propriété à l'Etat de leurs biens meubles et immeubles, dont la liste figurait dans le Décret. Ce Décret n°165 a été modifié par le Décret Suprême n°580 du 24 avril 1975¹⁴³ pour ajouter à la liste des biens transférés en pleine propriété un bien immeuble, et a également déclaré le Décret n°77 applicable à la situation personnelle de M. Pey Casado.
213. Ainsi, le Décret n°165 a notamment déclaré le transfert, en pleine propriété, de la presse rotative GOSS, acquise en 1972 par la société EPC Ltée¹⁴⁴, à l'Etat.
214. M. Pey, qui avait dû quitter le Chili pour préserver sa vie et sa liberté, a obtenu, en mai 1995, après être revenu au Chili à la fin de la dictature, la restitution des documents démontrant ses droits de propriété sur les entreprises de presse CPP S.A. et EPC Ltée.
215. Le 4 octobre 1995, M. Pey Casado saisit la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago en restitution (ou compensation) de la presse GOSS sur le fondement des articles 2226 et 2227 du Code Civil relatifs au « dépôt pour cause de nécessité »¹⁴⁵. Dans cette affaire portée devant les juridictions chiliennes, M. Pey soulevait la « nullité de droit public » -une institution du droit chilien signifiant que la nullité a lieu *ab initio*, est déclarée *ex officio* et est imprescriptible- du Décret n°165, au motif que ce dernier était contraire à l'article 7 de la Constitution

¹³⁹ *Supra* para. 69 et suivants

¹⁴⁰ [Pièce ND10](#), Décret-loi n°77 du 8 octobre 1973

¹⁴¹ [Pièce ND09](#), Décret-exempté n°276 du 21 octobre 1974

¹⁴² [Pièce ND07](#), , Décret Suprême n°165 du 10 février 1975

¹⁴³ [Pièce ND12](#), Décret suprême n°580 du 24 avril 1975

¹⁴⁴ La preuve de l'acquisition de la presse rotative GOSS figure dans la lettre que, le 12 septembre 1974, la Banque d'Etat du Chili, Service de Contrôle Légal, a adressée au Chef du Service Compagnies d'Assurances Sociétés Anonymes et Bourses de Commerce, produite par la Défenderesse le 12 novembre 2002 (à la demande du Tribunal arbitral, Ordonnance de Procédure N° 7/2002) et traduite dans la pièce D20 des Demanderes, page 43.

¹⁴⁵ [Pièce ND16](#), Cf la requête de M. Pey Casado c/ le Fisc du 2 octobre 1995 (en version original + traduction en français) (Pièce CN48b)

chilienne de 1980 (et à l'article 4 de la Constitution antérieure, de 1925) interdisant à l'Exécutif de s'attribuer des compétences que la Constitution confère exclusivement aux cours de justice, en l'espèce celle de prononcer la peine de confiscation de biens après un débat contradictoire respectueux des droits de la défense.

216. Afin de fournir au présent Tribunal arbitral l'ensemble des éléments relatifs à la rétention du jugement interne dans cette procédure, le tableau ci-dessous expose les différentes étapes procédurales devant la 1^{re} Chambre Civile de Santiago.

| <u>Date</u> | <u>1^{re} CHAMBRE CIVILE DE SANTIAGO</u> |
|--------------------|--|
| 1995 | |
| 4 oct. 1995 | M. Pey demande la restitution de la presse GOSS devant la 1 ^{re} Chambre Civile de Santiago (action civile fondée sur le dépôt par nécessité du Code Civil) – « Victor Pey contre le Fisc » ¹⁴⁶ |
| 1996 | |
| 1997 | |
| 1998 | |
| 1999 | |
| 2000 | |
| 2001 | |
| 3 jan. 2001 | La 1 ^{re} Chambre Civile informe les parties que la Cour est en état pour statuer ¹⁴⁷ (<i>citación para sentencia</i>), le délai légal pour prononcer sa décision étant de 60 jours ¹⁴⁸ |

¹⁴⁶ [Pièce ND16](#), *Ibid*, (Pièce CN48b)

¹⁴⁷ [Pièce C-M03](#), la 1^{re} Chambre Civile de Santiago cite les parties à entendre la sentence le 3-01-2001 (DP26f)

¹⁴⁸ [Pièce C-L1](#), Article 162 (69) du Code de Procédure Civile du Chili : « *Il sera statué sur les causes portées devant les tribunaux composés d'un seul magistrat, dès qu'elles seront en état et dans l'ordre de leur clôture (...). La sentence définitive dans un procès ordinaire devra être prononcée dans un délai de soixante jours comptés à partir du jour où la cause sera en état pour statuer. Si le juge ne prononce pas une sentence dans ce délai, il fera l'objet d'un rappel par la Cour d'Appel correspondante (...) Les secrétaires noteront à l'état auquel fait référence l'art. 50, le fait qu'a été prononcée une sentence définitive, le jour de son prononcé et l'envoi d'un avis aux parties. Ces démarches ne sont pas*

| Date | 1^{ère} CHAMBRE CIVILE DE SANTIAGO |
|---------------------|---|
| 5 mars 2001 | La 1 ^{ère} Chambre Civile réitère que la Cour est en état pour statuer ¹⁴⁹ |
| 2002 | |
| 04 nov. 2002 | Sept années s'étant écoulées depuis le dépôt de la demande et 22 mois depuis la mise en délibéré du jugement (au lieu des 60 jours légalement prévus), M. Pey soumet sa demande devant le Tribunal arbitral pour déni de justice et sollicite la suspension provisoire de cette procédure dans l'attente de la décision du Tribunal arbitral ¹⁵⁰ . |
| 14 nov. 2002 | La 1 ^{ère} Chambre Civile rejette la demande de suspension provisoire de la procédure ¹⁵¹ . |

217. Il résulte de cette chronologie que les juridictions chiliennes ont retardé pendant plusieurs années leur jugement de première instance et n'avaient, en novembre 2002 - sept ans après l'introduction de la demande en restitution de la presse GOSS et vingt-deux mois après la mise en délibéré - toujours pas rendu leur jugement.
218. Compte tenu de ces faits, le 4 novembre 2002, après avoir épuisé les recours contre la Décision n°43, les parties Demandereuses ont introduit une demande complémentaire, conformément à l'article 46 de la Convention CIRDI, devant le Tribunal arbitral concernant ladite procédure interne, sur le fondement du déni de justice. M. Pey sollicitait le même jour du juge civil interne la suspension provisoire de la procédure pendante, jusqu'à la décision du Tribunal arbitral. Le 14 novembre 2002, cette demande a été rejetée par la 1^{re} Chambre Civile de Santiago et ensuite par la Cour d'Appel de Santiago, la procédure interne n'a pas été suspendue et la Cour était en état de statuer.

constitutives de notification et ne s'appliqueront pas aux décisions qui interviendraient dans les actes judiciaires non contentieux » (soulignement ajouté)

¹⁴⁹ [Pièce C-M04](#), la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago cite les parties à entendre la sentence le 5-03-2001 (Pièce DP27)

¹⁵⁰ [Pièce C-M05](#), M. Pey sollicite le 4 novembre 2002 la suspension provisoire de la procédure interne dans l'attente de la décision du Tribunal arbitral (Pièce DP33)

¹⁵¹ [Pièce C-M06](#), la 1^{ère} Chambre Civile rejette le 14 mars 2002 la demande de suspension provisoire de la procédure interne (Pièce DP35)

219. A la date de la Sentence, le 8 mai 2008, la 1^{re} Chambre Civile de Santiago n'avait toujours pas rendu son jugement.
220. Après ce bref rappel des faits, les Demandées exposeront ci-après les différents préjudices résultant de ce déni de justice constaté par le Tribunal arbitral.

5.1.2 Les préjudices résultant du déni de justice

221. Les parties Demandées considèrent que le préjudice résultant du déni de justice est de deux ordres. Tout d'abord, le préjudice le plus évident relatif à la restitution des presses GOSS (5.1.2.1). Ensuite, le préjudice résultant de l'absence même de décision de la part de la 1^{re} Chambre Civile sur la demande du 4 octobre 1995, dont la prémissse était la nullité de droit public du Décret 165 et de ses conséquences relatives à l'absence de titre de l'Etat en 1995 sur l'investissement dans le cadre de la procédure arbitrale (5.1.2.2).

5.1.2.1 Le préjudice lié à la paralysie des juridictions internes

222. Comme il a été exposé, le critère pertinent pour une telle indemnisation est de remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si l'acte illicite n'était pas intervenu.
223. Comme l'a souligné le Tribunal arbitral dans l'affaire *Amco*¹⁵², il n'appartient pas au Tribunal d'établir quel aurait été le contenu du jugement rendu par la juridiction locale en l'absence d'acte illicite sans, d'une part, dénaturer le principe de causalité et, d'autre part, entrer dans un raisonnement purement hypothétique :

The Tribunal has found that the general background to the BKPM decision constituted a denial of justice, and led to a decision which was indeed the cause of harm to Amco. To argue, as did Indonesia, that although there had been procedural irregularities, a 'fair BKPM' would still have revoked the licence, because of Amco's own shortcomings, is to misaddress causality. The Tribunal cannot pronounce upon what a 'fair BKPM' would have done. This is both speculative, and not the issue before it. Rather, it is required to characterise the acts that BKPM did engage in and to see if those acts, if unlawful, caused damage to Amco. It is not required to see if, had it acted fairly, harm might then have rather been attributed to Amco's own fault.

224. On relèvera également le commentaire du Pr. Gaillard concernant cette affaire¹⁵³, et plus précisément sur la position retenue par les arbitres, qui revêt un intérêt tout particulier dans la présente affaire :

La solution est bien venue. Il serait en effet fâcheux que la sanction d'une irrégularité dépende exclusivement d'éléments de fond qui lui soient totalement étrangers. Cela conduirait à traiter de la même manière une expropriation réalisée par la police et par l'armée sans respect des droits de

¹⁵² [Pièce C-L02](#), *Amco Asia Corporation et al. v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Sentence finale du 5 Juin 1990 et Décision du 17 Octobre 1990, *Yearbook Comm. Arb'n*, XVII, 1992, para. 84

¹⁵³ [Pièce C-L03](#), *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, *J.D.I.*, 1991, p.185

la défense et une expropriation accompagnée de toutes les garanties procédurales requises par le droit international.

225. En tout état de cause, comme l'a souligné le Tribunal arbitral¹⁵⁴, l'invalidité des confiscations et le devoir d'indemnisation corrélatif ont été clairement admis par la Défenderesse dans le cadre de la procédure arbitrale.
226. En conséquence, les Demandées sont bien fondées à réclamer l'indemnisation pour réparer le préjudice résultant directement de l'absence de décision de la part des juridictions chiliennes.

5.1.2.2 Le préjudice essentiel lié à la paralysie de la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago : la constatation obligatoire de la nullité du Décret n°165 et donc de l'absence de titre de l'Etat défendeur en 1995 sur l'ensemble de l'investissement des Demandées

227. Les parties Demandées considèrent que la privation du jugement de la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago leur a causé un préjudice bien plus important que le préjudice lié au défaut de restitution ou d'indemnisation de la presse GOSS. Du fait du déni de justice, elles ont été privées de la possibilité de faire valoir la décision de la 1^{re} Chambre Civile sur la nullité de droit public du Décret n° 165 et, partant, la validité de leur demande d'être indemnisées pour les saisies illicites de CPP S.A. et EPC Ltée. au titre d'une violation de l'article 5 de l'API (expropriation), qui était en réalité pleinement établie lorsque l'API est entré en vigueur.
228. La démonstration se fondera sur l'examen du raisonnement tenu par le Tribunal arbitral initial qui a eu à connaître de la cause, en cet état de privation de la preuve, de la nullité de droit public du Décret n° 165, puis sur le contenu et l'effet déterminant de cette preuve. Ainsi, après avoir rappelé la position retenue par le Tribunal arbitral concernant la violation par la République du Chili de l'article 5 de l'API et les raisons l'ayant conduit à cette conclusion (a), les Demandées établiront que le jugement retenu par la 1^{re} Chambre Civile de Santiago n'a eu d'autre choix que de constater la « nullité de droit public » du Décret n°165, (b) et exposeront les conséquences de ce constat tant à l'égard du présent Tribunal que sur le *quantum* du préjudice (c).
 - (a) La position du Tribunal arbitral concernant la violation par l'Etat hôte de l'article 5 de l'API
229. Tout au long de la procédure d'arbitrage, les Demandées n'ont cessé de soutenir que la confiscation des biens de CPP S.A. et EPC Ltée. était, selon le droit interne chilien, nulle de plein droit et sans effet¹⁵⁵. L'argument des

¹⁵⁴ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 667

¹⁵⁵ Voir notamment la [Pièce C-M01](#), Mémoire initial des parties demanderesses du 17 mars 1999, pages 42 à 53 et pages 86 -87 (Pièce CN80)

Demanderesses s'appuyait sur la « nullité de droit public » du Décret n°165 en ce qu'il contrevenait aux dispositions constitutionnelles et légales en vigueur au Chili à la date de sa promulgation et après l'entrée en vigueur de l'API.

230. Ainsi que l'a relevé le Tribunal arbitral dans la Sentence¹⁵⁶, la « nullité de droit public » du Décret n°165 - à la supposer établie - permettait de qualifier la confiscation de CPP S.A. et EPC Ltée. en acte illicite continu rendant ainsi les dispositions de l'API applicables aux confiscations illégales ayant perduré de 1973 jusqu'à aujourd'hui encore.
231. En effet, selon les Demanderesses, le Décret n°165 étant entaché de « nullité de droit public » *ab initio*, imprescriptible, à déclarer *ex officio*, ledit décret doit être considéré comme n'ayant jamais fait partie de l'ordre juridique chilien et n'a donc pu produire aucun effet juridique.
232. Dans ces conditions, les Demanderesses soutenaient que, conformément aux dispositions d'application impérative et directe de la Constitution, les sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. n'avaient jamais été dissoutes et leurs biens n'avaient jamais été légalement transférés de plein droit à l'Etat chilien. Dès lors, contrairement aux allégations de la Défenderesse¹⁵⁷, la saisie des biens de CPP S.A. et d'EPC Ltée. ne pouvait être qualifiée d'acte instantané et complet ayant pris fin avec le Décret n°165, dont seuls les effets perdureraient. Selon les Demanderesses, l'application impérative des articles 4 et 7 de la Constitution de 1925 et de 1980, respectivement, rend l'acte illicite encore à ce jour.
233. Afin de démontrer la légitimité de leur prétention, les Demanderesses ont communiqué une abondance de décisions chiliennes constatant invariablement la « nullité de droit public » de décrets pris par les autorités exécutives chiliennes en violation de l'article de 7 de la Constitution, dont l'application est impérative et directe. Néanmoins, aucune décision ne concernait directement la nullité du Décret n°165 puisque aucune autre Cour de Justice n'avait eu, en dehors de la procédure engagée par M. Pey concernant la presse GOSS, à connaître de cette question.
234. Le Tribunal arbitral initial, tout en reconnaissant l'illicéité de la dépossession résultant du Décret n°165, a considéré qu'il ne devait pas prendre acte de la

¹⁵⁶ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 608

¹⁵⁷ Voir notamment [Pièce C-M10 »»](#), transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pages 22 à 24, au cours de laquelle Me P. di Rosa a indiqué : « Le Chili ne dit pas qu'on ne peut pas présenter des réclamations aux termes de l'API quand il s'agit d'actes continus. Les expropriations traditionnelles sont des exemples paradigmatisques d'actes qui, à un moment donné, se terminent dans le temps et qui, justement, ne sont pas des actes continus même si leurs effets perdurent. Précisément, c'est ce que dit l'article 14 sur la responsabilité des Etats. [...] A cet égard, je voudrais citer l'un des commentaires sur l'article 14, paragraphe 4, concernant la Commission internationale : « la question relative au fait de savoir si un acte de privation illégitime d'une propriété est un acte complet ou continu dépend, dans une certaine mesure, du contexte de la règle principale qui aurait été violée ou a été violée ». C'est la partie la plus intéressante : « lorsqu'il y a une expropriation par le biais d'un processus légal avec la conséquence que le titre de la propriété en question se voit transférer, l'expropriation sera donc un acte complet. » C'est le cas qui nous occupe Monsieur le Président. Les demanderesses l'ont reconnu : les titres de propriétés de la CPP S.A. et les propriétés de M. Pey ont été confisquées officiellement, les titres lui ont été soustraits en 1975 et 1977. Même dans l'hypothèse où M. Pey aurait été propriétaire de la CPP SA, à cet égard, l'acte aussi prit fin au plus tard en 1977. » (Soulignement ajouté)

nullité de droit public du Décret n°165 en appliquant lui-même la Constitution chilienne mais devait s'appuyer sur une décision interne des juridictions chiliennes constatant la nullité de ce Décret.¹⁵⁸

235. La 1^{re} Chambre Civile de Santiago n'ayant pas rendu son jugement concernant la presse rotative GOSS, les Demandées n'ont pas été, de ce fait, en mesure de produire ce qui, du fait de cette prise de position du Tribunal arbitral initial, constituait la preuve que la nullité de droit public de ce Décret avait été constatée par un juge chilien.

236. C'est donc la rétention, pendant des années, du jugement interne - qui devait obligatoirement contenir le constat de la « nullité de droit public », *ab initio*, du Décret n°165 -, qui a privé les Demandées de la possibilité d'apporter la preuve de ladite nullité de ce Décret. Le Tribunal arbitral a ainsi indiqué¹⁵⁹ :

A la connaissance du Tribunal, le décret suprême n°165 est toujours en vigueur.

Ou encore

A la connaissance du Tribunal, 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. (Soulignement ajouté).

237. C'est-à-dire que, se fondant sur l'absence de preuve, produite pendant plus de douze ans, de la nullité de droit public du Décret n° 165, le Tribunal arbitral en a déduit que « *l'expropriation résultant du Décret n°165 ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API* »¹⁶⁰. Le Tribunal arbitral a fait le raisonnement suivant :

En l'espèce, l'expropriation litigieuse, qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n°165 du 10 février 1975 qui a prononcé le transfert de propriété des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée à l'Etat. A cette date, l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur sa licéité. Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les demandées doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API.¹⁶¹ (soulignement ajouté)

238. Par ce raisonnement, le Tribunal arbitral a clairement admis que les saisies de CPP S.A. et EPC Ltée, intervenues lors du coup d'état du 11 septembre 1973 devaient être qualifiées d'actes illicites continus jusqu'au prononcé du Décret n°165 de 1975. En d'autres termes, le Tribunal convient implicitement qu'à supposer établie l'inexistence du Décret n°165 dans l'ordre juridique chilien,

¹⁵⁸ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 603

¹⁵⁹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 593 *in fine* et 603

¹⁶⁰ [Pièce ND06](#), Sentence arbitrale du 8 mai 2008, para.600

¹⁶¹ [Pièce ND06](#), Sentence arbitrale du 8 mai 2008, para.608

l'acte illicite de confiscation devait être juridiquement qualifié de saisie *de facto* et qu'il constituait dès lors un acte illicite continu.

239. Selon les Demandeuresses, la République du Chili a œuvré afin d'empêcher la démonstration par celles-ci de la « nullité de droit public » du Décret n°165 par les juridictions internes. La représentation du Chili qui n'ignorait pas le fondement de la demande de M. Pey portait devant la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago, a ainsi convaincu le Tribunal arbitral de l'existence d'un prétexte titre de l'Etat sur l'investissement lorsque l'API est entré en vigueur. Or en droit ce titre est nul. Il n'a jamais existé.
240. Cependant, ce jugement interne n'étant pas intervenu durant tout le déroulement de la procédure, le Tribunal arbitral a condamné la République **précisément** pour cette rétention au motif qu'elle constituait un déni de justice. On notera également, comme les citations ci-dessus le démontrent, que le Tribunal a pris soin de souligner expressément qu'il n'avait pas connaissance de la remise en cause de la validité du Décret n°165 par les juridictions internes chiliennes¹⁶².
- (b) La rétention du constat inévitable, par la 1^{re} Chambre Civile, de la nullité «de droit public » *ab initio, ex officio* et imprescriptible du Décret n°165
241. En omettant de rendre son jugement dans le délai légal¹⁶³, l'Etat défendeur a privé les Demandeuresses de la preuve de l'absence de titre de l'Etat défendeur à leur investissement - le jugement constatant la «nullité de droit public » du Décret n°165 et statuant en conséquence.
242. En effet, la prémissse *sine qua non* de la requête formée le 4 octobre 1995 devant le juge civil chilien par M. Pey Casado était la « nullité de droit public » du Décret n°165¹⁶⁴ :

Tout ce processus se termina le 17 mars 1975, par la publication au Journal Officiel du Décret Suprême N°165 du Ministère de l'Intérieur, qui déclara dissoutes ces deux sociétés [CPP S.A. et EPC Ltée.] et confisqua les biens qui apparaissaient à son nom dans les différents conservateurs de Biens-Fonds, sous la protection des dispositions du Décret-Loi N°77, publié au Journal Officiel le 13 octobre 1973.

Cet acte d'autorité, absolument vicié pour être contraire à la Constitution en vigueur à l'époque où il fut édicté et contrevenant au propre Décret-Loi N°77 sur lequel il se base, souffre de nullité de droit public, imprescriptible, irrécupérable, qui provoque l'inexistence juridique.

C'est pour cela que les actions déployées pour l'appropriation matérielle de ces biens ont seulement donné lieu à une situation de fait qui se maintient dans l'actualité mais qui en aucun cas ne peut générer des droits en faveur du Fisc.

La situation décrite m'obligea à quitter le pays et à me défaire de la tenance matérielle de mes biens. C'est ainsi que s'origina la situation particulière de mes biens, dont le statut devra être déterminé par V.S., mais qui peut être

¹⁶² [Pièce ND06](#), Sentence arbitrale du 8 mai 2008, para.593 et para. 603

¹⁶³ *Supra* note de bas de page n° 186, para. 271

¹⁶⁴ [Pièce ND16](#), Requête de M. Pey Casado c/ le Fisc du 2 octobre 1995 (en version original + traduction en français), produite par les Demandeuresses. Le jugement du 24 juillet 2008 reproduit cette invocation de M. Pey de la « nullité de droit public » dans sa page n° 2 et le Considérant *DIXIEME*.

considérée comme un dépôt nécessaire contrôlé par l'article 2236 du Code civil
(soulignement ajouté).

243. Compte tenu de la demande telle que formulée par M. Pey Casado devant la 1^{re} Chambre Civile de Santiago, cette dernière n'avait d'autre choix que de se prononcer sur la validité ou la « nullité de droit public » du Décret n°165, ce que la Défenderesse ne pouvait ignorer. Le Tribunal arbitral était parfaitement informé¹⁶⁵ du fait que la représentation de la République soutenait dans la procédure interne la même proposition que dans la procédure arbitrale :

*La validité du Décret Suprême N° 165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur, pour que soit rejetée la demande, dans la mesure où il 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'ordonnancement constitutionnel en vigueur à la date où il a été édicté, ni n'enfreint le principe de légalité qui régit l'action des organes publics.*¹⁶⁶

244. Or, le juge interne chilien n'avait d'autre solution que de constater, conformément à la Constitution chilienne en vigueur en 1975 et après, la « nullité de droit public » *ab initio*, à déclarer *ex officio* et imprescriptible du Décret n°165 (*i*).
245. En l'espèce, il ne s'agit pas d'une allégation hypothétique des Demandereuses, la 1^{re} Chambre Civile de Santiago ayant finalement rendu son jugement le 24 juillet 2008, jugement constatant, comme il se devait, la « nullité de droit public » du Décret n°165 (*ii*).

i. La « nullité de droit public » du Décret n°165

246. Comme cela a été exposé dans la Sentence¹⁶⁷, les saisies des biens de CPP S.A. et d'EPC Ltée., en ce compris la presse GOSS, sont le résultat d'une série de faits et d'actes pris par la Junte militaire.
247. Ainsi, le jour du coup d'Etat contre le gouvernement constitutionnel, les forces militaires mutinées ont saisi l'ensemble des biens de M. Pey Casado, en ce compris les titres des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée., ainsi que tous les biens meubles et immeubles leur appartenant.
248. Cette saisie *de facto* a été suivie d'une série de décrets administratifs en vue du transfert en pleine propriété de ces biens à l'Etat chilien par l'émission du Décret n°165 du 10 février 1975¹⁶⁸.

¹⁶⁵ [Pièce C-M11](#), Réponse du 17 avril 1996 du Conseil de Défense de l'État, représentant du Fisc auprès de la 1^{re} Chambre Civil de Santiago, pages 4-8 de l'original en espagnol et pages 3-6 de la traduction (Pièce CN51)

¹⁶⁶ Voir dans la [Pièce ND32](#) les manifestations du représentant de l'Etat chilien, le « Fisc », telle que reproduites dans le jugement de la 1^{re} Chambre de Santiago du 24 juillet 2008 (pages 7-8 de l'original en espagnol et page 4 de la traduction française)

¹⁶⁷ *Supra* para 98 et ss

¹⁶⁸ *Supra* para 97 et ss

249. Or, le Décret n°165 est nul, de « nullité de droit public », en application de la Constitution chilienne.
250. En effet, le fondement de la Constitution du Chili de 1925¹⁶⁹ étant la séparation des Pouvoirs, elle contient un certain nombre de garanties au nombre desquelles la garantie à un procès équitable et la compétence exclusive des tribunaux judiciaires sur certaines sanctions notamment privatives de liberté ou du droit de propriété. Ainsi, les articles 80 et 11 de la Constitution disposent que seuls les Tribunaux établis par la loi sont compétents pour juger des causes civiles et criminelles, ni le Chef de l'Etat, ni le Congrès ne peuvent exercer de fonctions judiciaires et nul ne peut être condamné sans être légalement jugé en vertu d'une loi promulguée avant la commission du délit pour lequel il est jugé¹⁷⁰.
251. L'article 12 de la Constitution de 1925 prévoit que nul ne peut être jugé par des commissions spéciales, mais peut exclusivement l'être que par le tribunal préétabli par la Loi.
252. Selon l'article 18 de la même Constitution, c'est seulement dans le cas d'une peine infligée dans le cadre d'une procédure judiciaire découlant d'un crime, que peut être prise la sanction de confiscation des biens. Ce rempart contre « le despotisme » des monarchies absolues figure dans toutes les Constitutions du Chili depuis son indépendance en 1818, leurs racines étant dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789¹⁷¹.
253. Enfin, l'article 4 de cette même Constitution énonce le fondement de la « nullité de droit public »:

Aucune magistrature, aucune personne, ou réunion de personnes ne peuvent s'attribuer, fût-ce au prétexte de circonstances extraordinaires, une autorité ou des droits autres que ceux qui leur auraient été conférés expressément par les lois. Tout acte contrevenant à cet article est nul. (Soulignement ajouté)

254. Le Décret n° 1726 du 3 décembre 1973¹⁷², d'ordre réglementaire, a créé une procédure administrative attribuant à la Junta Militaire le pouvoir de confisquer des biens, sans procès judiciaire ni loi préalables.¹⁷³ La Junta Militaire n'ayant pas suspendu la Constitution de 1925 et ne s'étant pas attribué des prérogatives juridictionnelles -qui sont restées de l'exclusive compétence des tribunaux judiciaires tout au long de la dictature militaire (1973-1990), le Décret n° 1726

¹⁶⁹ [Pièce ND41](#), Constitution de 1925, en vigueur jusqu'en 1980

¹⁷⁰ [Pièce ND41](#), Constitution de 1925, article 80 : «Les Tribunaux établis par la loi sont exclusivement compétents pour connaître des procès civils et pénaux. Ni le Président de la République, ni le Congrès ne peuvent, en aucun cas, exercer de fonction juridictionnelle, s'immiscer dans les procès en cours ni faire réviser des jugements devenus définitifs»; article 11: *Nul ne peut être condamné s'il n'a été jugé légalement et en vertu d'une loi promulguée avant la commission du délit pour lequel il est jugé* »

¹⁷¹ Article 17 de la Déclaration des DD.HH. et du Citoyen de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »

¹⁷² [Pièce C-M49](#), Décret n° 1726 du 3 décembre 1973, Règlement du Décret-Loi n° 77 de 1973

¹⁷³ [Pièce ND06](#), Sentence, paras 203 et 589, notes de pied de page n° 152 et n° 535, respectivement, et para 589

a enfreint la Constitution en empiétant sur les attributions exclusives du pouvoir judiciaire et en ignorant les garanties établies par l'article 18 de la Constitution contre la confiscation des biens. En conséquence, le Décret n° 276, fondé sur le Décret n° 1726, est nul de plein droit *ab initio*, à déclarer *ex officio* selon les termes de l'article 4 de la Constitution **telle qu'appliquée par les juridictions internes.**¹⁷⁴

255. La nullité du Décret n° 1726 a d'ailleurs été constatée par une décision du juge de la 1^{ère} Chambre Civile de Concepción du 12 mars 1998, confirmée par la Cour Suprême, prise dans le cadre d'un litige à propos d'une entreprise de presse (une personne morale propriétaire du journal COLOR)¹⁷⁵:

15^{ème}.- en d'autres termes, l'administration s'arrogea elle-même, au moyen de ce Décret Réglementaire, la faculté d'édicter, envers des personnes physiques, diverses mesures conservatoires et des décisions d'ordre nettement juridictionnel qui, comme on l'a vu, excédaient le contexte même du Décret-Loi qu'il réglementait, dès lors que de la situation de la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret-Loi n° 77, selon ce qui a été dit, il résultait logiquement la nécessité du procès judiciaire préalable,

16^{ème} Que, les choses se présentant ainsi, et dans la mesure où le Décret Réglementaire mentionné, n° 1.726 de 1973, fut édicté par le Président de la Junta de Gouvernement, ainsi qu'il est indiqué par le Décret lui-même, usant du pouvoir réglementaire établi par l'article 72 n° 2 de la Constitution de 1925 - en vigueur à cette époque en vertu de ce que disposent les Décrets Lois n° 1 et 128 de 1973 - il ne pouvait outrepasser les limites de la loi qu'il réglementait ni s'étendre à des situations non envisagées dans cette dernière, en sorte que ce faisant il a enfreint le Décret-Loi N° 77 lui-même et, ce qui est plus important, il a aussi enfreint ladite Constitution en son article 80, également en vigueur à cette date, aujourd'hui article 73 de la Constitution de 1980, dès lors que l'Administration s'est arrogée des facultés juridictionnelles appartenant exclusivement et sans partage aux tribunaux de justice, qui étaient et demeurent les seuls appelés à juger les causes civiles et criminelles, ni le Président de la République ni le Congrès ne pouvant en aucun cas exercer de fonctions judiciaires.

En conséquence, il est évident que ledit acte administratif (Décret Réglementaire n° 1.726) trouve sa sanction dans la règle établie par l'article 4 de la Constitution de 1925 - consacrée également par l'article 7 de la Charte Fondamentale en vigueur - c'est-à-dire la nullité de droit public car il s'agit d'un acte émanant d'une autorité qui a excédé ses facultés et ses pouvoirs expressément conférés par les lois et envahissant celles d'une autre.

17^{ème} Comme il vient d'être exposé, l'auteur du présent jugement déclare d'office la nullité de Droit Public du Décret Réglementaire n°1.726 du Ministère de l'Intérieur du 3 décembre 1973, publié au Journal Officiel du 2 janvier 1974, selon les modalités qui seront énoncées après, puisqu'il s'agit d'un acte administratif édicté contrevenant à l'article 4 de la Constitution de 1925. (soulignement ajouté)

¹⁷⁴ Voir *supra* para 167, Sentence du 3-12-1998, Considérant V

¹⁷⁵ [Pièce C-M12](#), Jugement de la 1^{re} Chambre Civile de Concepción du 12 mars 1998 (Pièces CN62 et CN62f)

256. Ce jugement a été confirmé par la décision de la Cour Suprême du 21 juin 2000¹⁷⁶.
257. Le Décret n°165, pris au visa du Décret n°1726, en prononçant le transfert de propriété des biens de CPP S.A. et d'EPC Ltée. à l'Etat comme une sanction de confiscation, contrevient lui-même à ces principes protégés par la Constitution du Chili de 1925. Il est en conséquence, et en application de l'article 4 de la Constitution, entaché de la « nullité de droit public ».
258. La « nullité de droit public » signifie qu'il s'agit d'une nullité *ab initio* - l'acte n'a jamais existé juridiquement et ne peut produire d'effet-, *ex officio* - elle ne requiert aucune déclaration pour exister -, et imprescriptible - le passage du temps ne peut en aucun cas rendre l'acte illicite valable.
259. C'est ce qui résulte clairement de la jurisprudence des cours chiliennes, qui ont eu à connaître, à de nombreuses reprises, de demandes similaires.
260. Ainsi, le jugement précité de la 1^{ère} Chambre Civile de Concepción du 12 mars 1998 a indiqué¹⁷⁷ :

7° Que, d'un autre côté, il convient de rappeler que l'implantation d'un dispositif de nullité que consacre l'article 7 de la Constitution de 1980, contenu antérieurement dans l'article 6 de l'Acte Constitutionnel n°2 de 1976, l'article 4 de la Constitution de 1925, et plus anciennement encore dans l'article 160 de la Constitution de 1833, a été établi par nos constituants afin de sauvegarder la soumission et la sujexion, principalement des organes de l'Etat, aux institutions juridiques, c'est-à-dire à l'Etat de droit.

Par sa nature et son origine, cette nullité de Droit Public possède un contenu et des caractéristiques spéciales découlant de la règle constitutionnelle citée (article 7), c'est une nullité opérant de plein droit, ipso jure, et qui, de ce fait, ne requiert aucune déclaration pour être opérante, encore que, pour des raisons de sûreté au plan juridique et de certitude, il doit exister une déclaration formelle et indiscutable d'un organe pouvant reconnaître la contravention à l'article 7 mentionné, et ledit organe ne saurait être autre que l'organe judiciaire, un tribunal de justice, le seul auquel est dévolu de façon exclusive et sans partage, dans le cadre de l'article 73 de la même Charte, la fonction de juger, cela d'autant plus que si l'on envisageait d'accepter l'argumentation du Fisc, nous nous trouverions face à une situation absurde selon laquelle celui qui serait atteint dans ses droits ou statuts juridiques, par des actes viciés de l'Administration, serait de fait empêché de recourir aux tribunaux au moyen de l'action constitutionnelle en nullité et se verrait ainsi privé de son droit fondamental à agir.

261. De même, l'arrêt de la Cour d'appel de Santiago du 27 avril 1998 a souligné¹⁷⁸ :

52° Qu'une nullité de ce type ne vient pas à être constituée par le présent arrêt, comme si l'état d'ineffectivité des décrets auxquels il est fait référence parvenait à la vie juridique à partir de la chose jugée qui s'en suit. Il ne s'agit pas là d'un

¹⁷⁶ [Pièce C-M13](#), Sentence de la Cour Suprême du 21 juin 2000, en espagnol (Pièce CN102)

¹⁷⁷ [Pièce C-M12](#), Jugement de la 1^{re} Chambre Civile de Concepción du 12 mars 1998

¹⁷⁸ [Pièce C-M14](#), Arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 27 avril 1998 (Pièces CN63 et CN63f)

état indépendant ni survenant en sus de l'acte; lequel, dû à ses vices, à ses carences et ses errements, à ses failles, à ses déviations, à ses défauts et ses anomalies n'a été ni conforme, ni consommé, ni parfait comme manifestations du pouvoir juridique d'une Etat de Droit, mais [se présente] comme un simple fait accompli. La conséquence de cela est que la nullité est survenue de plein droit, en même temps que ces décrets avortés, puisque c'est le droit lui-même, la Constitution, qui s'en avise, dans une réaction auto-dépurative qu'impose la simple logique, et à ne pas l'accepter - dans ses termes précis d'automaticité et d'autosuffisance- l'administration pourrait bien s'ériger en pouvoir constituant, en législateur et en juge, en plus d'être gouvernant - voire simplement en dictateur, s'il lui arrivait de n'être pas gouvernant.

53° Qu'il ne sera donc pas surprenant que cette nullité de droit public ne puisse être réformée par aucun autre moyen, fût-ce par celui inhérent au passage du temps, contrairement à ce qu'avance la défense de l'Etat lorsqu'il oppose, subsidiairement, l'exception de prescription des droits exercés et actions interjetées. [...]

54° Qu'à ce niveau de l'analyse la position de la défenderesse de l'Etat se révèle incohérente quant à l'impossibilité de décider de la nullité des décrets parce que n'aurait pas été déclarée, au plan administratif ou judiciaire, celle du décret réglementaire n° 1276 sur lequel ils se fondent. Or ce n'est pas sur ce plan que la question a été traitée. L'invalidité de plein droit se manifeste à l'égard de ce qui est nul, sans autre considération. Elle ne saurait dépendre de la nullité d'autre chose. Elle est autonome, de même que l'est tout acte administratif, même la simple situation de fait. Les décrets suprêmes visés se sont trouvés nuls abstraction faite de ce qui puisse également l'être tel ou tel autre décret, avec lequel ils seraient liés pour diverses raisons. (Soulignement ajouté)

262. Finalement, la Cour Suprême chilienne, dans l'affaire de la société propriétaire de Presses confisquées après la dissolution de la société, s'est prononcée le 17 mai 2000 dans le même sens¹⁷⁹ :

La doctrine en général a considéré que cette nullité, du fait des caractéristiques qu'elle présente et de la manière dont elle est conçue dans l'ordonnance du fondement des institutions, opère de plein droit, de sorte que sollicitée auprès d'un tribunal, celui-ci, à supposer les éléments de fait établis, n'a d'autre fonction que de la réaffirmer, et de constater son existence, de sorte qu'il ne saurait lui être appliquées les règles générales de droit privé sur la prescription des actions. En conséquence, il convient d'en tirer la conclusion que cette nullité est imprescriptible. (Soulignement ajouté)

263. Il résulte des développements précédents que le déni de justice s'est traduit par le fait que la 1^{re} Chambre Civile de Santiago a retenu le jugement constatant la nullité de droit public du Décret n°165, c'est-à-dire, notamment, son inexistence lorsque l'API est entré en vigueur en mars 1994.
264. La position ainsi soutenue par les Demandereuses devant le présent Tribunal arbitral n'est pas hypothétique. En effet, le 24 juillet 2008 - après que la Sentence arbitrale a été prononcée- la 1^{re} Chambre Civile de Santiago a rendu son jugement sur l'affaire GOSS.

¹⁷⁹ [Pièce C-M15](#), Arrêt de la Cour Suprême chilienne du 17 mai 2000 (Pièces CN98 et CN98f)

i. *La nullité du Décret n°165 finalement constatée par le jugement du 24 juillet 2008*

265. La 1^{ère} Chambre Civile de Santiago, qui a retenu pendant plus de sept ans son jugement, a finalement rendu celui-ci le 24 juillet 2008¹⁸⁰. Cependant, les Demandéresses n'en ont pas été notifiées, la Cour ayant retenu cette notification encore deux années et demie avant que ce jugement soit porté à la connaissance des Demandéresses¹⁸¹ le 31 janvier 2011¹⁸². Ce jour les Demandéresses ont également pris connaissance des démarches du représentant de l'Etat (« *le Fisc* ») en vue de priver d'effet, à l'insu des Demandéresses, le jugement interne au motif que la procédure aurait été «abandonnée » [sic] par celles-ci après le prononcé du jugement du 24 juillet 2008¹⁸³, alors qu'elles n'avaient demandé que la suspension provisoire de la procédure, suspension refusée le 14 novembre 2002¹⁸⁴.
266. Dans ce jugement du 24 juillet 2008, la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago a considéré que l'action formée par M. Pey Casado aurait dû être formée par la société EPC Ltée. compte tenu de la « nullité de droit public » du Décret n°165 et donc de l'absence de dissolution de cette société.
267. Ainsi, le juge de Santiago indique :

9° Que, dans le cas de ce dossier, si le demandeur déclare expressément que la chose spécifique, objet du présent litige, est la propriété d'un tiers, à savoir la société Entreprise de Presse Clarín Ltée., en conséquence il incombe à cette dernière [ECP Ltée.] d'avoir entrepris l'action et non au demandeur qui a comparu au présent procès, car le titulaire des droits est la personne morale et non la personne physique.

268. Cette position est dictée par la nullité *ab initio, ex officio* et imprescriptible du Décret n°165 en ce qu'il viole les règles fondamentales de la Constitution chilienne. En effet, le jugement souligne :

11° Que l'article 4 de la Constitution Politique de la République du Chili de 1925 disposait que aucun corps constitué, aucun individu, aucun groupe d'individus ne peut s'attribuer, pas même sous prétexte de circonstances exceptionnelles, d'autres pouvoirs ou d'autres droits que ceux qui lui sont expressément conférés par la loi. Tout acte contraire à cette disposition est nul. Qu'en outre l'article 7° de la Constitution Politique de la République de 1980 dispose que les institutions de l'Etat agissent valablement si elles agissent après que leurs membres soient investis en bonne et due forme, dans le cadre de leur compétence et en accord avec les formes que prescrit la loi.

¹⁸⁰ [Pièce ND32](#), Jugement de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago du 24 juillet 2008

¹⁸¹ En réalité, c'est suite à des rumeurs sur l'existence d'un tel jugement que le conseil de M. Pey a sollicité le 24 janvier 2011 auprès de l'Administration de Justice les copies authentifiées de ce dossier judiciaire, [Pièce C-M16](#) (Pièce DP62 et DP62f); [Pièce C-M17](#), Lettre de Me. Araya du 24 janvier 2011 (Pièce DP63, page 1)

¹⁸² [Pièce C-M18](#), notification en date du 27 janvier 2011 par la 1^{re} Chambre Civile de Santiago du jugement du 24 juillet 2008 (Pièce DP63, page 3)

¹⁸³ [Pièce C-M19](#), le 16 juin 2009 le Fisc affirme que cette procédure aurait été abandonnée et demande de la déclarer sans effet (Pièce DP50)

¹⁸⁴ [Pièce ND06](#), paras. 29, 464, [C-M07](#), [C-M08](#), [C-M09](#), citées

Aucune magistrature, aucune personne, ou réunion de personnes ne peut s'attribuer, fût-ce au prétexte de circonstances extraordinaires, une autorité ou des droits autres que ceux qui leur auraient été conférés expressément par la Constitution ou les lois.

Tout acte contrevenant à cet article est nul et engendre les responsabilités et les sanctions fixées par la loi elle-même.

12° Que la nullité de droit public est régie par omission dans le cas de la Constitution Politique de la République du Chili de 1925 ou par mandat constitutionnel exprès dans le cas de la Constitution Politique de République du Chili de 1980 par le régime civil, pour ce qui est de l'application de ses institutions, responsabilités et sanctions.

269. Ainsi, le juge civil chilien n'a pas fait droit à la demande de M. Pey, au motif que **la nullité de droit public** du **Décret n°165** confère le droit d'agir à EPC Ltée et non au propriétaire de son capital, considérant ainsi que la dissolution d'EPC Ltée. n'avait jamais été un fait juridique puisqu'il a décidé que seule cette société avait le droit d'agir en restitution de la presse GOSS. En d'autres termes, ce jugement démontre que le Décret n°165 n'est jamais entré en vigueur et n'a jamais été effectif.
270. Au-delà même de ce jugement de 1^{re} instance et du fait qu'il ait été rendu treize années après la présentation de sa requête par M. Pey, le comportement de la République du Chili à son égard est assez remarquable pour être souligné. Ce comportement est l'illustration de **la continuité du déni de justice** jusqu'à aujourd'hui encore.
271. En premier lieu il s'agit **d'un manquement au principe du contradictoire (due process)** : ni les Demandereuses, ni M. Pey Casado, ni ses conseils devant la juridiction civile de Santiago ne se sont vus notifier ce jugement en juillet 2008. A cet égard, on rappellera que l'article 162 de ce Code de Procédure Civile prévoit que le jugement définitif doit être prononcé dans un délai de soixante jours comptés à partir du jour où la cause sera en état pour être statuée, en l'espèce à partir du 3 janvier 2001¹⁸⁵ ! En outre, l'article 52 du Code de Procédure Civile chilien dispose que le jugement doit être notifié aux parties personnellement ou au moyen d'une signification officielle écrite¹⁸⁶.
272. Or, ce n'est que le 31 janvier 2011, soit plus de deux ans plus tard, que les Demandereuses ont été informées de l'existence de ce jugement du 24 juillet 2008¹⁸⁷. Après quelques investigations, les Demandereuses ont découvert que le 16 juin 2009 le Conseil de Défense de l'Etat (CDE), représentant le Fisc et donc l'Etat chilien, avait déposé une requête demandant à la 1^{re} Chambre

¹⁸⁵ Voir *supra* para. 265

¹⁸⁶ L'article 52 du Code de Procédure Civile du Chili: "S'il se passe six mois sans qu'aucune decisión 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" (*Si transcurren seis meses sin que se dicte resolución alguna en el proceso, no se considerarán como notificaciones válidas las anotaciones en el estado diario mientras no se haga una nueva notificación personalmente o por cédula*). Cette signification du jugement du 24 juillet 2008 n'a pas été faite à M. Pey.

¹⁸⁷ Voir *supra* para 265 et la [pièce C-M18](#), accord du 27 janvier 2011 de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago de communiquer une copie du dossier de la procédure aux Demandereuses

Civile de déclarer que, après le prononcé de son jugement de l'année antérieure - celui du 24 juillet 2008 - M. Pey aurait « abandonné » cette procédure interne¹⁸⁸. Cette intervention de la représentation de l'Etat - **qui ne met pas en question le fait que ce jugement constate la nullité de droit public du Décret n°165** - n'a pas été notifiée à M. Pey Casado ni à son conseil. Le tribunal de première instance a rejeté le 6 août 2009 ladite requête du 16 juin 2009 du CDE au motif que les Demandées n'avaient pas reçu notification du jugement du 24 juillet 2008, ni personnellement ni au moyen d'une signification officielle écrite¹⁸⁹:

Vu :

- 1.- *Que, au feuillet n° 455, la partie défenderesse sollicite que soit déclarée l'abandon de la procédure, en raison de ce qui il s'est écoulé un délai supérieur à 6 mois à partir de la dernière décision intervenue dans une démarche utile, c'est-à-dire à partir du «7 août deux mille huit », date à laquelle a été prononcée la sentence définitive dans le procès.*
- 2.- *Que l'abandon de procédure, étant une sanction de caractère procédural, doit être appliqué de façon restrictive seulement aux cas expressément envisagés dans son cadre normatif.*
- 3.- *Que la disposition procédurale dont il s'agit peut seulement être mise en rapport avec les situations d'inactivité découlant des parties dans la mesure où ces dernières disposeraient de quelques possibilités d'action destinée à maintenir le déroulement graduel du dossier.*
- 4.- *Qu'il ressort, des éléments probants du dossier, que la sentence définitive fut prononcée en date du 24 juillet 2008, c'est-à-dire qu'il s'est écoulé au-delà du délai de six mois envisagé à l'article 52 du Code de Procédure Civil, sans que les parties aient été notifiées en personne ou au moyen d'une signification écrite, [de sorte que] la notification réalisée par l'État journalier est dénuée de validité.*
- 5.- *Que, pour les raisons exposées et attendu qu'il n'appartient pas de sanctionner la partie demanderesse pour inaction dans la poursuite du procès en son état actuel et conformément à ce que dispose l'article 89, 144, 152 et suivants ainsi que [l'article] 121 du Code de Procédure Civile,*
IL EST STATUÉ : Est rejeté, sans frais, l'incident d'abandon de la procédure [qui a été introduit] (soulignement ajouté).

273. Le Conseil de Défense de l'Etat a interjeté appel de cette décision dès le 12 août 2009¹⁹⁰, toujours sans en informer les Demandées. La Cour d'Appel de Santiago, sans avoir entendu les Demandées, a fait droit à la demande de la représentation de l'Etat par un arrêt du 18 décembre 2009¹⁹¹ déclarant que M. Pey Casado avait « abandonné » la procédure après ledit jugement du 24 juillet 2008. Cet arrêt de la Cour d'Appel n'a pas été notifié à M. Pey Casado.

¹⁸⁸ [Pièce C-M19](#), Requête du CDE devant la 1^{re} Chambre Civile de Santiago du 16 juin 2009. Il convient de préciser que cette requête fait mention d'un jugement (*Sentencia*) portant date du 7 août 2008 - et non du 24 juillet 2008 - dont les demandées n'ont toujours pas connaissance, alors que la Requête indique le même numéro de rôle que pour le jugement du 24 juillet 2008, à savoir le n° 3510-95

¹⁸⁹ [Pièce C-M20](#), Résolution de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago du 6 août 2009

¹⁹⁰ [Pièce C-M21](#), Déclaration d'appel du Fisc devant la Cour d'Appel de Santiago du 12 août 2009 contre la résolution rendue le 6 août 2009 par la 1^{re} Chambre Civile de Santiago (Pièce DP52)

¹⁹¹ [Pièce C-M22](#), Arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 18 décembre 2009 infirmant la résolution de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago du 6 août 2009 (Pièce DP53)

274. Les Demanderesses ne peuvent s'empêcher de voir dans ces actes de l'Etat chilien une corrélation avec ses agissements dans la procédure arbitrale, ce dont le Comité *ad hoc* a eu connaissance le 28 février 2011¹⁹². Ainsi, les Demanderesses ont été privées du jugement de la 1re Chambre Civile de Santiago constatant la nullité de droit public du Décret n°165 de 1975 non seulement jusqu'au prononcé de la Sentence - conduisant le Tribunal à considérer les dispositions de l'article 5 de l'API inapplicables aux faits de saisie de 1973 -, mais également à des stades ultérieurs de la procédure arbitrale
275. Lorsque les Demanderesses ont enfin eu connaissance de ces faits en janvier 2011, elles en ont demandé l'annulation et épousé tous les recours internes à leur encontre¹⁹³.
276. Il est demandé au présent Tribunal arbitral de veiller à ce que cela ne soit pas le cas, en prenant en considération, comme il convient, le constat fait par ce jugement du 24 juillet 2008 de la « nullité de droit public » du Décret n°165. Mais si la représentation de l'Etat cherchait à neutraliser dans la présente étape de la procédure ce constat, les Demanderesses soumettent que lesdits agissements devant les Cours de Justice de Santiago visant à priver d'effet le jugement du 24 juillet 2008 *inaudita parte* constituent, par eux-mêmes et par leur contexte, une violation de l'article 4¹⁹⁴ et, le cas échéant, de l'article 5 de l'API¹⁹⁵, dont le Tribunal devra tenir compte lorsqu'il fixera dans la Sentence à venir le *quantum* de l'indemnisation due aux Demanderesses par la République du Chili au titre de l'article 4 de l'API.

¹⁹² [Pièce C-M26](#), La corrélation entre le jugement interne du 24 juillet 2008 et la procédure CIRDI (Pièce DP65, produite le 28 février 2011 dans la procédure en annulation et expulsée de cette procédure à la demande de la représentation de la République du Chili)

¹⁹³ [Pièce C-M25](#), les Demanderesses sollicitent le 27 janvier 2011 l'annulation de la décision déclarant « l'abandon » de la procédure interne, cf [C-M27](#). Duplique des Demanderesses dans la procédure en annulation de la Sentence arbitrale, du 28 février 2011, paras 218-, page 65 et ss

¹⁹⁴ Voir *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award (26 juin 2003), citée, para.132; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Sentence du 11 octobre 2002, para. 127, accessible dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf> ; *RosInvest Co UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Sentence du 12 sept. 2010, pp. 272-280, 603, 612, accessible dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf>

¹⁹⁵ [Pièce C-L46](#), REINISCH (A.), *Expropriation*, in *The Oxford Handbook of International Investment law*, ed. MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.) & SCHREUER (C.), pages 2-5, 7-13, 16-21, l'expropriation des droits intangibles est contraire au droit international. Dans l'affaire *Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/02, Sentence, 29 mai 2003, para 166 , le Tribunal considère qu'il y a expropriation indirecte lorsque “*the economic value of the use, enjoyment or disposition of the (...) rights affected by the administrative action or decision have been neutralized or destroyed*”, accessible dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf> ; dans l'affaire *SAIPEM v Bangladesh*, ICSID Case n° ARB/05/07, Award, 30 juin 2009, paras 127, 129, le Tribunal considère que “*an illegal action of the judiciary which has the effect of depriving an investor of its contractual or invested rights constitutes an expropriation which engages the State's international responsibility*”, accessible dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf> ; dans le même sens, [Pièce C-L38](#), *SPP v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20-05-1992, 3 ICSID Reports 189, 1995, paras 164-167 ; *El Paso Energy International Company v Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 octobre 2011, para 246, accessible dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>

(c) Les conséquences du constat de la nullité de Droit Public du Décret n°165

277. Les Demandeuresses considèrent que la rétention du jugement de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago met en plein jour le *modus operandi* du déni de justice. Cela permet ainsi de déterminer la nature et la portée de ses effets dommageables. Cette rétention doit donc être prise en compte par le présent Tribunal arbitral dans la détermination du préjudice résultant du déni de justice, qui doit remettre les parties dans la situation dans laquelle elles auraient dû se trouver si le déni de justice n'avait pas eu lieu. Rappelons en effet, qu'en l'absence de déni de justice, le Tribunal arbitral initial n'aurait pas pu conclure dans la Sentence que «*à la connaissance du Tribunal, 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*¹⁹⁶. »
278. Après avoir exposé la manière dont le présent Tribunal doit tenir compte des conséquences de la rétention du jugement de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago dans l'affaire GOSS (*i*), les Demandeuresses présenteront les conséquences de la « nullité de droit public » du Décret n°165 sur le préjudice (*ii*)
- i. *La prise en compte de la rétention du jugement par le présent Tribunal arbitral*
279. Ainsi que cela a été établi à la Section 5.1.2.1., le présent Tribunal arbitral n'a pas à rechercher quelle aurait été la décision de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago pour tirer les conséquences du déni de justice sur le préjudice.
280. En bref, le simple fait d'avoir retenu le jugement alors que celui-ci avait vocation à trancher la question de la validité en droit chilien du Décret n°165 autorise le présent Tribunal à en tirer toutes les conséquences avec la plus grande latitude.
281. Ceci étant, comme cela a été démontré ci-dessus¹⁹⁷, la 1^{re} Chambre Civile de Santiago n'avait d'autre choix que de constater la « nullité de droit public » dudit Décret, ce dernier ayant été édicté en violation de l'article 4, d'application directe et impérative, de la Constitution chilienne alors en vigueur.
282. En outre, cette nullité a été constatée par la 1^{re} Chambre Civile de Santiago dans son jugement du 24 juillet 2008. Ce jugement est une donnée qui doit, bien évidemment être prise en compte par le présent Tribunal arbitral, dans la détermination du préjudice dont ont souffert les Demandeuresses.
283. Dans la configuration spécifique au cas d'espèce, le fait que le déni de justice ait opéré au moyen d'une dissimulation entraîne l'obligation pour le présent Tribunal arbitral de prendre en compte toute la portée et les effets de celle-ci, afin d'établir le préjudice ainsi causé aux Demandeuresses et la situation où elles se trouveraient si le déni de justice n'avait pas eu lieu.

¹⁹⁶ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 603 *in fine*

¹⁹⁷ *Supra* Section 5.1.2.2(b), para. 241 et ss.

284. On rappellera à cet égard qu'indépendamment de ces circonstances particulières, l'introduction, devant un second tribunal arbitral, d'informations apparues après la Sentence, dès lors qu'il ne s'agit pas de demandes nouvelles, est parfaitement admissible :

On le voit, la compétence du second tribunal n'est pas identique à celle du premier. Elle est largement conditionnée par l'effet de la chose jugée qui restreindra inévitablement le champ du différend à arbitrer. Accessoirement, sans doute le second tribunal pourra connaître de questions nouvelles, telles des données apparues postérieurement à la première sentence (...), mais pour l'essentiel l'étendue de sa juridiction sera réduite puisqu'elle ne pourra plus porter sur l'examen de demandes nouvelles¹⁹⁸ (soulignement ajouté).

285. Dans l'affaire *Amco II*¹⁹⁹, le tribunal arbitral a ainsi considéré qu'il était compétent pour connaître de faits nouveaux, ‘*intervening effects*’, résultant d'une décision de la Cour Suprême d'Indonésie rendue postérieurement à la première sentence :

The present tribunal cannot accept Indonesia's view (observations on Jurisdiction of the New Tribunal, p.35, § 5 (ii)) that the issue of the intervening effect of the Indonesian court judgments can be relitigated. Lack of intervening effect of the interlocutory decree as upheld by the Supreme Court judgment of August 4, 1980 cannot be relitigated and is res judicata.

However, the present Tribunal believes that it may be helpful to indicate to the parties at this juncture that it finds it has jurisdiction to deal with any intervening effect of the Supreme Court decision rendered on April 30, 1985 such matter being admissible as a new fact available only after the Award was rendered. (Soulignement ajouté)

286. Le présent Tribunal arbitral devra dès lors constater que l'un des actes de déni de justice commis par la République du Chili à l'égard de M. Pey et de la Fondation a eu pour effet d'empêcher les Demandées d'informer le Tribunal arbitral du jugement de la juridiction civile chilienne reconnaissant la « nullité de droit public » du Décret n°165, et, en conséquence, l'absence de titre de l'Etat défendeur sur l'investissement en 1995, compte tenu de la nullité de droit public du Décret n° 165. Ce qui a conduit le Tribunal arbitral à considérer que, « *à sa connaissance* », ce Décret n'avait pas été remis en cause par les juridictions internes et faisait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien²⁰⁰, et, par voie de conséquence, que les dispositions de l'article 5 de l'API étaient inapplicables aux faits de confiscation.
287. Cette tromperie fondamentale démasquée, la Défenderesse ne saurait bien évidemment pas se prévaloir de ses manœuvres procédurales subséquentes, ayant conduit à l'arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 18 décembre 2009, pour s'opposer à la réclamation des Demandées.

¹⁹⁸ [C-L04](#), RAMBAUD (P.), *La compétence du tribunal C.I.R.D.I. saisi après une décision d'annulation*, Annuaire français de droit international, Vol. 34, 1988, page 213

¹⁹⁹ [C-L03](#), *Amco v. Indonesie, Resubmitted Case*, Décision sur la compétence, 10 mai 1988, 3 [ICSID Review- Foreign Investment Law Journal](#) (ICSID-Rev. FILJ), page 176, paras.53-54

²⁰⁰ [Pièce ND06](#), Sentence, para 603

288. Tout d'abord, cette manœuvre procédurale a consisté à violer les principes de procédure les plus fondamentaux protégeant les droits de tout justiciable. En ne les respectant pas, la représentation de la République du Chili confirme le caractère continu du traitement discriminatoire à l'égard de M. Pey et de la Fondation espagnole pour lequel le Tribunal arbitral initial l'a condamnée.
289. En outre, comme l'ont déjà mentionné les Demandées, cette manœuvre procédurale est l'expression de la continuité du déni de justice portée à son paroxysme.
290. Il est en effet inconcevable de croire que la République du Chili a porté sa demande de déclarer que M. Pey avait « *abandonné* » la procédure après le jugement du 24 juillet 2008 - ce qui est manifestement faux - jusqu'à la Cour d'Appel de Santiago, à l'insu des Demandées, à des fins exclusivement administratives, alors même que ce jugement rejetait la réclamation en restitution de M. Pey Casado. L'intention est bien ailleurs, comme celle du déni de justice initial constaté par le Tribunal arbitral dans la Sentence.
291. *A posteriori*, on comprend tout l'intérêt pour la République du Chili de voir paralyser le jugement de la 1^{re} Chambre Civile de Santiago, d'abord jusqu'à après l'émission de la Sentence du 8 mai 2008, et, plus d'un an après celle-ci, de le paralyser *ad aeternitatem*.
292. En tout état de cause, quand bien même ce constat par le jugement du 24 juillet 2008 (qui n'a pas été contesté par voie de recours par la Défenderesse) de la « nullité de droit public » du Décret n°165, pût être considéré comme n'ayant pas pris pleinement sa valeur dans l'ordonnancement judiciaire chilien, le présent Tribunal CIRDI aura la compétence pour y remédier dans le processus de détermination du *quantum* de l'indemnisation.
293. A la lumière de ces développements, le présent Tribunal arbitral ne pourra que tirer toutes conséquences sur le *quantum* du préjudice des Demandées du fait que l'un des actes constitutifs de la condamnation pour déni de justice a été la rétention du jugement interne (constatant la « nullité de droit public », c'est-à-dire *ab initio*, imprescriptible, à déclarer *ex officio*, du Décret n°165).
294. Il convient de spécifier qu'en aucun cas les Demandées ne fondent leur prétention sur une remise en cause du raisonnement du Tribunal arbitral initial ou des parties de la Sentence qui ont autorité de chose jugée.
295. Ainsi que cela a déjà été rappelé²⁰¹, le Tribunal arbitral initial a déduit de l'absence de la preuve relative à la nullité de droit public, ou non, du Décret n° 165 que les dispositions de l'article 5 de l'API étaient inapplicables aux faits de confiscation au motif que l'acte illicite international, *i.e.* la confiscation, devait être qualifié de fait illicite instantané par opposition à un fait illicite continu²⁰² :

²⁰¹ *Supra* para. 98

²⁰² [Pièce ND06](#), Sentence 8 mai 2008, paras. 600 et 608

Le Tribunal est parvenu à la conclusion que l'expropriation résultant du Décret n°165 ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API.

En l'espèce, l'expropriation litigieuse, qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n°165 du 10 février 1975 qui a prononcé le transfert de propriété des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda à l'Etat. A cette date, l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur sa licéité. Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les demanderesses doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API. Cette analyse est conforme à la position de principe de la Cour Européenne des droits de l'homme qui considère l'expropriation comme un acte instantané et qui ne crée pas une situation continue de « privation d'un droit ». (Soulignement ajouté)

296. Or, c'est bien la paralysie de la procédure devant la 1^{re} Chambre Civile de Santiago qui a conduit le Tribunal arbitral à décider ainsi, étant précisé que ce dernier a expressément spécifié qu'il statuait en n'ayant pas connaissance d'une décision de justice chilienne constatant la nullité de droit public du Décret n°165 -effet direct et voulu du retard constitutif du déni de justice ayant provoqué la condamnation figurant dans la Sentence.
297. Si l'on devait se situer dans l'hypothèse où ce jugement avait été rendu avant la Sentence arbitrale - ce qui aurait été le cas en l'absence de déni de justice²⁰³ et même (comme le calendrier le démontre) si contrairement à la démarche ayant entraîné l'annulation partielle, fût-ce en présence du déni de justice, le Tribunal initial avait ouvert un débat sur le *quantum* - alors le Tribunal arbitral initial n'aurait pu que constater qu'il ne s'agissait pas d'une expropriation conformément à la Constitution avec transfert de propriété, mais bien de la privation du droit de propriété en l'absence de décision d'une cour de justice qui a perduré, et qui perdure à ce jour.
298. En effet, en considérant que l'acte illicite a été consommé par l'entrée en vigueur du Décret n°165 du 10 février 1975 le rendant alors instantané à la date dudit Décret, le Tribunal arbitral a admis que la dépossession résultant des confiscations par les forces armées entre le 11 septembre 1973 et le 10 février 1975 devaient être qualifiées d'acte illicite continu.
299. Ce raisonnement est d'ailleurs partagé par la République du Chili. En effet, lors de l'audience de 2007, le représentant de la République du Chili a déclaré²⁰⁴ :

Le Chili ne dit pas qu'on ne peut pas présenter des réclamations aux termes de l'API quand il s'agit d'actes continus. Les expropriations traditionnelles sont des exemples paradigmatisques d'actes qui, à un moment donné, se terminent

²⁰³ [Pièce ND06](#), Sentence 8 mai 2008, para. 624 : « Le déni de justice allégué comportait initialement (...) l'impossibilité d'obtenir une décision sur le fond en première instance au bout de sept ans de procédure (...) » ; para. 641 : « (...) plus de dix ans après la requête originale aux tribunaux civils du Chili concernant la rotative Goss, il n'y a pas eu de résolution en première instance » ; para. 659 : « l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demanderesses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (...) doit être qualifié comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens ».

²⁰⁴ [Pièce C-M10](#), Transcription des audiences du 16 janvier 2007, pages 23 à 25

dans le temps et qui, justement, ne sont pas des actes continus, même si leurs effets perdurent. Précisément, c'est ce que dit l'article 14 sur la responsabilité des Etats. A cet égard, je voudrais citer l'un des commentaires de l'article 14, paragraphe 4, concernant la Commission internationale :

« La question relative au fait de savoir si un acte de privation illégitime d'une propriété est un acte complet ou continu dépend, dans une certaine mesure, du contexte de la règle principale qui aurait été violée ou a été violée. »

C'est la partie intéressante :

« lorsqu'il y a une expropriation par le biais d'un processus légal avec la conséquence que le titre de la propriété en question se voit transférer, l'acte d'expropriation sera alors un acte complet. »

C'est le cas qui nous occupe, Monsieur le Président. Les demanderesses l'ont reconnu : les titres de propriété de la CPP S.A. et les propriétés de M. Pey ont été confisquées officiellement, les titres leur ont été soustraits en 1975 et 1977. Je cite rapidement le paragraphe 6 de ce même article qui dit :

« Un acte n'a pas de caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences perdurent dans le temps ».

Par exemple, je cite :

« les effets économiques de l'expropriation d'un bien se poursuivent même si le titre de propriété a été transféré. Cela ne signifie pas, cependant, que la violation elle-même soit une violation continue. »

A plusieurs reprises au cours de cette audience et de celle d'hier, on s'est référé au cas Papamichalopoulos contre la Grèce et la Turquie. Ce cas n'est absolument pas pertinent car, en l'occurrence, il y avait eu non pas de transfert de titres de propriété, mais des confiscations du bien, c'est-à-dire qu'on avait privé l'accès du bien de façon indéfinie. Jamais il n'y avait eu de confiscation officielle dans le sens juridique, on n'avait pas enlevé son titre de propriété. C'est donc un exemple hors de propos. (Soulignement ajouté)

300. En d'autres termes, la République du Chili, comme le Tribunal arbitral, considère que dès lors que les confiscations n'ont pas été « légalement validées », il s'agit bien d'un acte illicite continu qui perdure dans le temps et pour lequel les dispositions d'un traité peuvent s'appliquer quand bien même les faits auraient commencé avant son entrée en vigueur.
301. C'est précisément le cas qui nous occupe aujourd'hui, et qui aurait dû occuper le Tribunal arbitral **si le Chili n'avait pas commis de déni de justice**.
302. Conformément aux arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme²⁰⁵, cités par les Demandерesses devant le Tribunal arbitral, et non retenus par ce

²⁰⁵ Loizidou c/Turquie, fond 18 décembre 1996, C.E.D.H., Recueil 1996-VI, accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62566>; Papamichalopoulos et autres c/Grèce, 24 juin 1993, C.E.D.H., Série A, n°260-B (1993), accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62517>; jurisprudence confirmée à maintes reprises par différents arrêts de la C.E.D.H. dans des affaires contre la Turquie, en ce sens Chypre

dernier en raison du « prétendu » transfert de propriété résultant du Décret n°165, les saisies de CPP S.A. et EPC Ltée. doivent être qualifiées d'actes illicites continus.

303. Dès lors, en l'absence de déni de justice, et comme l'a reconnu implicitement le Tribunal arbitral, les dispositions de l'API sont applicables *ratione temporis* aux actes qui ont débuté le 11 septembre 1973 par la saisie *de facto*, avec violence, des biens de CPP S.A. et EPC Ltée. et ont perduré pendant des années et jusqu'à ce jour, les Demandéresses n'ayant jamais recouvré les droits de jouissance afférents à la propriété de leurs biens.
304. Ainsi, le préjudice des Demandéresses résultant du déni de justice découle de l'impossibilité d'obtenir l'indemnisation de ces saisies par le biais de l'API de la part d'un Tribunal **constraint de statuer à cet égard** -en conséquence directe du déni de justice- dans l'ignorance du statut du Décret n°165 dans le système juridique chilien.
305. Comme rappelé, la réparation intégrale doit, autant que faire se peut, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.
306. En l'espèce, cette réparation ne peut être que le droit pour les Demandéresses d'accéder à l'indemnisation en ce qu'elle est la seule indemnisation effaçant complètement les effets du déni de justice.
307. Conclusion résumée:

c/ Turquie, 10 mai 2001, C.E.D.H., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-64012> ; Demades c/ Turquie, 3^e section, 31 juillet 2003, C.E.D.H., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-65830> , Iordanis Iordanou c/ Turquie, 3^e section, 22 octobre 2009, C.E.D.H., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101408> ; Alexandrou c/ Turquie, 20 janvier 2009, C.E.D.H., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93694> ; Solomonides c/ Turquie, 20 janvier 2009, C.E.D.H., dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90739> ; Anthousa Iordanou c/ Turquie, 24 novembre 2009, C.E.D.H., accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-95804> ; Hadjithomas et autres c/ Turquie, 22 septembre 2009, C.E.D.H., accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94208> ; Loizou c/ Turquie, 22 septembre 2009, C.E.D.H., dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94214> ; Andreou Papi c/ Turquie 22 septembre 2009, C.E.D.H., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94204> ; Josephides c/ Turquie, 22 septembre 2009, C.E.D.H., accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94234> ; Epiphaniou et autres c/ Turquie, 22 septembre 2009, C.E.D.H., accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94222> ; Rock Ruby Hotels Ltd c/ Turquie, 22 septembre 2009, accessible dans C.E.D.H., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94227> ; Ramon c/ Turquie, 22 septembre 2009, C.E.D.H., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94231> ; mais aussi par les arrêts Vasilescu c/ Roumanie, 22 mai 1998, C.E.D.H., accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58169> ; ou encore par la Cour Inter-Américaine des droits de l'homme, Moiwana Community c/ Suriname, 15 juin 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing.pdf

| Révélation de la portée et de l'ampleur dommageables du déni de justice –à titre principal- soumise au nouveau Tribunal arbitral | Le <i>quantum</i> recouvrant la compensation du déni de justice –à titre principal- devant le nouveau Tribunal arbitral |
|--|---|
| L'effet dommageable - à titre principal- du déni de justice (art.4 de l'API) est la privation imposée aux Demandées de la preuve de l'absence de titre en 1995 de l'Etat sur l'investissement, imposant au Tribunal arbitral initial le confinement de la demande d'arbitrage de 1997 dans un cadre dans lequel ladite preuve n'était pas déterminée (i.e., le jugement de la 1 ^{ère} Chambre Civile de Santiago constant la « nullité de droit public » du Décret n° 165) | La compensation de l'effet dommageable pour les Demandées du déni de justice - de la privation de la preuve de leur titre en 1995 sur l'investissement-, consiste dans le <i>quantum</i> découlant de la disponibilité de cette preuve aujourd'hui, permettant au nouveau Tribunal d'établir le montant du dommage dans un cadre dans lequel ladite preuve est déterminée (i.e., le jugement de la 1 ^{ère} Chambre de Santiago <u>du 24 juillet 2008</u> constatant la « nullité de droit public» du Décret 165) |

**

5.2 Le préjudice résultant de la violation du traitement juste et équitable et notamment de la Décision n°43

308. Afin d'éclairer le présent Tribunal arbitral sur cette violation de l'article 4 de l'API, il convient de revenir brièvement sur les faits ayant conduit le Tribunal arbitral à reconnaître une violation du traitement juste et équitable par la République du Chili.
309. Comme l'a rappelé le Tribunal arbitral dans sa Sentence²⁰⁶, le 6 septembre 1995, M. Pey Casado, après avoir récupéré les titres de CPP S.A. et EPC Ltée. devant les juridictions chiliennes²⁰⁷, a présenté une demande en restitution des biens confisqués auprès de son Excellence le Président de la République du Chili. Le 20 novembre 1995, le Ministère des Biens nationaux a informé M. Pey qu'une loi d'indemnisation permettant aux situations comparables à la sienne d'être réglées, était en cours de préparation.
310. Cette loi n'étant toujours pas promulguée, le 10 janvier 1996, M. Pey a réitéré sa demande auprès de S.E. le Président de la République. Sans réponse, une requête d'arbitrage a été déposée devant le CIRDI par les Demandées le 6 novembre 1997. En raison des mesures d'obstructions prises par la République du Chili, la requête des Demandées ne sera enregistrée par le Centre que le 20 avril 1998²⁰⁸.
311. Le 25 juin 1998, la République du Chili a promulgué la loi n°19.568 relative à la restitution ou l'indemnisation des biens confisqués ou acquis par l'Etat en application des décrets-lois n°12, n°77 et n°133 de 1973, n°1697 de 1977 et n°2436 de 1978.

²⁰⁶ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 630 et suivants

²⁰⁷ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para.77

²⁰⁸ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 8, 111, 238, 337, 440

312. Parallèlement, entre le 29 septembre et le 1^{er} octobre 1998, en violation des dispositions de l'API, une délégation chilienne, conduite par le représentant de la République dans la procédure arbitrale, a organisé une rencontre avec des fonctionnaires espagnols en vue de négocier une interprétation conjointe de toutes les notions clés de l'API et, en particulier, du terme « Investisseur », ayant pour objet de faire barrage à la compétence du CIRDI pour se prononcer sur la réclamation des demanderesses²⁰⁹.
313. Le Tribunal arbitral a finalement été constitué le 18 novembre 1998²¹⁰ et a tenu sa première session le 2 février 1999.
314. Le 24 juin 1999, les Demandерesses ont informé le Ministre des Biens Nationaux de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568 en raison de la requête d'arbitrage introduite devant le CIRDI en 1997 et de la clause d'option irrévocable contenue dans l'API.
315. Le vendredi 28 avril 2000, quelques jours ouvrables à peine avant l'audience sur la compétence du Tribunal arbitral qui devait se dérouler le mardi suivant à Washington D.C., le Ministre des Biens Nationaux a adopté la Décision n°43 appliquant les dispositions de la loi n°19.568 aux biens saisis à CPP S.A. et EPC Ltée. et indemnisan des tiers pour ces confiscations.
316. Malgré les contestations des Demandерesses, la Décision n°43 a été maintenue et appliquée par le versement de l'indemnisation aux tiers visés dans cette décision. Parallèlement, la République du Chili a continué de nier le droit à indemnisation des Demandерesses.
317. C'est notamment sur la base de ces faits que le Tribunal arbitral a, dans la Sentence de 2008, considéré que les investissements des Demandерesses n'avaient pas bénéficié d'un traitement juste et équitable, raisonnant de la manière suivante²¹¹ :

Sur la seconde question, celle de savoir si les investissements des demanderesses ont bénéficié d'un traitement juste et équitable, une réponse négative s'impose de l'avis du Tribunal arbitral, compte tenu des conclusions auxquelles il est parvenu aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique. En bref, il s'agit de la conclusion selon laquelle M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire des biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne.

[...]

²⁰⁹ [Pièce ND06](#) Sentence, paras. 440, 644 et 438, note 360. Il convient de souligner que le procès-verbal de cette réunion, non ratifié par le Ministre compétent, a été signé par l'agent de la République dans le présent arbitrage (Pièce C4, Procès-verbal du 1er octobre 1998 portant sur l'interprétation de l'API du 2.X.1991 entre l'Espagne et le Chili, suscité par le Chili afin d'interpréter l'Accord bilatéral de 1991 sur la protection des investissements)

²¹⁰ Après la démission du premier arbitre nommé par le Chili en 1998, M. Witker, celui-ci ayant occulté sa nationalité chilienne en contravention avec les dispositions de l'article 57 de la Convention CIRDI;

[Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 9, 301, 310

²¹¹ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 665-674

Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des [sic] déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure²¹².

Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire. Comme la défenderesse l'a souligné :

« Les gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990, au moyen d'élections libres, le Gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'état du 11 septembre 1973. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation avec les confiscations, a été approuvée une loi qui dispose de la restitution ou indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l'initiative de l'Exécutif ».

Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au Gouvernement chilien. Malheureusement cette politique ne s'est pas traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesses, pour des raisons diverses qui, au moins en partie, n'ont pas été révélées ou clairement expliquées par les témoignages ou les autres preuves fournies au Tribunal arbitral. [...]

[...]

Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations - pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées - à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable (soulignement ajouté).

318. A suivre le raisonnement du Tribunal arbitral, celui-ci a retenu une violation de l'obligation de traitement juste et équitable au motif que la République du Chili avait paralysé ou rejeté les revendications de M. Pey depuis le 6 septembre 1995 et refusé d'indemniser les Demandерesses alors même que, d'une part, le gouvernement démocratique du Chili s'était engagé, en termes clairs, à indemniser, tant sur *le plan matériel* que sur *le plan moral*, les victimes des confiscations du régime *de facto*, et, d'autre part, qu'il avait indemnisé des tiers

²¹² Note en bas de page n° 617 de la Sentence : « V. par exemple la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (*Me Castillo*) : 'la République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur le plan matériel, nous avons aussi essayé de réparer sur le plan moral, les préjugés [sic] soufferts par des personnes pendant cette période' ainsi qu'à la page 264 : 'il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de bien de CPP S.A. et Clarín Ltée. Bien au contraire, la République du Chili est constante [sic ; devrait dire « consciente »] des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes' » (soulignement ajouté)

- non propriétaires - pour ces mêmes confiscations (Décision n° 43). C'est donc le rejet des revendications de M. Pey depuis le 6 septembre 1995 et le refus de la part de la République du Chili d'indemniser les Demandereuses qui constitue la violation de l'engagement du Chili au titre de l'API.

319. On rappellera **qu'après la date critique** d'entrée en vigueur de l'API tous les Pouvoirs de l'Etat chilien avaient reconnu la nullité de droit public des Décrets confiscatoires édictés en application du Décret n°77 de 1973 : les Pouvoirs exécutif et Législatif par la promulgation de la Loi n°19.568 du 12 juin 1998 portant restitution ou indemnisation des biens confisqués en vertu desdits Décrets ; le Pouvoir judiciaire par sa jurisprudence réitérée sur l'application *ex officio*, directe et impérative, de l'article 7 de la Constitution et, en conséquence, la nullité de droit public de ces Décrets confiscatoires, jurisprudence appliquée par la 1^{re} Chambre Civile de Santiago dans son jugement du 24 juillet 2008 au Décret n°165 de 1975 constatant le nul effet de celui-ci et le plein *ius standi* d'EPC Ltée le 4 octobre 1995, la date de la Demande de M. Pey.
320. Le moyen de remédier à cette violation, et donc de réparer le préjudice subi par les Demandereuses à ce titre, est de faire bénéficier ces dernières d'un traitement juste et équitable en leur versant l'indemnisation à laquelle elles auraient eu droit, en l'absence de la discrimination, pour les saisies de CPP S.A. et EPC Ltée.
321. A cet égard, il convient de préciser que les Demandereuses ne sont pas liées par le montant de l'indemnisation versée aux tiers non-propriétaires au titre de la Décision n°43 pour les raisons suivantes.
322. En premier lieu, la loi n°19.568 du 25 juin 1998, dont ont bénéficié les tiers, non-propriétaires, au titre de la Décision n°43, qui indemnise exclusivement le *damnum emergens* à l'exclusion du *lucrum cessans*, **n'est pas l'unique fondement permettant aux victimes du régime *de facto* d'obtenir réparation pour les confiscations subies.**
323. Cette Loi n° 19.568 n'a pas créé *ex novo* le droit à restitution ou indemnisation pour les biens confisqués en application du Décret 77 de 1973. Son article 1, paragraphe 6, rend son invocation et application facultatives, sous la forme d'une procédure alternative aux actions judiciaires auprès des tribunaux de justice fondés dans **l'application directe, impérative, de l'article 7 de la Constitution:**
- Pourront se prévaloir de cette procédure ceux qui ont un procès en cours à l'encontre du Fisc, introduit antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi dans le cadre duquel ils réclament la restitution ou l'indemnisation des biens indiqués au premier alinéa. Dans ce cas, ils devront renoncer préalablement aux actions introduites devant le tribunal respectif et joindre à leur demande une copie autorisée de la décision judiciaire qui mette fin au litige.*
324. Les victimes du régime *de facto* pouvaient donc toujours déposer une réclamation en restitution ou en indemnisation en application des articles 7 et 19 de la Constitution chilienne. C'est ce qu'a fait M. Victor Pey.

325. En effet, la Constitution chilienne de 1925 (article 4), applicable au moment des saisies de CPP S.A. et CPC Ltée., comme la Constitution chilienne de 1980 (article 7), applicable au moment de la demande en restitution formulée par les Demandereuses devant Son Excellence le Président de la République chilienne le 6 septembre 1995²¹³, garantissent le droit de propriété sous ses diverses formes.

326. Ainsi l'article 10 de la Constitution du Chili de 1925 dispose que :

Nul ne peut être privé de sa propriété qu'en vertu d'une loi générale ou spéciale autorisant son expropriation pour cause d'utilité publique ou d'intérêt social. La personne expropriée a toujours droit à une indemnité dont le montant et les conditions de versement sont déterminées équitablement compte tenu des intérêts de la collectivité et des propriétés expropriées. La loi fixe les règles de fixation des indemnités, la liste des tribunaux compétents pour connaître des réclamations relatives à leur montant, les formes de la prescription du droit à indemnité et les circonstances dans lesquelles le bénéficiaire de l'expropriation prend possession du bien exproprié²¹⁴.

327. De même, l'article 18 de cette même Constitution dispose qu'« en aucun cas ne pourront être appliquées la torture ou la peine de confiscation des biens » (soulignement ajouté).

328. L'article 19 de la Constitution de 1980 prévoit quant à lui que

« La Constitution assure à toute personne : [...] le droit de propriété sous ses diverses formes sur toute catégorie de biens corporels ou incorporels. [...] Nul ne peut en aucun cas être privé de cette propriété, des biens auxquels elle a trait ou d'aucun des attributs ou facultés essentielles de son plein exercice, si ce n'est en vertu d'une loi générale ou spéciale autorisant son expropriation pour cause d'utilité publique ou d'intérêt national qualifié par le législateur. La personne affectée par une expropriation pourra réclamer à propos de la légalité de cette expropriation devant les tribunaux ordinaires, et aura toujours droit à indemnisation pour ce dommage patrimonial effectivement causé, laquelle sera fixée [soit] d'un commun accord, soit par une décision prise conformément au droit par lesdits tribunaux » (soulignement ajouté).

329. Les principes ainsi contenus dans les Constitutions chiliennes ne sont en réalité que l'expression interne d'un principe universellement reconnu de protection de droit de propriété et de l'obligation d'indemniser les propriétaires des biens qui se verraiient priver de leur droit.

²¹³ *Supra* paras 82, 309

²¹⁴ [Pièce ND41](#), Constitution du Chili de 1925, article 10 : “Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado”

330. Dès lors, que ce soit en application des articles impératifs de la Constitution chilienne ou sur le fondement des articles 2316²¹⁵ et 1556²¹⁶ du Code Civil, droit commun chilien de la réparation invoqué par les Demanderesses auprès de S.E. le Président de la République et des juridictions internes, les saisies de CPP S.A. et EPC Ltée. auraient dû faire l'objet d'une indemnisation comprenant non seulement le *damnum emergens* mais également le *lucrum cessans*.
331. En outre, comme cela a été indiqué ci-dessus²¹⁷, le droit chilien reconnaît le préjudice moral qui aurait également dû être réparé dans le cadre d'une indemnisation.
332. En second lieu, même en se bornant à ce qu'autorise la loi n°19.568, les Demanderesses ne sauraient être liées par l'évaluation établie par le Ministre des Biens Nationaux au profit de tiers non-propriétaires.
333. Tout d'abord, cette évaluation n'a pas été effectuée de manière contradictoire à l'égard des Demanderesses, ces dernières n'étant pas visées par la Décision n°43. Dans la procédure administrative de la Décision n° 43, celles-ci n'étaient pas considérées comme ayant droits. Les Demanderesses n'ont donc pas été en mesure de faire valoir leurs observations sur l'évaluation établie par le Ministère des Biens Nationaux. A titre d'illustration, les autorités administratives chiliennes ont ignoré l'évaluation des presses PLAMAG et ont valorisé la presse GOSS, bien meuble confisqué par les autorités militaires chiliennes, à un montant de 1.660.684.409 pesos²¹⁸, équivalent à US\$3.584.239, alors que la valeur de remplacement de cette presse GOSS au 10 août 1998 était estimée par le fabricant lui-même à près de US\$8.000.000²¹⁹.
334. Par ailleurs, les Demanderesses considèrent que l'objet essentiel de la Décision n°43 n'était pas véritablement de réparer le préjudice résultant des saisies de CPP S.A. et d'EPC Ltée. En effet, comme cela a été rappelé²²⁰, la Décision n°43 a été prise par les autorités administratives chiliennes *in extremis* avant l'audience sur la compétence prévue les 5 et 6 mai 2000. A cette occasion, le représentant de la République du Chili a littéralement brandi la Décision n°43 devant le Tribunal arbitral, arguant que M. Pey Casado était un « imposteur », les véritables propriétaires de CPP S.A. et EPC Ltée. ayant été indemnisés deux jours avant dans le cadre de la loi n°19.568²²¹. Cette Décision n°43 constituait l'un des moyens imaginés par la République du Chili pour frustrer la procédure d'arbitrage **en niant la pleine et entière propriété des Demanderesses vis-à-vis de l'Etat existant après leur réclamation du 6**

²¹⁵ Article 2316 du Code civil chilien: "Celui qui a produit le dommage est obligé à l'indemnisation, ainsi que ses héritiers."

²¹⁶ Voir *supra* para. 156 l'article 1556 du Code Civil chilien

²¹⁷ *Supra* paras.164 et suivants

²¹⁸ [Pièce ND28](#), page 3, bien meubles dans l'immeuble de rue Zenteno (ex Galvez) n° 102, expertise réalisée dans le cadre de la Décision n°43

²¹⁹ [Pièce ND17](#), Lettre du Président de Global Press Sales, datée du 10 août 1998, concernant la valeur de remplacement de la rotative GOSS acquise par EPC Ltée. en 1972

²²⁰ *Supra* paras 21, 22

²²¹ [Pièce ND42](#), Transcription de l'audience du 5 mai 2000, page 95, ligne 19 (Pièce CN157)

septembre 1995 et échapper, ainsi, à la condamnation d'un tribunal arbitral international.

335. Qui plus est, cette Décision n°43 ne fait pas qu'indemniser les héritiers des préputus propriétaires des titres de CPP S.A. et EPC Ltée. En réalité, l'un des bénéficiaires de la Décision n°43, et donc des indemnisations corrélatives, est la société ASINSA, société anonyme « fermée » (où les titulaires de ses actions au porteur ne sont pas dévoilés), préalablement créée au Chili par Maître Testa, conseil externe de la République du Chili au début de la procédure arbitrale²²², qui aussitôt après avoir reçu en 2002 les millions de dollars de l'opération « Décision n°43 » est devenue une société limitée, sous un nom différent, et a cessé ses activités²²³.
336. Pour mémoire, la société ASINSA a été créée le 22 avril 1999 avec un capital de cent soixantequinze US\$ (US\$175)²²⁴. Cinq jours après, elle s'est fait céder, pour l'équivalent de US\$4.125²²⁵, la somme de US\$982.728 à déduire des préputus droits que l'étude de Me Testa a attribué aux héritiers de Monsieur Gonzales (US\$2.456.820). ASINSA a fait de même avec les « droits » que Me Testa a attribué à M. Venegas de US\$1.347.078²²⁶. A ce jour, l'identité des titres au porteur actionnaires d'ASINSA, véritables bénéficiaires de celle-ci, n'a toujours pas été dévoilée.
337. A la lumière de ces derniers développements, les Demandées peuvent légitimement douter de la pertinence de la valorisation des biens de CPP S.A. et EPC Ltée. établie par l'administration chilienne dans le cadre de la Décision n°43.
338. En conséquence, les Demandées sollicitent du présent Tribunal arbitral qu'il condamne la Défenderesse à indemniser les Demandées à hauteur de l'indemnisation qu'elles auraient dû recevoir, si le déni de justice, la discrimination et leur effet n'avaient pas eu lieu, en compensation des saisies de CPP S.A. et EPC Ltée. et non selon la valorisation établie dans le cadre de la Décision n°43.
339. A cet égard, on soulignera les développements de M. Paulsson dans son ouvrage *Denial of Justice in International Law*²²⁷ :

²²² [Pièce C-M32](#), le 29 août 2002 Maître Testa reconnaît a) être l'auteur du Rapport de décembre 1998, établi à la demande du Comité des Investissements Étrangers du Chili (représentant du Président de la République dans la procédure d'arbitrage), visant à faire reconnaître des tiers- MM. Carrasco, González, Venegas et Sainte-Marie- comme propriétaires de CPP S.A., et b) d'avoir constitué par personne interposée ASINSA quatre mois après afin de mettre à exécution ce plan –et encaisser une grande partie de l'indemnisation accordée dans la Décision 43 du 28 avril 2000 (Pièce C209);

²²³ [Pièce C-M33](#), Note informative du Service des Impôts Internes du Chili du 4 avril 2014. *Asesorías e Inversiones Lda* est devenue par la suite *PGIP Ltda*, dont 50 % des parts était sous le nom de M. Testa

²²⁴ [Pièce C-M34](#), Ecritures de constitution, le 22 avril 1999, et statuts d'ASINSA (Pièce CN81)

²²⁵ [Pièce C-M35](#), Acte de cession de « droits » de la succession de M. Gonzalez à ASINSA (Pièces CN82, C58-3)

²²⁶ [Pièce C-M36](#), Acte de cession de « droits » de M. Venegas à ASINSA, extrait (Pièce CN86)

²²⁷ [Pièce C-L12](#), J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge Univ. Press, 2005, page 211

A final general consideration of utmost importance is to recognize that a state may not escape international responsibility for denial of justice by relying on a judgment which recognizes the wrong but purports to erase it by the grant of paltry compensation. The issue is quite similar to that of expropriation; international responsibility is not excluded by insufficient compensation. The sufficiency of compensation is necessarily within the purview of international adjudicators; otherwise the recognition of an international wrong would be an empty gesture, and states could escape liability on the flimsiest pretext. (Soulignement ajouté)

340. Au soutien de ces considérations, M. Paulsson cite l'affaire *Howland*²²⁸ dans laquelle le juge international a écarté la décision des juridictions mexicaines prononçant la restitution des biens confisqués, pour ordonner la réparation intégrale par le versement d'une indemnité égale à la valeur originale des biens saisis augmentée des coûts, charges et autres manques à gagner ainsi que des intérêts.
341. Il résulte des développements précédents que la réparation due au titre de la violation du traitement juste et équitable - article 4 de l'API - par la République du Chili doit être équivalent au montant de l'indemnisation qu'auraient dû percevoir les Demandées, si le déni de justice, la discrimination et leur effet n'avaient pas eu lieu, pour les saisies de CPP S.A. et EPC Ltée. en application du droit chilien et international, comprenant non seulement le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* mais aussi les dommages résultant du préjudice moral subi par M. Pey au moment de ces saisies.
342. Cette indemnisation devra être augmentée des intérêts composés ainsi que de la réparation du préjudice moral résultant du comportement de la République du Chili pendant toute la procédure d'arbitrage à l'égard de M. Victor Pey Casado et de la Fondation espagnole²²⁹.

**

5.3. Le préjudice moral causé aux demandées

343. La réparation intégrale pour un acte illicite d'un Etat comprend non seulement le préjudice matériel mais également le préjudice moral qui aurait pu être causé par cet acte illicite.
344. En l'espèce, les Demandées considèrent que leur préjudice moral résulte des actes de la République du Chili contre M. Pey dans le contexte des saisies de CPP S.A. et EPC Ltée. (**5.3.1**) aussi bien que des actes de la République dans le contexte de la procédure arbitrale (**5.3.2**).

²²⁸ [Pièce C-L13](#), G.G.S. *Howland v. Mexico*, 1842, dans J. MOORE, History and digest of international Arbitration, Washington, 1898, III, page 3227

²²⁹ *Infra* para 343-368

5.3.1 Le préjudice moral dans le contexte des saisies

345. Comme l'a rappelé la Sentence²³⁰, dès le 14 septembre 1973, après avoir été protégé chez des amis pendant trois jours des soldats mutinés qui le cherchaient, M. Pey a été accueilli à l'Ambassade du Venezuela à Santiago où il restera jusqu'au 27 octobre 1973, date à laquelle il sera autorisé à quitter le Chili à l'aide d'un sauf-conduit, après s'être vu retirer celui-ci et tous ses papiers d'identité²³¹.
346. En effet, dès le 11 septembre 1973, les mutinés contre le Gouvernement constitutionnel ont inscrit M. Pey sur la liste, publiée dans toutes les radios, journaux et chaînes de TV, indiquant le nom des personnalités devant se rendre impérativement au Ministère de la Défense Nationale²³². En l'absence de présentation immédiate, la sanction était la privation immédiate de liberté, la torture ou la mort, à la discrétion de la soldatesque²³³. Il va sans dire que la majeure partie des personnalités s'étant présentées au Ministère de la Défense Nationale ont été *au mieux* internées dans des camps de travaux forcés et torturées - les membres du Gouvernement l'ont été dans l'Ile de Dawson, près du Détroit de Magellan - sinon assassinées ou portées disparues *sine die*. Entre 1973 et 1989, l'ensemble de ces actes a été condamné pour crimes contre l'humanité par la communauté internationale²³⁴.
347. Apparaître sur cette liste constitue en soi un fait d'une extrême violence et d'une exceptionnelle gravité causant un préjudice moral certain. Les articles 3 et 4 du Décret-Loi n°8 du 11 octobre 1973²³⁵ signifiaient l'interdiction pour M. Pey d'entrer sur le territoire chilien sans la permission du Ministre de l'Intérieur, sous menace de comparution devant une Cour Martiale habilitée pour les temps de guerre et d'être torturé et condamné à mort, au motif qu'il s'était réfugié à l'Ambassade du Venezuela. Le 11 septembre 1984, le nom de M. Pey continuait à figurer dans la liste (partielle) de personnes interdites d'accès au Chili publiée dans tous les *mass-media* du Chili et distribuée à toutes les compagnies aériennes²³⁶.
348. L'exil imposé par la suite à M. Pey, entre octobre 1973 et mai 1989, date à laquelle celui-ci a pu à nouveau entrer sur le territoire chilien²³⁷, est un fait tout aussi grave et d'une violence toute aussi extrême.

²³⁰ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras.71, 84, 262, 270 et notes en bas de page 207

²³¹ [Pièce ND06](#) Sentence, pp. 84, 262, 270

²³² [Pièce C-M37](#), Proclamation militaire No.19 du 11 septembre 1973 (Pièce C50)

²³³ [Pièce C-M02](#), Décret-Loi N° 81, du 11 octobre 1973 (J.O. du 6 novembre 1973, Pièce C249)

²³⁴ [Pièce C-L14](#), Relevé de Rapports du Secrétaire Général et du Conseil Économique et Social de l'ONU relatifs à la violation de l'État de Droit au Chili, approuvés par l'Assemblée Générale et le Comité des Droits de l'Homme (Pièce C2) ; Pièce C1, Rapport du Secrétaire Général des Nations Unies aux Membres de l'Assemblée Générale, du 8 octobre 1976 (/A/31/253), approuvé par la 102ème session plénière de l'Assemblée Générale le 16 décembre 1976 (31/124)

²³⁵ [Pièce C-M02](#), Décret-Loi N° 81, du 11 octobre 1973 (J.O. du 6 novembre 1973, Pièce C249)

²³⁶ [Pièce C-M38](#), Pièce C257

²³⁷ [Pièce ND06](#) Sentence du 8 mai 2008, para 95

349. Ces mesures contre M. Pey, aussi personnelles puissent-elles être, ne sont pas sans lien avec la propriété des plus riches entreprises de presse du Chili, CPP S.A. et EPC Ltée., éditrices du journal le plus vendu.
350. Au-delà même du grave préjudice ressenti sur le plan humain, ces mesures ont également causé un préjudice à l'épanouissement de l'entrepreneur M. Pey. En effet, alors qu'il venait de consacrer l'ensemble de ses ressources financières dans CPP S.A. et EPC Ltée. ainsi qu'un travail acharné pendant des années pour développer les activités du journal, M. Pey s'est vu privé de l'ensemble de ses efforts, en quelques minutes, sans compensation aucune, et soumis à une campagne continue de dénigrement depuis lors, y compris dans la procédure arbitrale.
351. L'interdiction absolue faite à M. Pey - depuis le 11 septembre 1973 - et à la Fondation espagnole depuis sa constitution en 1990, de porter à terme leur projet d'entrepreneurs sur la base de leur investissement a été maintenue d'une manière continue jusqu'à ce jour, en s'opposant à la possibilité de démontrer l'absence de titre de l'Etat défendeur après le 6 septembre 1995 sur l'investissement et, en conséquence, à la restitution des presses GOSS et des biens saisis de CPP S.A et d'EPC Ltée. et en niant leur droit à la moindre indemnisation compensatoire. Ce faisant la République du Chili a créé un sentiment de frustration, d'injustice et d'humiliation de manière continue, d'incertitude prolongée et de perturbation dans leur vie.
352. C'est sur la base de ces faits que les Demandées avaient présenté devant le Tribunal arbitral une demande de réparation pour préjudice moral. Cette demande a certes été rejetée par le Tribunal arbitral dans sa Sentence²³⁸ mais cette partie de la Sentence (Section VIII : Dommage) a été annulée par le Comité *ad hoc*, de sorte que le présent Tribunal arbitral est compétent pour se prononcer à nouveau sur la demande en réparation du préjudice moral.
353. En l'espèce, l'existence du préjudice moral lié aux faits de « *character assassination* », de mort civile et professionnelle, ne saurait être contestée, non plus que le droit à réparation en résultant, tant en application du droit chilien que du droit international²³⁹.
354. On rappellera à cet égard les propos de la République du Chili dans le cadre de la procédure d'arbitrage :

La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur le plan matériel, nous avons essayé de réparer sur le plan moral les préjugés [sic préjudices] soufferts par des personnes pendant cette période²⁴⁰. (Soulignement ajouté)

355. Dès lors, sauf à vouloir faire perdurer le traitement discriminatoire à l'égard de M. Pey, la République du Chili devra être condamnée à réparer le dommage

²³⁸ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para.704

²³⁹ *Supra* paras.163 et suivants

²⁴⁰ [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, note de bas de page n°617

moral infligé à celui-ci dans le contexte des saisies perpétrées à partir de 11 septembre 1973 et qui se sont poursuivies jusqu'à alors.

5.3.2 Le préjudice moral dans le contexte de la procédure arbitrale

356. Au-delà du préjudice moral résultant des violences physiques et psychologiques exercées contre M. Victor Pey Casado dans le cadre des saisies et depuis lors, les Demandéresses ont été victimes d'une campagne publique diffamatoire continue orchestrée par les autorités chiliennes dans le cadre de la procédure d'arbitrage dont le préjudice en résultant doit être réparé.
357. En effet, les autorités du Chili ne se sont pas contentées de nier les droits à réparation de M. Victor Pey et de la Fondation espagnole, dans le cadre normal d'une procédure contentieuse. En réalité, elles ont œuvré afin de les humilier en les faisant passer publiquement pour des imposteurs, portant préjudice à leur statut social et/ou professionnel, à leur honneur, leur crédit et leur réputation.
358. Le présent Tribunal se souviendra à cet égard des démarches entreprises en octobre 1999 par le représentant du Chili dans la procédure arbitrale auprès du gouvernement espagnol afin de priver les Demandéresses de la compétence du CIRDI²⁴¹.
359. Il prendra probablement connaissance des manœuvres du Ministère de l'Intérieur en date du 24 juin 1999 visant à modifier l'inscription au registre chilien de l'état civil afin de faire supprimer la mention qualifiant M. Pey Casado « d'étranger » dans le but de le priver de son droit à être entendu par un tribunal international²⁴².
360. La Décision n°43, probablement l'acte le plus symptomatique de ces manœuvres qui, en indemnisant des tiers pour les saisies de CPP S.A. et EPC Ltée., a présenté les Demandéresses dans les *mass-media* comme des menteurs et des imposteurs, portant directement atteinte à leur honneur²⁴³.
361. Le 13 août 2002, le Ministre de l'Intérieur du Chili rendait publique la composition de l'équipe interministérielle qui a coordonné la stratégie de déni de justice et « l'opération Décision n°43 » autour du Comité des Investissements Étrangers représentant S. E. le Président de la République dans la procédure arbitrale : les Ministères de la Présidence de la République, des Affaires Etrangères, des Biens Nationaux, le Conseil de Défense de l'État, la Banque Centrale²⁴⁴.

²⁴¹ *Supra* para. 312; [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, paras. 644 et 438, note 360, relative à la demande chilienne au Gouvernement espagnol tendant à modifier, sous couvert d'interprétation, le contenu de l'API invoqué dans la requête d'arbitrage déposée auprès du CIRDI en octobre 1997

²⁴² [Pièce ND06](#), Sentence du 8 mai 2008, para. 317 et note de bas de page n°270

²⁴³ [Pièce C-M43](#), Déclaration du représentant de la Défenderesse dans la procédure arbitral au journal *El País* (Espagne) le 23 juin 1999

²⁴⁴ [Pièce C-M45](#), Lettre du Ministre de l'Intérieur du Chili, publiée le 13 août 2002 dans le Journal *La Segunda* (Groupe *El Mercurio*), de Santiago (Pièce C178)

362. On rappellera les campagnes de presse, au Chili et hors du Chili, qui ont été menées à l'encontre des Demandéresses pendant toute la durée de la procédure²⁴⁵, la plus longue de la vie du CIRDI.
363. On rappellera également que le 21 août 2002, le Ministre des Biens Nationaux a fait des déclarations injurieuses à l'encontre des Demandéresses et de leur conseil²⁴⁶ et a annoncé publiquement que l'État ne les indemniserait « en aucune circonstance »²⁴⁷.
364. Toujours en 2002, des personnalités proches du Gouvernement en place intensifient la vaste campagne médiatique visant à discréditer M. Victor Pey et l'accusant en particulier d'avoir altéré sa fiche signalétique au Registre chilien de l'Etat Civil et de s'en être procuré une copie par des moyens illicites afin de prétendre avoir renoncé aux bénéfices de la Convention de double nationalité de 1958 entre l'Espagne et le Chili²⁴⁸.
365. On mentionnera les manœuvres des autorités entre juillet 2008 et décembre 2009 afin de priver les Demandéresses (et par voie de conséquence le Tribunal initial) du jugement rendu par la 1^{re} Chambre Civile de Santiago constatant la « nullité de droit public » du Décret n°165.
366. Après la Sentence arbitrale, alors que celle-ci est obligatoire à l'égard des parties en vertu de l'article 54 de la Convention CIRDI, les 6 octobre 2008²⁴⁹ et 31 janvier 2013²⁵⁰ les autorités chiliennes se sont abstenues d'exécuter volontairement la Sentence,
- le Ministère de l'Intérieur a imposé à M. Pey, de fait, la nationalité chilienne en refusant²⁵¹ de lui délivrer le permis de séjour sollicité le 26 mai 2008, en qualité de ressortissant espagnol, dans le but de reprendre la publication du journal *El Clarín*²⁵² ;

²⁴⁵ [Pièces C-M43](#) et [C-M44](#), Déclaration du représentant du Chili dans la procédure arbitrale aux journaux *El País* (Espagne), le 23 juin 1999, et *La Tercera* (Chili), le 20 avril 2008, annonçant le sens de la Sentence arbitrale dix-huit jours avant sa notification aux parties

²⁴⁶ [Pièce C-M39](#), Déclarations du Ministre des Biens Nationaux avec des injures contre le conseil des Demandéresses, Journal *La Segunda* (Groupe *El Mercurio*), le 22 août 2002 (Pièce C205)

²⁴⁷ [Pièce C-M40](#), Déclarations du Ministre des Biens Nationaux le 21 août 2002 (Pièce C207)

²⁴⁸ [Pièce C-M40](#), Déclaration d'un Sénateur de la coalition gouvernant le Chili, Journal *La Segunda* (Groupe *El Mercurio*), le 21 août 2002 (Pièce C207)

²⁴⁹ [Pièce C-M41bis](#), le 6 octobre 2008 le Ministère de l'Intérieur refuse à M. Pey le permis de séjour sur la base de lui imposer la nationalité chilienne

²⁵⁰ [Pièce C-M42](#), le 31-01-2013 M. Pey sollicite sans succès à S. E. le Président du Chili d'exécuter la Sentence, ne pas lui imposer la nationalité du Chili et lui délivrer un permis de séjour en sa qualité de ressortissant espagnol

²⁵¹ [Pièce C-M41bis](#), le 6 octobre 2008 le Ministère de l'Intérieur dénie à M. Pey la qualité de ressortissant exclusivement espagnol

²⁵² [Pièce C-M41](#), le 26 mai 2008 M. Pey demande un permis de séjour au Chili (Pièce C300 jointe à la lettre du 1^{er} août 2008 adressée au Centre par les Demandéresses)

- immédiatement après la décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, le représentant de la République du Chili indiquait que celle-ci n'avait pas à payer de compensation²⁵³;
 - les paiements ordonnés dans le Dispositif de la Sentence (point 5 à 6) ont dû faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée auprès de la Cour de première instance n°101 de Madrid²⁵⁴.
367. L'ensemble de ces actes constitue probablement la substance même du constat de la violation du traitement juste et équitable. Mais au-delà du préjudice matériel que cette violation a causé, il existe un préjudice moral incontestable.
368. Ce préjudice moral devra être réparé au même titre que le préjudice matériel
- 5.4 Le standard d'indemnisation dans le cadre du déni de justice et de la violation du traitement juste et équitable**

5.4.1 L'indemnisation de la *Fair Market Value* des sociétés saisies

369. La Défenderesse ayant été condamnée pour avoir enfreint l'article 4 de l'API, elle est tenue de réparer intégralement les conséquences de sa faute en mettant les Demandereuses dans la situation qui aurait été la leur si les actes illicites n'avaient pas été commis.
370. Comme cela a été démontré dans les sections précédentes, le préjudice des Demandereuses, que ce soit sur le fondement du déni de justice ou sur le fondement de la violation du traitement juste et équitable, a eu comme résultat l'impossibilité pour les Demandereuses de voir reconnaître leur droit à indemnisation pour les saisies de CPP S.A. et EPC Ltée. devant un Tribunal arbitral oeuvrant en pleine connaissance de cette preuve
371. Dès lors, la réparation intégrale de ce préjudice ne peut consister qu'en la reconnaissance, par le présent Tribunal statuant, quant à lui, dans la pleine détermination de la réalité concernant la preuve de l'absence de titre de l'Etat défendeur, le 6 septembre 1995, sur l'investissement des Demandereuses (la « nullité de droit public » du Décret n°165 que constate le jugement interne du 24-07-2008), de leur droit à indemnisation tant en application du droit interne chilien que du droit international visant à réparer les saisies susmentionnées.
372. Les Demandereuses considèrent qu'elles sont en droit d'obtenir une indemnisation dont la valorisation est fondée sur la *Fair Market Value* des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. (ci-après « FMV »).

²⁵³ [Pièce ND39](#), Déclaration du 19 décembre 2012 de la part du représentant de la République du Chili dans la procédure initiale -le Vice-président du Comité des Investissements Etrangers

²⁵⁴ [Pièces ND37f](#) et [ND38f](#), Ordonnance et Ordre du 6 mars 2013 accordant l'exécution forcée de la Sentence arbitrale et la mise sous embargo de tous les biens de la République du Chili, respectivement, de la Cour de 1^{ère} Instance de Madrid n° 101 de Madrid, Espagne

373. En effet, selon Ripinsky les tribunaux arbitraux doivent retenir la *Fair Market Value* (« FMV ») pour calculer la compensation due en cas d'expropriation illégale :

*The starting point for the assessment of compensation for an unlawful expropriation is usually the same as for a lawful one: fair market value of the investment taken. The ILC commentary to Article 36 states that '[c]ompensation reflected in the capital value of property taken or destroyed as the result of an internationally wrongful act is generally assessed on the basis of the 'fair market value' of the property lost'*²⁵⁵.

374. Cette solution est largement partagée par la communauté internationale puisque lors de la Conférence des Nations-Unies sur « *Trade and Development* » qui s'est tenue en 2012, il a été souligné que :

*[...] the typical approach is to award an investment's fair market value, regardless of the type of expropriation*²⁵⁶.

375. Les précédents des tribunaux arbitraux statuant sur des expropriations illégales et appliquant la doctrine Chorzów développent une tendance similaire. C'est le cas, entre bien d'autres, des Sentences rendues dans les affaires *ADC Affiliate Limited & ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*²⁵⁷, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*²⁵⁸, *Metalclad Corporation v. Mexico*²⁵⁹, *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*²⁶⁰, *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*²⁶¹.

376. L'utilisation de la FMV a également été affirmée dans des affaires où l'expropriation n'avait pas été retenue par le tribunal. Ainsi, dans les affaires *CMS et Azurix*²⁶², les arbitres ont considéré que :

*the cumulative nature of the breaches discussed is best dealt with by resorting to the standard of fair market value. While this standard figures prominently in respect of the expropriation, it is not excluded that it might also be appropriate for breaches different from expropriation if their effect results in important long-term losses*²⁶³. (Soulignement ajouté)

377. Cette position des tribunaux arbitraux est parfaitement justifiée au regard de l'objectif poursuivi qui est la réparation intégrale du préjudice subi. S'agissant

²⁵⁵ [Pièce C-L15](#), RIPINSKY (R.)-WILLIAMS (K.), Damages in International Investment Law, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pages 85-86

²⁵⁶ *Expropriation*, UNCTAD Series on International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva 2012, page 116, http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf

²⁵⁷ *ADC Affiliate Limited & ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, cité, paras. 483-499 et 502-522

²⁵⁸ *S. D. Myers v. Canada*, UNCITRAL, Sentence partielle, 13 novembre 2000, citée, para 311

²⁵⁹ *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Sentence du 30 août 2000, citée, para. 122

²⁶⁰ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case 126/2003, Sentence, 29 mars 2005, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0628.pdf> , pages 77-78

²⁶¹ *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Sentence, 16 mai 2012, citée, p.307

²⁶² *Azurix v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/12, Sentence, 14 juillet 2006, citée para. 420

²⁶³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/1/8, Sentence, 12 mai 2005, para. 410

d'une saisie *de facto*, comme d'une confiscation illégale, il appartient au Tribunal de déterminer le *quantum* du dommage en remettant la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de l'un des faits constitutifs du déni de justice, à savoir la rétention du jugement de la 1ère Chambre Civile de Santiago **prouvant** l'absence de titre de l'Etat défendeur sur l'ensemble de l' investissement des Demandées.

378. En outre, évaluer le montant de la compensation sur le fondement de la FMV présente de nombreux avantages :

First it is relatively easy to determine, because it leaves aside the various subjective estimations and asks how « the market » would value the asset. Second the assessment of evidence is rendered easier. The perceptions of the participants in the marketplace can provide a basis for the evaluation of the numbers put forward by claimants. These two advantages lead to the third advantage, namely to a better predictability of the valuation results, at least in principle. If the standard of valuation is the fair market value, the outcome of a legal proceeding should not come as a surprise.²⁶⁴ (Soulignement ajouté)

379. Ainsi, dès lors que la restitution des biens confisqués et le dédommagement du gain manqué du fait de ces confiscations pendant la période de privation de la propriété est impossible à mettre en œuvre, la FMV est le standard d'évaluation généralement appliqué pour évaluer la valeur de l'entreprise au moment de l'expropriation.
380. S'agissant d'une entreprise en *going concern*²⁶⁵, c'est-à-dire en activité au moment de la saisie et produisant des revenus, la FMV est certainement le standard d'indemnisation satisfaisant le mieux l'objectif poursuivi²⁶⁶.
381. En l'espèce, à l'époque des saisies *de facto*, les entreprises EPC Ltée. et CPP S.A. étaient conduites selon des critères de gestion productifs, les bénéfices engendrés étaient destinés à des investissements qui augmentaient et diversifiaient leur capacité de production et leur rentabilité, en même temps qu'ils investissaient une partie de leurs bénéfices dans d'autres secteurs économiques. L'important patrimoine immobilier accumulé par EPC Ltée. et CPP S.A. entre 1955 et 1973 démontre une rentabilité des investissements tels qu'ils pouvaient raisonnablement espérer des bénéfices futurs.
382. En vertu du principe de réparation intégrale, la Défenderesse devra donc être condamnée à indemniser les Demandées pour les bénéfices futurs que ces dernières pouvaient légitimement attendre.

²⁶⁴ [Pièce C-L16](#), MARBOE (I.), *Compensation and Damages in International Law The limits of « Fair Market Value »*, [TDM](#), Vol. 4, issue 6, November 2007, p. 736

²⁶⁵ [The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment](#) définit une entreprise en « *going concerns*» comme "An enterprise consisting of income-producing assets which has been in operation for a sufficient period of time to generate the data required for the calculation of future income and which could have been expected with reasonable certainty, if the taking had not occurred, to continue producing legitimate income over the course of its economic life in the general circumstances following the taking by the State", *Expropriation and Unilateral alteration or termination of contracts*, The World Bank Guidelines, Dordrecht, Boston, London 1993, <http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf>

²⁶⁶ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration Proceedings, Sentence Finale, 14 mars 2003, para.161, http://italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf

383. La FMV se définit ainsi :

*the price, expressed in terms of cash equivalents, at which property would change hands between a hypothetical willing and able buyer and a hypothetical willing and able seller, acting at arm's length in an open and unrestricted market, when neither is under an obligation to buy or sell and when both have reasonable knowledge of the relevant facts*²⁶⁷.

384. Elle s'établit selon le principe du « *highest and best use* » du bien confisqué²⁶⁸. En d'autres termes, la FMV ne mesure pas la valeur du bien en fonction de la manière dont il a été utilisé mais sa valeur en fonction d'une utilisation la plus rentable possible.
385. La juste valeur de marché des actifs correspond dès lors à la valeur estimée de l'exploitation des biens, somme à laquelle il faut soustraire la dette nette supportée pour obtenir la valeur de marché estimée des capitaux propres de la société.
386. Ce prix du marché est établi le jour avant la saisie ou l'expropriation de l'entreprise en question²⁶⁹.
387. Dans certaines circonstances, on peut retenir la date de la sentence à intervenir et indemniser alors le gain manqué entre la date de la saisie ou de l'expropriation et la date de la sentence²⁷⁰.
388. Cette dernière hypothèse est le plus souvent retenue dans le cas d'expropriation illégale dès lors que la valeur de l'entreprise a évolué à la hausse entre la date de l'expropriation et la date de la sentence²⁷¹ :

In the case the value of the increases in that period, the windfall would belong to the claimant by valuating the compensation at the date of the award using hindsight information, whereas if the asset would have lost value in the absence of the damaging measures, the damaging party would absorb the loss in value by valuating compensation at the date of the taking.

389. En l'espèce, les biens de CPP S.A. et EPC Ltée. ont été et demeurent saisis et les entreprises ont cessé toute activité.
390. Partant, il convient de retenir comme date d'évaluation de la FMV le 10 septembre 1973, veille de la saisie *de facto* des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. et de la dernière parution du journal *El Clarín* de manière normale et usuelle.

²⁶⁷ *CMS Gas Transmission Company v Argentina*, Sentence, 12 mai 2005, citée, para. 402, reproduit la “International Glossary of Business Valuation Terms” de l’American Society of Appraisers, ASA; également dans *Phillips Petroleum v. Iran*, Sentence, 29 June 1989, note de bas de page 23, para. 111, <http://translex.uni-koeln.de/232300/>

²⁶⁸ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Sentence finale, 17 février 2000, IIC 73, paras. 40, 45, 46, 94

²⁶⁹ Pièce C-L37, AUDIT (B.), *Le Tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)*, JDI, 1985, page 859

²⁷⁰ Pièce ND-J7, Affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, CIJ, Série A n°17, 13 septembre 1928, page 52

²⁷¹ Pièce C-L17, ABDALA (Manuel A.), *Key Damage Compensation Issues in Oil and Gas International Arbitration Cases*, American U Int'l LR, 2009, 24, pages 539, 557-8

391. Une fois le prix de marché défini, celui-ci doit être augmenté de façon à dédommager l'investisseur au moins des conséquences de l'inflation jusqu'au moment du versement de l'indemnité²⁷².
392. Ce montant devra également être augmenté des intérêts composés.
393. Il résulte des développements précédents que le montant de la réparation due aux Demandeteresses devra être évalué en recherchant la FMV de CPP S.A. et EPC Ltée. à la date précédent les saisies, valeur actualisée pour tenir compte de l'inflation augmentée des intérêts composés.

5.4.2 Le concours en droit du Chili de la prétention d'indemnisation du dommage et de l'obligation de restitution de l'enrichissement injuste

394. En droit chilien, les règles relatives à la responsabilité contractuelle ne s'appliquent pas à l'égard du dommage extracontractuel, et la Cour peut établir le montant du dommage selon sa discrétion, y compris des intérêts aggravés.
395. L'Article 1437²⁷³ du Code civil dispose :

Les obligations légales naissent (...) soit comme conséquence d'un fait qui a causé un préjudice ou un dommage à une autre personne, comme [c'est le cas] dans les délits et quasi délits (...);

et l'Article 2284²⁷⁴ :

*Les obligations légales contractées sans convention, naissent ou bien de la loi, ou du fait de la volonté de l'une des parties.
Celles qui naissent de la loi s'y trouvent exprimées.
Si le fait dont elles naissent est licite, cela constitue un quasi contrat
Si le fait est illicite, et il est commis avec l'intention de nuire, cela constitue un délit.
Si le fait est coupable, mais commis sans intention de nuire, cela constitue un quasi délit.*

396. Aux questions de savoir si en matière extracontractuelle la mauvaise foi peut être «*un motif indépendant d'obligations restitutoires et s'il peut être considéré comme circonstance aggravante*» d'une prétention indemnitaire, la réponse en droit chilien est affirmative, le Professeur Enrique Barros, titulaire de la Chaire de Droit Civil de l'Université de Santiago, indiquant :

De longue date il est reconnu, en matière possessoire, des obligations restitutoires différentes s'agissant d'un possesseur de bonne ou de mauvaise foi

²⁷² [Pièce C-L18](#), Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, *L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux*, *Annuaire Français du droit International*, XXXIII, 1987, Edition du CNRS, page 18

²⁷³ Code Civil, art. 1437: “*Las obligaciones nacen (...) a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos (...)*”.

²⁷⁴ Code Civil, art. 2284: “*Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. (...) Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido con la intención de dañar, constituye un cuasidelito (...).*”

(Code [civil] chilien, articles 904 ss). (...) En général on peut parler d'une obligation restitutoire légère, qui se fonde sur la présomption de bonne foi et qui se monte idéalement à une rétribution pour la seule valeur de la jouissance effective de la chose, et d'une responsabilité aggravée qui a pour antécédent la mauvaise foi et qui se matérialise par le devoir de débourser tous les bénéfices que le débiteur a obtenu (ou aurait dû obtenir) de la chose²⁷⁵.

397. En effet, le Code civil chilien reconnaît en matière possessoire des obligations restitutives différentes à l'égard du possesseur de bonne foi et de mauvaise foi :

Article 907²⁷⁶: *Le possesseur de mauvaise foi est obligé de restituer les fruits naturels et civils de la chose, non seulement ceux qui ont été perçus mais ceux que le propriétaire aurait pu percevoir, au moyen d'une intelligence et d'une activité moyenne, en ayant la chose en sa possession.*

Article 910²⁷⁷ : *Le possesseur de mauvaise foi n'aura pas droit à ce que soient portés à son crédit les améliorations utiles mentionnées à l'article précédent.*

398. L'acte illicite et la mauvaise foi peuvent constituer des données indépendantes donnant lieu à des obligations restitutives et peuvent être conçus comme aggravants en vertu du principe général selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre conduite illicite, qui a des effets en matière d'enrichissement injuste.

399. Le droit chilien des obligations dispose que

s'il y a dol [le débiteur] est responsable de tous les préjudices qui ont été conséquence immédiate ou directe de ce qu'il n'a pas rempli l'obligation ou de ce qu'il en a retardé l'accomplissement²⁷⁸.

400. En droit chilien (et espagnol²⁷⁹), à la différence du droit français et italien²⁸⁰, la présence de dol ou négligence rend possible l'exercice **cumulatif** (non alternatif ou subsidiaire), de la prétention d'une indemnisation pour

²⁷⁵ BARROS B. (E.): “*Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual*”, en Derecho de daños, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, page 74, [Pièce C-L43](#)

²⁷⁶ Article 907 du Code Civil: « *El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder*”

²⁷⁷ Article 910 du Code Civil : “*Le possesseur de mauvaise foi n'aura pas droit à ce que soient portés à son crédit les améliorations utiles mentionnées à l'article précédent* » (*El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla el artículo precedente*).

²⁷⁸ Art. 1558 du Code Civil: “*Si l'on ne peut imputer de dol au débiteur, il est seulement responsable des préjudices prévus, ou qui pouvaient être prévus, au moment du contrat; mais s'il y a dol il est responsable de tous les préjudices qui ont été conséquence immédiate ou directe de ce qu'il n'a pas rempli l'obligation ou de ce qu'il en a retardé l'accomplissement*” (soulignement ajouté)

²⁷⁹ DIEZ PICAZO (Luís), Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pág. 123; Sentences de la Cour Suprême de l'Espagne de 12-04-1955 (RJ 1955\1126), 10-03-1958 (RJ 1958\1068), 22-12-1962 (RJ 1962\4966), 5-05-1964 (RJ 1964\2208); 19-02-1999 (RJ 1999\1055); 5-5-1997 (RJ 1997\3672); 14-12-1994 (RJ 1994\10111), 19 et 20 mai 1993 (RJ 1993\3803 et RJ 1993\3809)

²⁸⁰ Article 2042 du Code civil italien : **Carattere sussidiario dell'azione.** *L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito*

responsabilité extracontractuelle et de la prétention de restitution de l'enrichissement injuste:

« *l'enrichissement injuste peut exister en concours [concursum] avec l'hypothèse de responsabilité en dommages qui découlent d'un (...) acte illicite extracontractuel. (...) Toutefois il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il devrait exister un cumul alternatif de prétentions*²⁸¹ (souligné dans l'original)

401. En effet, en droit chilien, dès lors que les actes illicites et la mauvaise foi ne peuvent pas être une source d'enrichissement, il y a **concours -et non subsidiarité-** de la prétention de restitution de l'enrichissement injuste avec celle d'une prétention indemnitaire des dommages:

le dol ne saurait être la source d'un enrichissement injustifié (Code [civil] chilien articles 2316(II)²⁸² et 1458(II)²⁸³. Si [l'acte] illicite extracontractuel exige une certaine forme d'intentionnalité, il est normal en conséquence que coexiste [concursum] la prétention indemnitaire avec [la prétention] de restitution des bénéfices.

*En résumé : de manière analogue à ce qui a lieu en matière contractuelle, la coexistence d'actions indemnitaires, pour [l'acte] illicite civil, et restitutoires, pour enrichissement injustifié dû à une ingérence dans le droit d'autrui, dépend de ce que le même fait satisfirait [ou non] les conditions exigées en rapport avec l'une ou l'autre des actions. Une situation spéciale est donnée par le dol, parce que cela donne lieu à restitution du bénéfice qui en découle quand bien même techniquement il n'existerait pas d'ingérence dans le droit attaché exclusivement à autrui*²⁸⁴ (soulignement ajouté)

402. La **concurrence de dol** constitue, en l'espèce, une circonstance aggravante de la responsabilité de l'État hôte donnant droit à la restitution des *fruits naturels et civils de la chose* saisie illicitement.
403. Les faits illicites dans le présent arbitrage sont attestés de manière indiscutable, à savoir les agissements et les actes commis, à partir du 6 septembre 1995, constitutifs du manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, pour lesquels la Sentence arbitrale a condamné l'Etat du Chili.

²⁸¹ *Supra* para 396 et ss et BARROS B. (E.), cité, [Pièce C-L43](#), page 31

²⁸² Article 2316 du Code Civil: "Celui qui a produit le dommage est obligé à l'indemnisation, ainsi que ses héritiers. Celui qui tire avantage du dommage [causé] à un autre, sans en être complice, est obligé seulement à concurrence de ce que vaut l'avantage". Le complice, *a contrario sensu*, répond de la totalité des préjudices ("Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho")

²⁸³ Article 1458 du Code Civil : "Le consentement n'est pas vicié par le dol que s'il est le fait d'une des parties, et lorsqu'en outre il apparaît qu'en défaut [les parties] n'auraient pas contracté. Dans les autres cas le dol donne seulement lieu à l'action en dommage à l'encontre des personnes qui l'ont forgé ou qui en ont profité ; à l'encontre des premières à hauteur de la valeur totale des dommages, et contre les secondes à concurrence du profit qu'elles ont tiré du dol » - "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo"

²⁸⁴ [Pièce C-L43](#), BARROS B. (E.), citée, pages 76-77

404. La mauvaise foi intentionnée de ces faits illicites en est également attestée²⁸⁵.
405. En conséquence, compte tenu de la mauvaise foi intentionnelle des actes commis par la Défenderesse à l'encontre des investisseurs, et dans la mesure seulement où cela serait de nature à augmenter le *quantum* du dommage subi par les Demandéresses pour violation de l'API et du dommage moral²⁸⁶, celles-ci considèrent qu'il est conforme avec le droit du Chili que l'Etat défendeur doive verser aux Demandéresses la valeur des *fruits naturels et civils* des biens saisis, sous forme de restitution directe et cumulative au montant correspondant des dommages établis dans les sections précédentes.
406. Les dommages aggravés ne sont pas exclus dans le droit interne chilien ni dans l'API Espagne-Chili. Ils sont également reconnus dans le droit et la pratique international²⁸⁷, dans la pratique diplomatique²⁸⁸ et dans les procédures arbitrales²⁸⁹. Comme affirme Noussia:

Arbitral tribunal may in certain respects have wider powers than those of a judge, because the tribunal's powers flow from, inter alia, the arbitration agreement²⁹⁰.

407. Les Demandéresses invoquent, en conséquence, le droit que leur confèrent les articles 907, 910, 1437, 1458, 2284, 2316, 2329 et concordants du Code Civil chilien et sollicitent du Tribunal arbitral, **au titre de la mauvaise foi et des infractions** dont s'est rendu coupable l'Etat chilien, qu'il accorde cumuler, au montant correspondant à l'indemnisation du dommage déterminé dans les

²⁸⁵ Para. 51 *supra*

²⁸⁶ Dans la sentence du 20 mai 1992 dans l'affaire *SPP c/ Égypte*, le Tribunal arbitral avait repoussé l'argument avancé par l'État égyptien consistant à voir limitée sa responsabilité à son enrichissement, en l'espèce, minime. Le Tribunal avait alors estimé que « *bien que l'enrichissement sans cause ait été fréquemment utilisé par des tribunaux internationaux pour fonder l'octroi d'une indemnisation, il est généralement admis que la mesure de l'indemnisation doit refléter la perte subie par le demandeur plutôt que le gain réalisé par le défendeur* » in Gaillard (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 378

²⁸⁷ Pièce M- L42, LAUTERPACHT (H.): « (...) la violation du droit international peut être telle qu'elle nécessite, dans l'intérêt de la justice, une expression de désapprobation dépassant la réparation matérielle. Limiter la responsabilité à l'intérieur de l'État à la *restitutio in integrum* serait abolir (...) une partie importante de la loi en matière de « tort ». Abolir ces aspects de la responsabilité entre les États serait adopter, du fait de leur souveraineté, un principe qui répugne à la justice et qui porte en lui-même un encouragement à l'illégalité », Règles générales du droit de la paix, in Recueil des cours, 1937-IV, vol. 62, p. 350 (soulignement ajouté)

288. Voir les références dans le second rapport sur la responsabilité de l'État (M. Gaetano ARANGIO-RUIZ, rapporteur spécial), A/CN.4/425 & Corr.1 et Add.1 & Corr.1, pp. 35-40, accessible dans http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_425.pdf, avec une référence spéciale à l'affaire du *Rainbow Warrior* et à la décision du 6 juillet 1986 du Secrétaire général (Recueil des sentences arbitrales, vol. XIX, pp. 197 et suiv.).

289. Voir *Laura M. B. Janes et al. (USA) v. United Mexican States*, 16 novembre 1925, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, 82-98, accessible dans http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/82-98.pdf; affaire *Naulilaa (Portugal c. Allemagne)*, 31 juillet 1928 et 30 juin 1930, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1011-1033, accessible dans http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/1011-1033.pdf; affaire S.S. “*I'm alone*” (*Canada c. États-Unis*), 30 juin 1933 et 5 janvier 1935, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, 1609-1618, accessible dans http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1609-1618.pdf; Affaire *franco-hellénique des phares*, 24-27 juillet 1956, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, 161-269, accessible dans http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/155-269_Concession.pdf

²⁹⁰ Noussia, *Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?*, in M. MOSER & D. HASCHER (eds.), 27 J. Int'l Arb. 277, 283 (2010)”

sections précédentes, **la restitution** de tous les *fruits naturels et civils de la chose possédée* de mauvaise foi, avec les intérêts correspondants.

408. Les Demandeuresses confient à la discréction du Tribunal arbitral la décision de l'application effective, ou non, desdites normes du droit du Chili dans le cas d'espèce. Afin d'assurer la plus grande latitude à la discréction du Tribunal arbitral, elles formulent la demande du para. 2 du Dispositif du présent Mémoire

5.5 A titre subsidiaire, l'indemnisation des Demandeuresses fondée sur l'enrichissement sans cause de la République du Chili

409. A titre liminaire, on relèvera que le deuxième Tribunal de l'affaire *AMCO* a conclu que l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas à l'enrichissement sans cause²⁹¹ :

The Tribunal here refers also to Indonesia's contention at paragraph 34 of its Observations on the Jurisdiction of the New Tribunal. Indonesia there contends that no unjust enrichment claim may be advanced by AMCO because this would create 'a seemingly new argument to evade the legal force of res judicata'. But unjust enrichment was never the subject matter of a finding by the first Tribunal, as although the issue had been advanced before that body, it reached its pertinent findings on other grounds. Even if the present Tribunal had found that the statement of the ad hoc Committee on the lawfulness of the licence revocation was res judicata, the claim of unjust enrichment could still be advanced in the present proceedings.

410. Ce raisonnement est applicable au cas d'espèce, le Tribunal arbitral initial n'ayant pas statué sur l'enrichissement sans cause de la République du Chili.
411. Dans un premier temps, les Demandeuresses démontreront que l'enrichissement sans cause est un fondement de réparation reconnu tant en droit chilien qu'en droit international (**5.5.1**). Elles exposeront dans un second temps le standard de valorisation de l'indemnisation due au titre de l'enrichissement sans cause (**5.5.2**).

5.5.1 L'enrichissement sans cause, fondement du droit à réparation

412. L'enrichissement sans cause est reconnu aussi bien par le droit chilien que par le droit international.
413. Il s'agit d'un droit à réparation fondé sur le principe universellement reconnu que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui.
414. S'agissant du droit chilien, l'article 2300 du Code civil dispose que :

²⁹¹ [Pièce C-L03](#), *Amco Asia Corporation (Claimant), Pan American Development Limited (Claimant), PT Amco Indonesia (Claimant) v Republic of Indonesia (Defendant)*, ICSID Case No. ARB/81/1, Décision sur la compétence, 10 mai 1988, para. 98, 1988 WL 1103904 (APPAWD)

Celui qui a reçu de l'argent ou une chose fongible qui ne lui était pas due, est obligé à restituer l'équivalent de mêmes nature et qualité.

S'il l'a reçue de mauvaise foi, il doit également les intérêts courants.

Et l'art. 1467 du même Code :

Il ne peut y avoir d'obligation sans cause réelle et licite (...) On entend par cause le motif qui induit à l'acte ou au contrat; et par cause illicite toute cause interdite par la loi, ou contraire aux bons usages ou à l'ordre public.

415. On rappellera ici que les Demandereuses ont invoqué l'enrichissement sans cause dès leurs premières écritures dans leur Mémoire du 17 mars 1999²⁹².
416. Par ailleurs, dans le cadre d'une expropriation sans compensation d'un bien immeuble, la Cour d'Appel de Pedro Aguirre Cerda a fondé une demande en restitution sur l'enrichissement sans cause et les principes généraux du droit²⁹³:

51. Qu'en conséquence des raisonnements tenus dans les motifs précédents il résulte –en accord avec le principe de l'équité naturelle- qu'il n'est pas possible de maintenir une expropriation dans laquelle il n'a été payée aucune partie de l'indemnisation et il n'a été rempli aucune fonction sociale ou objectif établi par la loi, ce qui, en plus de constituer un grave préjudice pour la personne affectée, se double d'un enrichissement sans cause pour une institution de l'Etat contraire à l'équité la plus élémentaire.

*52. Que se fondant sur les motifs développés dans les motifs 24 à 51 du présent arrêt, la cour estime conforme à l'équité et plus en accord avec les principes généraux du Droit, de donner satisfaction à l'action en rétrocession invoquée subsidiairement aux autres mesures sollicitées dans la demande.*²⁹⁴

417. En l'espèce, il n'est pas discutable que les biens détenus par la République du Chili depuis les confiscations des biens de CPP S.A. et EPC Ltée. ne lui étaient pas dus. Il est tout aussi indiscutable que cette possession résulte d'une confiscation illégale et forcée.

²⁹² Pièce C-M01, Mémoire initial des Demandereuses du 17-03-1999, paras. 4.5.10 à 4.5.10.1.2, 4.6.7.1.1.4, <http://www.elClarín.cl/images/pdf/memoire17031999.pdf>

²⁹³ Pièce C-M46, Sentence de la Cour d'Appel Pedro Aguirre Cerda du 12-03-1984, RDJ, 1984. T. 81, 2^a parte, sección 5^a, p. 88; dans le même sens, Sentence de la Cour d'Appel de Santiago du 15 mars 2001, Rol n° 5736-99, “Banco de Santiago con alcalde de la I. Municipalidad de Lo Barnechea”, Gaceta Jurídica, n° 249.

²⁹⁴ 51. *Que, consecuentemente con lo razonado en los motivos precedentes, resulta –conforme a los principios de la equidad natural- que no es posible mantener una expropiación en la que no se ha pagado parte alguna de la indemnización ni se ha cumplido función social alguna o finalidad establecida por la ley, lo que además de constituir un grave perjuicio para el afectado, redundo en un enriquecimiento sin causa para una institución estatal, y pugna contra la equidad más elemental.* 52. *Que fundándose en todas las consideraciones hechas en los motivos 24 a 51 de este fallo, el tribunal estima de equidad, y más conforme con los principios generales del Derecho, acoger la acción de retrocesión invocada como subsidiaria de otras peticiones de la demanda.*

418. L'enrichissement sans cause est également reconnu comme un principe général de droit international coutumier au sens de l'Article 38(I)(c) de la Convention de Vienne²⁹⁵:

*adjudicators may find that, in certain cases, the appropriate approach to an award of damages is that of unjust enrichment. Damages calculated under an unjust enrichment theory need not be based on the value of the asset taken, and ...methods which are appropriate for valuing assets are not necessarily appropriate for calculating damages in cases of unjust enrichment.*²⁹⁶

419. L'idée est qu'il existe à la charge des Etats une obligation de prévenir tout appauvrissement de l'investisseur étranger, qui peut être dû, ou non, à un acte licite ou illicite²⁹⁷:

*The Tribunal further observes that damages and unjust enrichment are conceptually distinct in terms of the principles of liability and the measure of restitution. In the case of damages, liability rests on an unlawful act, which is not necessarily the case in unjust enrichment.*²⁹⁸

420. Ainsi, dans l'affaire *Sea-Land*²⁹⁹, le tribunal arbitral a indiqué à propos de l'enrichissement sans cause :

was widely accepted as having been assimilated into the catalogue of general principles of law available to be applied by international tribunal.

421. De même, George Schwarzenberger considère³⁰⁰:

on the fringes of international law, the principle [of unjust enrichment] tends to already be accepted as general principle of law recognized by civilized nations.

²⁹⁵ [Pièce ND-J7](#), Affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, CIJ, Série A n°17, 13 septembre 1928, pages 47-48; cas *Cie des Chemins de Fer du Nord c/Deutsches Reich* (Rec. 9.67), in *Annual Digest/International Law Reports*, 5, 498; [Pièce C-L19](#), E. Jiménez de ARECHAGA, *Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property*, in K. HOSSAIN, ed. *Legal Aspects of the New International Economic Order*, 1980, pages 222-223

²⁹⁶ [Pièce C-L20](#), P.D. FRIEDLAND, E. WONG, *Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets*. *ICSID Studies*, *ICSID Rev.*, 1991, page 403. Voir aussi [Pièce C-L21](#), C. H. SCHREUER, *Unjustified Enrichment in International Law*, 22 *Am. J. Comp. L.*, 1974, 281, pages 281-301; [Pièce C-L38](#), *SPP v. Egypt*, *ICSID Case No. ARB/84/3*, 3 *ICSID Reports* 189, 1995, pages 246-7, où dans l'application du principe de l'enrichissement sans cause dans le calcul de la compensation le tribunal considère que la “*measure of compensation should reflect the claimant's loss rather than the defendant's gain*”

²⁹⁷ *Saluka Investment BV. v. République Tchèque*, sentence partielle, 17 mars 2006, 436, accessible dans http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=105

²⁹⁸ Azurix, cité, para. 436

²⁹⁹ *Sea-Land Services, Inc. and the Islamic Republic of Iran*, Sentence n° 135-33-1, 22 Juin 1984, retranscrit dans 6 *Iran-US Claims Tribunals Rep.* 149, 168, accessible dans <https://www.iusct.net/Pages/Login.aspx> ;

³⁰⁰ [Pièce C-L39](#), SCHWARZENBERGER (G.), *International Law as applied by international courts and tribunals*, vol 1, 1957, page 580, para. 655

422. Dans l'affaire *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* la CEDH a ordonné la restitution des biens saisis avec les améliorations faites par l'armée grecque, et encore plus si la restitution ne pouvait pas s'effectuer³⁰¹:

37. En l'espèce, l'indemnité à accorder aux requérants ne se limite pas à la valeur qu'avaient leurs propriétés à la date de leur occupation par la marine nationale. (...), elle a invité les experts à estimer aussi la valeur actuelle des terrains litigieux; cette valeur ne dépend pas de conditions hypothétiques, ce qui serait le cas s'ils se trouvaient aujourd'hui dans le même état qu'en 1967. Il ressort clairement du rapport d'expertise que, depuis lors, lesdits terrains et leur voisinage immédiat - qui disposaient de par leur situation d'un potentiel de développement touristique - ont été mis en valeur par la construction des bâtiments servant de centre de loisirs des officiers de la marine nationale et par des travaux d'infrastructures à cette fin. La Cour ne perd pas de vue non plus que les intéressés avaient à l'époque un projet d'exploitation économique de leurs propriétés, qui avait reçu un début de réalisation.

423. Certains tribunaux arbitraux ont considéré que l'enrichissement sans cause devait être inclus dans le standard du traitement juste et équitable. Pour ces tribunaux le simple fait qu'un Etat agisse de mauvaise foi ou porte atteinte volontairement aux droits acquis d'un investisseur en venant s'enrichir suffit à caractériser *prima facie* la violation du standard de protection juste et équitable³⁰².
424. Pour autant, il existe des divergences sur cette question. Ainsi, dans l'affaire *Saluka*³⁰³, le tribunal arbitral appréhende la possibilité d'inclure l'enrichissement sans cause dans la notion de traitement juste et équitable. Dans l'affaire *Occidental Petroleum*, le tribunal arbitral conclut qu'il y aurait un enrichissement sans cause de l'Etat défendeur si après avoir entièrement exproprié un investisseur, il ne devait l'indemniser qu'à hauteur de 60%³⁰⁴
425. Ces divergences d'opinion sur la qualification de l'enrichissement sans cause, sans être inintéressantes, ne sont pas fondamentales. En effet, dès lors que les conditions établissant un enrichissement sans cause sont satisfaites et qu'il n'existe pas d'autre fondement de réparation, les tribunaux internationaux sont enclins à accorder une réparation sur ce fondement.
426. Dans l'affaire *Lena Goldfields*³⁰⁵, le tribunal arbitral a conclu, dans le cas d'un entrepreneur (un concessionnaire)

³⁰¹ Affaire *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (Article 50), Sentence du 31 octobre 1999, paras. 36-45, accessible dans <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62517>

³⁰² *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD series on issues in international investments agreements, 1999, pages 3, 12, 45, 55, 58, 83, dans http://unctad.org/en/docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf; *Saluka Investment BV v. République Tchèque*, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006, para. 450, accessible dans http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=105

³⁰³ *Saluka Investment BV. v. République Tchèque*, sentence partielle, CNUDCI, 17 mars 2006, para.449,450, accessible dans http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=105

³⁰⁴ *Occidental Petroleum v. Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11), Award, citée, paras. 653-655

³⁰⁵ [Pièce C-L22](#), V.V. VEEDER, *The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas, International and Comparative Law Quarterly*, 1995, 47, pages 748, 750, 766, 767, 772; [Pièce C-L23](#), A. NUSSBAUM, *The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government*, 36 Cornell Law Quarterly, 1950-1951, 31, page 6 (41)

*who is disabled from performing his duties and deprived of the enjoyment of his rights under a concession owing to general legislation or administrative acts or owing to measures directed against him, is entitled to compensation from the State which by its acts forced him to abandon his work and unjustly enriched itself by taking over the concession and the property connected therewith*³⁰⁶.

427. Le tribunal irano-américain dans affaire *Sea-Land*³⁰⁷ a mis en exergue certaines conditions caractérisant l'enrichissement sans cause et permettant d'obtenir réparation sur ce fondement :

There must have been an enrichment of one of the party to the detriment of the other, and both must arise in consequence of the same act or event. There must be no justification for the enrichment, and no contractual or other remedy available to the injured party whereby he might seek compensation from the party enriched. (Soulignement ajouté)

428. Depuis, les différents tribunaux arbitraux constitués sur le fondement d'un Traité Bilatéral d'Investissement ont repris ces différents critères pour caractériser un enrichissement sans cause.³⁰⁸ Dans le système CIRDI l'affaire *ADC v. Hungary* a ouvert, à partir de *Chorzów*, les portes à l'enrichissement sans cause dans les faits tout en disant qu'il était rejeté³⁰⁹ :

The PCIJ in the Chorzów Factory case stated that damages are “not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession” It is noteworthy that the European Court of Human Rights has applied Chorzów Factory in circumstances comparable to the instant case to compensate the expropriated party the higher value the property enjoyed at the moment of the Court's judgment rather than the considerably lesser value it had had at the earlier date of dispossession (soulignement ajouté).

429. Dans l'affaire *Santa Elena*, le tribunal a invoqué l'enrichissement sans cause pour accorder des intérêts composés³¹⁰.

³⁰⁶ [Pièce C-L24](#), H. LAUTERPACHT, *Lena Goldfields, Ltd.v. Union of Soviet Socialist Republics, Cases Nos. I and 258*, 5 [Ann. Dig. Public Int'l L.](#) Cases 3, 1930, pages 3 et 426

³⁰⁷ *Sea-Land Services, Inc. and the Islamic Republic of Iran*, Sentence n° 135-33-1, 22 Juin 1984, retranscrit dans 6 [Iran-US Claims Tribunals Rep.](#) 149, page 169, para.437, citée; *Saluka Investment BV*, c. République Tchèque, CNUDCI, Sentence partielle du 17 mars 2006, qui reprend dans le para. 449 la définition donnée par la sentence *Benjamin Isaiah c. Bank Mellat*, [Iran-US Claims Tribunals](#), Sentence, 35-219-2, 2 [Iran-U.S.C.T.R.](#) 232, 1983 WL 233220 (Iran-U.S.C.T.R.), accessible dans http://translex.uni-koeln.de/230600/mark_959000/

³⁰⁸ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v Hungary*, ICSID Case NoARB/03/16, Sentence, 2 octobre 2006, IIC 1 (2006), accessible dans https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=D_C648_En&caseId=C231

³⁰⁹ *ADC Affiliate Limited & ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, cité, para. 497, 500

³¹⁰ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Sentence, 17 février 2000, para. 103, accessible dans https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=D_C539_En&caseId=C152, pp.103-107

430. En l'espèce, la République du Chili s'est enrichie au détriment de M. Pey Casado, et par voie de conséquence des DemanderesSES, sans juste cause. En effet, la Défenderesse :

- s'est appropriée l'investissement réalisé par un citoyen espagnol ;
- s'est appropriée les bénéfices de l'investissement en jouissant de manière illicite, et sans verser de contrepartie, de l'ensemble des biens meubles, en ce inclus les deux presses rotatives PLAMAG y GOSS, et des biens immeubles de CPP S.A. et EPC Ltée.

431. Cet enrichissement sans cause de la Défenderesse est un fondement ouvrant droit à réparation pour les DemanderesSES.

5.5.2 Le standard d'indemnisation en cas d'enrichissement sans cause

5.5.2.1 Le principe de l'indemnisation du bénéfice obtenu sans cause

432. Par principe, les tribunaux arbitraux ont évalué la réparation due au titre de l'enrichissement sans cause en tenant compte non pas du préjudice subi par la partie lésée mais du bénéfice obtenu par la partie adverse s'étant enrichie³¹¹ :

When the theory is relied on to engage a state's international responsibility, the predominant view seems to be measured in terms of the extent to which State has been enriched.

433. Dans l'affaire *Sea-Land*³¹², le tribunal arbitral a également considéré que l'évaluation devait se faire par rapport à l'enrichissement de l'Etat :

Compensation for unjust enrichment cannot encompass damages for loss of future profits. The Tribunal must aim instead to place a monetary value on the extent to which PSO was enriched by its premature acquisition of the facility.

434. Dans l'affaire *Enron*³¹³, le tribunal arbitral a précisé qu'il convenait d'analyser l'étendue réelle de l'enrichissement de l'Etat pour déterminer l'indemnisation de la partie injustement lésée :

The unjust enrichment method does not provide a value of the company; it computes damages by looking at the extent of unfair enrichment by the Government.

435. Partant, le présent Tribunal arbitral, s'il devait déterminer la réparation due aux DemanderesSES sur l'enrichissement sans cause, devrait tenir compte de l'enrichissement retiré par la République du Chili du fait de la confiscation de CPP S.A. et EPC Ltée. et des actes constitutifs du déni de justice à l'encontre des DemanderesSES, en tenant compte non seulement de l'accroissement de la

³¹¹ [Pièce C-L40](#), *Flexi-Van Leasing, Inc. c. Iran*, 12 [Iran-U.S. Claims Tribunals](#), 1986, Répertoire 335, page 352-356

³¹² *Sea-Land Services, Inc. and the Islamic Republic of Iran*, Sentence n° 135-33-1, 22 juin 1984, retranscrit dans [Iran-US Claims Tribunals, Rep.](#) citée, 149, 169

³¹³ *Enron v. Argentina (Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic)*, ICSID Case ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007, citée, para. 382

valeur de son patrimoine à raison de l'intégration des biens confisqués mais également des bénéfices et revenus qu'il a pu en tirer sans interruption jusqu'à aujourd'hui.

436. L'enrichissement de la République du Chili réside tout d'abord dans l'exploitation des biens de CPP S.A et EPC Ltée., qu'il s'agisse de biens immeubles ou de biens meubles. La valeur intrinsèque des biens immeubles saisis *de facto* à la date de la Sentence devra donc être retenue dans la détermination du montant de la réparation.
437. Par ailleurs, en bénéficiant depuis 1973, à titre gratuit, des biens immeubles saisis à Santiago, Viña del Mar et Concepción, qu'elle a utilisé, et continue à utiliser, pour y loger des unités militaires, de la Gendarmerie et de son administration civile, la République du Chili s'est enrichie de la valeur des loyers qu'elle n'a pas eu à verser. La valeur des loyers économisés entre le 11 septembre 1973 jusqu'à ce jour devra également être pris en compte dans la détermination de la réparation due au titre de l'enrichissement sans cause (*disgorgement damages*).
438. Enfin, la troisième composante de l'enrichissement de la Défenderesse réside dans l'utilisation des biens meubles des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. et, en particulier, de leurs presses GOSS, de fabrication américaine, et des presses PLAMAG, de fabrication allemande.

6. L'indemnisation due aux investisseurs

439. Les Demandeuresses ont mandaté la société d'expertise financière Accuracy afin que cette dernière évalue précisément leur préjudice matériel.
440. Comme précédemment démontré, l'indemnisation des Demandeuresses doit être intégrale afin de les replacer dans la situation qui aurait été la leur si la Défenderesse n'avait pas violé ses obligations. En l'espèce, comme cela a été démontré, le préjudice des Demandeuresses consiste en la perte de leur droit à indemnisation pour les saisies de sociétés éditrices du journal *El Clarín*. En conséquence, la compensation des Demandeuresses doit être équivalente à la valeur des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. Elle doit être évaluée à partir de la valeur des actions des deux sociétés à la veille de leur saisie et le montant ainsi calculé doit être actualisé à la date de la violation par la Défenderesse de ses obligations sous l'API pour ensuite être actualisé à la date de la sentence à intervenir (**6.1**).
441. A titre principal, les Demandeuresses sollicitent que le montant de leur préjudice matériel soit évalué a) par le biais de la *Fair Market Value* et plus particulièrement grâce à la méthode analogique (**6.2**), en y additionnant b) les *fruits naturels et civils* des biens saisis compte tenu de la mauvaise foi caractérisée des actes de la Défenderesse envers les investisseurs demandeurs. A titre subsidiaire, et si par extraordinaire le Tribunal arbitral devait considérer que les Demandeuresses ne sont pas fondées à être indemnisée des saisies de CPP S.A. et EPC Ltée et de l'absence de titre de l'Etat défendeur en 1995 sur

la totalité de leur investissement, les Demandées sollicitent que leur indemnisation soit fondée sur l'enrichissement sans cause de la Défenderesse du fait de ses violations de l'API (6.3). Enfin, les Demandées sollicitent la réparation de leur préjudice moral, élément constitutif de la réparation intégrale et reconnu aussi bien en droit chilien qu'en droit international (6.4).

6.1 La date de la valorisation de l'indemnisation

442. La date retenue pour la valorisation de la réparation intégrale doit être déterminée conformément au droit international coutumier tel qu'exposé dans la sentence *Usine de Chorzów*, en comparant la position économique hypothétique de l'investisseur à la date de l'acte illicite et celle à la date de l'indemnisation³¹⁴.
443. Dans l'hypothèse d'une expropriation, on évalue le préjudice à la date «à laquelle le demandeur a été effectivement privé des prérogatives du propriétaires»³¹⁵, c'est-à-dire à la veille de l'expropriation.
444. Dans l'hypothèse d'une violation du traitement juste et équitable ou d'un déni de justice, l'évaluation du préjudice s'effectue en principe à la date de la violation par l'Etat de ses obligations. En présence de plusieurs violations de l'API par l'Etat intervenues à des dates différentes, le Tribunal peut alors prendre en compte une date hypothétique de la violation pour la valorisation, sans préjudice de la possibilité de prendre en compte les mesures antérieures prises par l'Etat:

Where there is only one governmental measure at issue... the date of, or that immediately preceding, the measure has been fixed as the relevant valuation date.... Cases involving more than one governmental measure, which take place over a period of time, are in this way similar to cases of creeping expropriation... For example, in Azurix v Argentina, where the State had interfered with the claimant's concession by several measures, the Tribunal relied on the experience of the Iran-US Claims Tribunal on creeping expropriation, adopting as the appropriate valuation date, "the day when the interference ripened into a more or less irreversible deprivation of property rather than on the beginning date of the events".... Being aware that this approach could potentially lead to an "inequitable situation" due to the fact that measures preceding the time of "ripening" may have already devalued the investment, the Tribunal added that it "would establish [the market] value in a hypothetical context where the State would not have resorted to [illegal] maneuvers but would have fully respected the provisions of the treaty and the contract concerned"³¹⁶.

³¹⁵ [Pièce C-L37](#), B. AUDIT, *Le Tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)*, JDI 1985, p. 859

³¹⁵ [Pièce C-L37](#), B. AUDIT, *Le Tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)*, JDI 1985, p. 859

³¹⁶ RIPINSKY (R.)-WILLIAMS (K.), *Damages in International Law*, cité, p. 249.

445. En l'espèce, la réparation intégrale, tendant à remplacer les Demandées dans la position dans laquelle elles se seraient trouvées si la République du Chili n'avait pas violé son obligation de traitement juste et équitable et n'avait pas commis de déni de justice à leur égard, doit indemniser les Demandées pour la saisie *de facto* des deux sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. en 1973.
446. La date de la violation, par la République du Chili de ses obligations au titre de l'article 4 de l'API n'étant pas une seule date, les violations consistant en une série d'actes intervenus à des dates différentes, les Demandées ont retenu comme date de valorisation la date de la Sentence arbitrale, le 8 mai 2008.
447. Ainsi, pour valoriser le préjudice subi par les Demandées, Accuracy a établi la *Fair Market Value* des sociétés saisies à la veille de leur confiscation par les forces mutinées - soit le 10 septembre 1973 - et a actualisé cette valeur au 8 mai 2008. Il convient ici de rappeler qu'aux fins de l'évaluation, les éléments postérieurs à la saisie ne doivent pas être pris en compte par le Tribunal arbitral³¹⁷, sans préjudice de l'indemnisation cumulée fondée sur les normes du droit chilien en matière de concurrence de dol dans le dommage extracontractuel [section 5.4.2 *supra*].
448. Finalement, afin de réparer intégralement les Demandées des préjudices subis, cette valorisation devra porter intérêts jusqu'à la date de la sentence à intervenir - voire jusqu'à complet paiement, si celui-ci n'intervient pas dans les délais ordonnés par le Tribunal.
449. Accuracy ayant appliqué la même méthode pour l'actualisation du préjudice à la date de la violation de l'API et celle à la date de la Sentence à intervenir (c'est-à-dire appliquer un taux d'intérêt déterminé, soit sur la base des bons du trésor américain à 10 ans augmenté d'une prime risque pays "Chili", soit, à partir du 8 mai 2008, sur la base du taux fixé par le Tribunal arbitral initial dans sa Sentence), le choix de la date de l'acte illicite est sans conséquence sur l'évaluation du montant du préjudice final³¹⁸.
450. Il s'ensuit qu'Accuracy est bien fondé à faire une évaluation des actifs saisis à la date du 10 septembre 1973, puis d'actualiser cette évaluation à la date de leur rapport.

6.2 A titre principal, le montant du préjudice matériel subi par les Demandées : la détermination de la *Fair Market Value*

451. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le tribunal arbitral définit la *Fair Market Value* en ces termes :

That concept has an internationally recognised definition which reads as follows: "the price, expressed in terms of cash equivalents, at which property

³¹⁷ P. E. COMEAUX & S. N. KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspect of Political Risk*, 89 (1997) cité in Manuel A. ABDALA-Pablo T. SPILLER, *Chorzow's Standard Rejuvenated - Assessing damages in Investment Treaty Arbitrations*, JIA 2008.130

³¹⁸ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 65

*would change hands between a hypothetical willing and able buyer and a hypothetical willing and able seller, acting at arms length in an open and unrestricted market, when neither is under compulsion to buy or sell and when both have reasonable knowledge of the relevant facts*³¹⁹.

452. En l'espèce, il s'agit déterminer la *Fair Market Value* des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. sociétés éditrices du journal *El Clarín*.
453. Plusieurs méthodes d'évaluation de la *Fair Market Value* sont couramment admises au rang desquelles **l'approche analogique** (dite aussi des transactions comparables ou multiples de comparables boursiers) ou **l'approche intrinsèque** (mise en œuvre à travers la méthode dite d'actualisation des flux de trésorerie ou « *Discounted Cash Flow method* » ou « DCF »).
454. En l'espèce, **l'approche intrinsèque** ou DCF a été écartée par l'expert en raison de l'absence d'informations financières suffisantes qui auraient permis de créer une estimation des flux futurs de trésorerie³²⁰. Ce manque d'information est le résultat des saisies perpétrées en 1973 par les forces mutinées, et de la rétention, au défi des Ordonnances de Procédure nos. 7³²¹ et 10³²² du Tribunal initial, des pièces dont la production a été renouvelée le 17 mars 2014 devant le nouveau Tribunal. En effet, l'ensemble des documents comptables et financiers ainsi que tous les archives du Groupe Clarín ont été saisis en 1973 en même temps que les autres actifs et n'ont pas fait l'objet d'une restitution à M. Pey. En outre, la République du Chili a refusé de produire les documents financiers sollicités par les Demandeur·ses et ce en dépit de leurs demandes répétées et de l'Ordonnance de Procédure No.1 du nouveau Tribunal arbitral. On relèvera que la République du Chili a écarté de rechercher les documents sollicités par les Demandeur·ses, préférant opposer le manque de pertinence de ces documents (sans en dévoiler le contenu !), et se contentant d'indiquer qu'elle ne serait pas plus en mesure de retrouver les documents sollicités dans ses archives aujourd'hui qu'elle ne l'avait été dans le cadre de la procédure initiale³²³ (où la rétention du jugement de la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago jusqu'après le prononcé de la Sentence arbitrale étaye l'envergure de l'escroquerie au jugement). Cependant, Accuracy a conforté son analyse en créant un modèle simplifié de *Discounted Cash Flow*.
455. Dans ces conditions, les Demandeur·ses n'ont eu d'autre choix que d'établir la *fair Market Value* des sociétés du Groupe Clarín par la méthode analogique (appelée aussi méthode des comparables). L'application de cette méthode est en tout état de cause parfaitement légitime. Elle consiste à déterminer la valeur des actifs en question par référence à des actifs comparables dont la valeur est connue. Cette approche permet l'évaluation financière du prix de marché qu'aurait payé, pour les actifs en question, un acheteur consentant (*willing and*

³¹⁹ CMS Gas Transmission Co. c. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/08, Sentence du 12 mai 2005, citée, para. 402.

³²⁰ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 73

³²¹ Voir la [Pièce ND45](#), Ordonnance de Procédure N° 7 du 22-07-2002, annexée à la nouvelle demande de production de pièces soumise par les Demandeur·ses le 17 mars 2014

³²² [Pièce ND47](#), Ordonnance de Procédure N° 7 du 03-12-2002, annexée à la nouvelle demande de production de pièces soumise par les Demandeur·ses le 17 mars 2014

³²³ Lettre des conseils de la République du Chili au CIRDI du 14 mai 2014

able buyer) à un vendeur consentant (*willing and able seller*) désireux mais non contraint de vendre.

456. Après une brève explication des considérations méthodologiques (6.2.1), l'évaluation du préjudice matériel des Demandées par le biais de la méthode analogique sera détaillée (6.2.2) puis le montant ainsi obtenu sera rationalisé par d'autres méthodes de calcul.

6.2.1 Considérations méthodologiques d'évaluation

457. Afin de pallier les complexités liées aux dérives monétaires et inflationnistes observées au Chili dans les années 70 et 80, l'expert a procédé à une évaluation du préjudice des Demandées en monnaie forte, à savoir en dollar américain³²⁴. Ce choix se justifie par le fait que, dans ce contexte, un investisseur prudent aurait placé les recettes de la cession de son investissement en dollar américain, et par ce que la théorie de la Parité du Pouvoir d'Achat établit que la différence d'inflation d'un pays à l'autre est, à terme, compensée par le taux de change entre les deux pays. Travailler en dollars est donc légitime car toute augmentation de la valeur nominale de la société en escudos/pesos à cause de l'inflation serait compensée par une dépréciation de la monnaie face au dollar. Et toute dépréciation du peso face au dollar serait compensée par l'inflation du Chili. Cette hypothèse est également confortée par le fait que M. Pey Casado a effectué l'acquisition des sociétés éditrices de *El Clarín* en dollars américains. Il est donc normal de considérer qu'il aurait procédé au désinvestissement dans la même monnaie³²⁵.
458. Pour convertir la monnaie chilienne en dollars américains, le taux de change retenu par l'expert est le taux de change moyen annuel « *Marché par courtiers/Achat* » publiés par la Banque Centrale du Chili. Ce taux, bien que moins favorable aux Demandées, correspond au taux appliqué à un entrepreneur qui aurait souhaité acheter des dollars américains à l'époque³²⁶.
459. S'agissant du taux de capitalisation utilisé pour valoriser le préjudice à la date du 8 mai 2008, l'expert a utilisé le taux moyen des bons du trésor américain à 10 ans³²⁷, augmenté d'une prime de risque pays afin de tenir compte des caractéristiques du pays sur lequel les Demandées détiennent leur créance³²⁸. Cette prime de risque pays « Chili » est estimée à 2% pour la période 1974-2000 et a fait l'objet d'une estimation annuelle sur la période 2000-2014.
460. Cette somme ainsi calculée est augmentée des intérêts composés et courus entre le 8 mai 2008 et le 27 juin 2014 à un taux annuel de 5%³²⁹, en ligne avec le para. 7 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008.

³²⁴ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para.82

³²⁵ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 84-85

³²⁶ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para.88

³²⁷ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 91

³²⁸ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, annexe 4

³²⁹ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 92

6.2.2 La *Fair Market Value* des sociétés du Groupe Clarín établie par la méthode analogique

461. Comme déjà indiqué, les Demandeur·euses ont établi la *Fair Market Value* des sociétés du Groupe Clarín par application de la méthode des comparables. Cette méthode permet d'évaluer un actif par référence à des actifs comparables dont la valeur est connue.
462. Cette méthode permet d'établir la *Fair Market Value* des sociétés en appliquant un multiple de transaction à l'EBITDA des sociétés concernées. Ainsi l'expert a établi l'EBITDA normatif consolidé des sociétés du Groupe Clarín et lui a ensuite appliqué le multiple d'EBITDA.
463. En l'espèce, l'expert a établi le multiple d'EBITDA sur la base des agrégats financiers de l'exercice de 1972 de sociétés cotées américaines du secteur de la presse quotidienne, en appliquant une décote de 20% pour la raison expliquée ci-après. Ce choix est justifié en raison de l'absence de données similaires disponibles pour le secteur relatives à des sociétés de presse d'Amérique Latine. Comme démontré dans le Rapport d'Accuracy³³⁰, la fourchette des multiples utilisés a été confortée par une analyse historique des multiples de sociétés cotées de la base de données Bloomberg (1988-2014) et des multiples de transaction du secteur de la presse quotidienne de Mergermarket et autres publications spécialistes dans le secteur de la presse (2000-2013).

i. L'EBITDA normatif consolidé de référence du Groupe Clarín

464. L'EBITDA consolidé reflète le résultat généré par l'activité opérationnelle du groupe indépendamment de ses charges financières, contraintes fiscales et amortissements³³¹. L'EBITDA est considéré comme normatif lorsqu'il reflète une rentabilité du groupe *a priori* normale et pérenne.
465. Pour déterminer l'EBITDA normatif consolidé de référence, Accuracy a analysé les états financiers des entreprises saisies du Groupe Clarín afin d'évaluer la performance économique normative des entreprises et leur dette financière nette.
466. Pour ce faire, Accuracy a consolidé les comptes des deux sociétés concernant la période précédant la saisie des titres et des actifs et a corrigé le résultat obtenu de tout élément non récurrent ou erreur comptable³³². Ces corrections correspondent à celles auxquelles un investisseur avisé aurait procédé en vue de l'achat de ces actifs.
467. Les documents comptables et financiers des sociétés pour les neuf premiers mois de l'année 1973 n'étant pas disponibles du fait de leur rétention intégrale par la Défenderesse, l'expert a basé son évaluation sur les exercices comptables des années 1970 à 1972³³³. On rappellera que les Demandeur·euses ont sollicité

³³⁰ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, paras. 79, 95, 197, 206, 209

³³¹ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, paras. 106-107

³³² [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 101-105

³³³ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 100

la communication de ces documents financiers dans sa lettre du 17 mars 2014, à laquelle la Défenderesse n'a pas déféré. Il ne peut donc être reproché à l'expert mandaté par les Demandéresses de s'être fondé sur les seuls documents financiers à sa disposition.

468. En tant qu'expert indépendant, Accuracy a déterminé l'agrégat normatif du Groupe selon deux approches différentes :

- (1) L'approche A, qui adopte comme référence uniquement l'EBITDA de 1972 ajusté, évalué à 738 k USD³³⁴; et
- (2) L'approche B, qui adopte la moyenne des EBITDA entre 1970 à 1972 ajustés³³⁵, évalué à 1 222 k USD³³⁶.

469. Tel que démontré par Accuracy, l'EBITDA ajusté du Groupe Clarín de 1972 est de 738 k USD et la moyenne des EBITDA 1970 à 1972 ajustés est de 1 222 k USD.

470. Cette double approche de la part de l'expert a été rendue nécessaire en raison du manque de documentations financières concernant les deux sociétés concernées, notamment sur l'année 1973 dont l'occultation par la Défenderesse continue à être totale et absolue. En effet, l'expert, compte tenu des informations disponibles limitées, n'a pas été en mesure d'expliquer les raisons de la variation significative du niveau de rentabilité des sociétés entre 1970-1971 et 1972.

471. Ce manque d'information étant attribuable à la Défenderesse en raison, d'une part, de la saisie des documents comptables en 1973 et, d'autre part, de son refus caractérisé de donner suite aux Ordonnances nos. 7 et 10 du Tribunal initial et n° 1 du présent Tribunal arbitral de produire les documents pertinents, il ne peut être utilisé au détriment des Demandéresses. En conséquence, les Demandéresses soutiennent que c'est la moyenne des EBITDA entre 1970 et 1972 qui doit être retenue par le Tribunal arbitral pour la valorisation de la *Fair Market Value* des sociétés.

i. La détermination du multiple d'EBITDA à appliquer

472. Afin d'établir la *Fair Market Value* des sociétés du Groupe Clarín à la date des saisies, il convient de déterminer le multiple de transaction applicable à l'EBITDA normatif consolidé de référence. Pour ce faire, l'expert s'est fondé sur les éléments financiers publics d'entreprises du même secteur.

- 472 Bis. Là encore, en tant qu'expert indépendant et en totale transparence à l'égard du Tribunal et de la partie Défenderesse, Accuracy a considéré deux moyennes : une moyenne haute (12x l'EBITDA), qui exclue les agrégats financiers du New York Times et du Washington Post, et une moyenne basse (9,9 x l'EBITDA),

³³⁴ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 113

³³⁵ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 110, 123

³³⁶ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 110, 123

qui les intègre³³⁷. Cette fourchette a été conforté par Accuracy par une étude des multiples de sociétés cotées du secteur de la presse quotidienne sur la période 1988-2013 et une étude des multiples de transactions intervenues sur les sociétés du secteur sur la période 2000-2013, pour lesquels on dispose de plus d'informations³³⁸.

473. Les Demandeuresses soutiennent que c'est le multiple d'EBITDA de 12x qui doit être pris en compte, le New York Time et le Washington Post présentant des activités nettement différentes de celles des autres sociétés qui expliquent le caractère atypique des multiples de ces sociétés³³⁹.
474. Ces multiples ayant été calculés sur la base d'informations concernant exclusivement des sociétés de presse américaines - ces seules données étant publiées - Accuracy leur a appliqué une décote de 20%, cohérente avec le risque pays de 2% intégré dans le calcul du taux de capitalisation appliqué entre 1973 et 2014³⁴⁰.
475. L'expert a ainsi établi le multiple d'EBITDA à un taux compris entre 7,9x à 9,6x après décote³⁴¹.
476. Pour les raisons indiquées ci-dessus, les Demandeuresses soutiennent qu'il convient de retenir le multiple d'EBITDA de 9,6x pour déterminer la *Fair Market Value* des sociétés saisies.

i. La dette nette du Groupe Clarín

477. Afin d'estimer la juste valeur des titres saisies du Groupe Clarín, il faut calculer sa dette nette qui devra être déduite de la valeur de l'activité du Groupe.
478. Comme le montre le Rapport d'Accuracy, au 31 décembre 1972, la dette nette ajustée (retraitée de la trésorerie et des provisions) atteint 535 k USD³⁴².

ii. La valeur de l'activité d'exploitation à la veille des saisies

479. La valeur de l'activité d'exploitation du Groupe Clarín se calcul à partir des éléments ci-dessus détaillés, à savoir l'EBITDA normatif consolidé de référence du Groupe (1 222 k USD), auquel on applique le multiple d'EBITDA de 9,6x, puis on en déduit la dette nette du Groupe (535 k USD).
480. Sur la base des calculs effectués par Accuracy, la valeur des titres des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée à la veille de leur saisie *de facto* le 10 septembre 1973 s'établie à 11 200 k USD³⁴³.

³³⁷ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 115

³³⁸ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 118

³³⁹ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, paras. 115

³⁴⁰ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 117 ; cf para 489 *supra*

³⁴¹ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 123

³⁴² [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 122, 123

³⁴³ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 123 – 124, 150, 203

i. *La capitalisation du montant du préjudice matériel pour assurer une réparation intégrale*

481. Comme précédemment indiqué, afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice subi par les Demandéresses, il convient d'abord d'établir la valeur du préjudice à la date des violations, par la République du Chili, de l'article 4 de l'API. En l'espèce, la date retenue est le 8 mai 2008. Par la suite, il convient d'appliquer des intérêts composés jusqu'à la date du paiement.
482. Pour la période 1973-2007, le taux de capitalisation a été établi sur la base des taux des bons du trésor américain à 10 ans augmenté d'une prime risque pays « Chili » fixé forfaitairement à 2% sur la période 1973-1999 et estimé chaque année sur la période 2000-2008³⁴⁴. Le 2% forfaitaire est une estimation basse, sur la base des informations historiques disponibles.
483. Pour la période du 8 mai 2008 au 27 juin 2014³⁴⁵, Accuracy a appliqué un taux annuel composé de 5% retenu par le Tribunal arbitral initial dans la Sentence (point 7 du Dispositif).
484. En conclusion, il résulte des développements précédents que le préjudice subi par les Demandéresses du fait des violations du traitement juste et équitable et du déni de justice commis par la Défenderesse à la date du 27 juin 2014 s'élève à 329,7 millions USD. Ce montant sera à parfaire à la date de la sentence finale prononcée par le Tribunal arbitral.
485. A la somme ainsi allouée à titre principal il y aura lieu d'**ajouter**, conformément au droit chilien et au titre de la mauvaise foi et des infractions dont s'est rendu coupable l'Etat chilien, la valeur de restitution des *fruits naturels et civils de la chose possédée* de mauvaise foi, avec les intérêts correspondants (voir *supra* la section 5.4.2, paras. 394-408).

6.3 A TITRE SUBSIDIAIRE, LE MONTANT DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE DE LA REPUBLIQUE DU CHILI DU FAIT DE SES VIOLATIONS DE L'API

486. Si, par extraordinaire, le présent Tribunal arbitral devait considérer que les Demandéresses ne peuvent légitimement prétendre à être indemnisées des saisies de CPP S.A. et EPC Ltée., alors celles-ci sollicitent, à titre subsidiaire, la condamnation de la République du Chili à leur verser le montant correspondant à l'enrichissement sans cause dont a bénéficié l'Etat défendeur du fait des actes constitutifs du déni de justice
487. L'indemnisation fondée sur l'enrichissement sans cause de la République du Chili est constituée des sommes économisées du fait des saisies *de facto* (loyers et utilisation des biens meubles) et de la valeur, à ce jour, des biens immeubles que la République continue à utiliser³⁴⁶.

³⁴⁴ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 91

³⁴⁵ Cf *supra* para. 460

³⁴⁶ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 161

488. En l'espèce, les Demandées devront être indemnisées d'un montant tenant compte de la valeur des loyers économisés par la République du Chili au titre de son occupation illégale des immeubles des Demandées depuis le 11 septembre 1973 (i) ainsi que de la valeur intrinsèque des biens immeubles (ii) et meubles (iii) saisis *de facto* par la Défenderesse.
489. Comme pour la demande principale, ces montants doivent être capitalisés annuellement afin de permettre une réparation intégrale du préjudice subi par les Demandées (iv).
- i. Valeur des loyers économisés entre le 11 septembre 1973 et le 22 avril 2013
490. Les biens immeubles des Demandées ont été saisis *de facto* le 11 septembre 1973 et la République du Chili a joui à titre gratuit de ces biens depuis cette date. La République du Chili s'est donc injustement enrichie au détriment des Demandées, qui doivent être indemnisées de la valeur des loyers qui auraient dû être payés par la Défenderesse au titre de cette occupation.
491. Or, « *le lien entre le loyer annuel net de l'actif et sa valeur à une date donnée se fait - selon un indicateur couramment utilisé par les professionnels de l'immobilier - par le « taux de capitalisation »*³⁴⁷. La valeur de marché correspond donc au loyer annuel net divisé par le taux de capitalisation.
492. En l'espèce, la valeur de marché des biens immeubles des Demandées a été évaluée par le cabinet d'architectes « *Andrés Aninat, Tasaciones* » de Santiago du Chili³⁴⁸ entre le 19 et le 24 avril 2013. Comme l'indique Accuracy, de quatre de ces évaluations se dégage un taux de capitalisation entre 8,5% et 9,0% en fonction des immeubles considérés. Accuracy a ainsi déterminé le montant des loyers économisés par la République du Chili en appliquant à chaque immeuble le taux de capitalisation correspondant. Un taux de capitalisation moyen de 8,8% a été appliqué aux autres immeubles pour établir la valeur des loyers économisés³⁴⁹.
493. Le montant des loyers ainsi économisés par la République du Chili s'évalue pour l'année 2013 à 1,5 millions USD³⁵⁰.
494. Sur cette base, Accuracy a calculé la valeur des loyers économisés par la République du Chili sur la période comprise entre 1973 et 2013 qui s'élève à 60,5 millions USD à la date du 22 avril 2013.

ii. Valeur intrinsèque des biens immobiliers en avril 2013

³⁴⁷ [Rapport d'expert d'Accuracy, Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 161

³⁴⁸ Le Cabinet « *Andrés Aninat, Tasaciones* » est constitué d'une équipe d'architectes spécialisée dans l'expertise dans le secteur immobilier. Au cours des dix dernières années, il a effectué plus de 10 000 expertises relatives à la valeur des biens immeubles à Santiago et dans les principales villes du Chili

³⁴⁹ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, paras. 159-171

³⁵⁰ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 168

495. Outre les loyers économisés, la Défenderesse s'est enrichie au détriment des Demandéresses en ce qu'elle détient de fait les biens immeubles des Demandéresses.

496. Sur la base des expertises réalisées par le cabinet d'architectes « *Andrés Aninat, Tasaciones* », la valeur totale des biens immobiliers saisis par la République du Chili s'élevait, en date d'avril 2013, à 17,8 millions USD³⁵¹.

iii. Valorisation de l'utilisation à titre gratuit des biens meubles des Demandéresses

497. La République du Chili s'est également enrichie au détriment des Demandéresses en ayant la possibilité d'utiliser à titre gratuit, et durant le cours normal de leur vie utile, les biens meubles qu'elle avait saisis *de facto* le 11 septembre 1973 et notamment les presses GOSS et PLAMAG.

498. Or, les expertises du 23 juillet 1998 réalisées dans le cadre de la Décision n°43 prise par la République du Chili, ont valorisé ces biens sur la base des inventaires réalisés alors que M. Pey était interdit de défense en 1975, lors de l'adoption du Décret 165 de 1975. Les Demandéresses considèrent ces inventaires et valorisations peu fiables dans la mesure où ils ont été faits sans consultation des Demandéresses et dans le cadre de procédures ayant *a priori* pour but de les priver de leurs droits. Pour autant, ces inventaires et valorisations ayant été effectués par des experts nommés par la République du Chili, la Défenderesse pourra difficilement les contester et les Demandéresses considèrent donc qu'il s'agit de la valeur minimum des biens.

499. Sur la base de ces éléments, la valeur des actifs mobiliers des Demandéresses à la date du 23 juillet 1998 s'élève à 3,8 millions USD³⁵².

i. La capitalisation du montant du préjudice matériel pour assurer une réparation intégrale

500. Pour assurer la réparation intégrale aux Demandéresses, les montants ainsi établis en valeur d'avril 2013 (pour les actifs immobiliers et les loyers) et de juillet 1998 (pour les actifs mobiliers) doivent être réévalués annuellement.

501. Comme dans le cadre de la demande principale³⁵³, un taux de capitalisation sans risque (taux des bons du trésor américain à 10 ans) augmenté d'une prime risque pays « Chili » a été retenu pour la période 1998-2008. Par exception et en ligne avec le taux retenu au point 7 du Dispositif de la Sentence du 8 mai 2008 et confirmé par la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 (para. 359(4)), le taux de capitalisation retenu pour la période 2008-2014 est fixé à 5%³⁵⁴.

³⁵¹ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 173

³⁵² [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 176

³⁵³ Cf *supra* para. 449

³⁵⁴ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 178

502. Il en résulte une évaluation, à 27 de juin 2014, de l'indemnisation des DemanderesSES au titre de l'enrichissement sans cause de la Défenderesse, s'élevant à 91,6 millions USD³⁵⁵.
503. En conclusion, à titre subsidiaire et, si par extraordinaire, le présent Tribunal arbitral devait considérer que les DemanderesSES ne peuvent légitimement prétendre à être indemnisées des dommages à titre principal (paras. *supra* 393 et 408), la République du Chili devra être condamnée à verser aux DemanderesSES la somme de 91,6 millions USD.

6.4 Le montant du préjudice moral des DemanderesSES

504. Comme précédemment démontré, la réparation intégrale pour un acte illicite d'un Etat comprend aussi bien le préjudice matériel que moral. La réparation du préjudice moral est ainsi reconnue aussi bien en droit chilien qu'en droit international³⁵⁶. Dans le cadre de la procédure arbitrale, la République du Chili a d'ailleurs reconnu avoir « *essayé de réparer sur le plan moral les préjugés [sic préjudices] soufferts par des personnes pendant cette période* »³⁵⁷.
505. Comme précédemment démontré³⁵⁸, le tribunal arbitral dans l'affaire *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*³⁵⁹, après avoir analysé les raisonnements suivis par les tribunaux arbitraux dans les affaires *Desert Line*, *Lusitania* et *Siag*, a admis qu'une indemnisation pour dommage puisse être accordée lorsque :
- *The State's actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act;*
 - *The State's actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and*
 - *Both cause and effect are grave and substantial.*
506. En l'espèce, les DemanderesSES ont subi un préjudice moral du fait des violations de la République du Chili aussi bien lors de la saisie des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée qu'au cours de la procédure d'arbitrage.
507. Au moment des saisies le 11 septembre 1973, et après, les militaires mutinés ont tout fait pour atteindre l'intégrité physique, morale et même la vie de M. Pey Casado, qui a pu la préserver en se réfugiant chez des amis, puis à l'Ambassade du Venezuela. M. Pey s'est vu retirer son passeport et toutes ses pièces d'identité et inscrire sur une liste au terme de laquelle quiconque ne se présentait pas à la Junte Militaire risquait une condamnation à mort. La majeure partie de ceux qui se sont présentés ont été contraints aux travaux

³⁵⁵ [Rapport d'expert d'Accuracy](#), du 27 juin 2014, para. 179

³⁵⁶ *Supra*, paras. 163-179

³⁵⁷ *Supra*, para. 354

³⁵⁸ *Supra*, para. 176

³⁵⁹ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011, citée, paras. 327-333

forcés, torturés, assassinés ou ont été portés disparus. Apparaître sur cette liste constitue un préjudice certain qui n'est qu'augmenté par le fait que M. Pey Casado a ensuite été poussé à l'exil pendant plus de quinze années³⁶⁰. Après avoir saisi son investissement, l'Etat chilien a déclaré la mort civile et professionnelle de M. Pey.

508. Au cours de la procédure d'arbitrage et comme précédemment démontré³⁶¹, la Défenderesse ne s'est pas contentée de nier le droit à réparation des Demandéresses ; ces dernières ont été victimes d'une campagne publique diffamatoire continue et orchestrée par les autorités chiliennes qui a atteint son paroxysme au moment de l'édition de la Décision n°43, le 28 avril 2000. La République du Chili a voulu humilier les Demandéresses les faisant passer publiquement pour des imposteurs, leur faisant perdre leur statut social et professionnel, leur honneur, leur crédit et leur réputation.
509. Comme précédemment évoqué, les Demandéresses ont également fait l'objet de déclarations injurieuses prononcées par le Ministre des Biens Nationaux³⁶² et M. Pey a été victime de manœuvres du Ministère de l'Intérieur visant à modifier son état civil afin de le priver de son droit d'être entendu devant un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI. M. Pey s'est également vu refuser le permis de séjour sollicité après la Sentence arbitrale dans le but de reprendre la publication du journal *El Clarín*.
510. Si la République du Chili n'avait pas violé ses obligations de traitement juste et équitable, en ce inclus le déni de justice, elle aurait intégralement indemnisé les Demandéresses de leur préjudice, en ce inclus la réparation du préjudice moral subi par les Demandéresses. La vie et la liberté de M. Pey Casado ont non seulement été mises en danger, les actions répétées et continues de la Défenderesse les ont humiliées et ont porté atteinte à leur réputation, leur honneur, leur statut professionnel et social, à l'accès aux crédits et, par voie de conséquence, aux moyens de poursuivre et développer leurs activités.
511. Or, dans l'affaire *Desert Line*³⁶³, le tribunal arbitral a considéré que « *its prejudice was substantial since it affected the physical health of the Claimant's executives and the Claimant's credit and reputation. [... and] based on the information at hand and the general principles, an amount of USD 1,000,000 should be granted for moral damages, including loss of reputation.* »
512. Comme cela a été indiqué, M. Pey a cédé la créance de principe qu'il détenait sur la République du Chili à sa fille, en ce inclus sa créance au titre du préjudice moral.
513. En l'espèce, la gravité, répétitivité et multiplicité des faits perpétrés par la Défenderesse sont telles qu'un montant supérieur à US\$10.000.000 doit être versé à Mme. Pey et un montant de US\$500.000 à la Fondation espagnole Président Allende afin de réparer intégralement le préjudice moral subi du fait

³⁶⁰ *Supra*, paras. 346-348

³⁶¹ *Supra*, paras. 17-31, 38, 51, 363, 364

³⁶² Journal *La Segunda* (Groupe *El Mercurio*), Santiago 22 aout 2002 (Pièce C205)

³⁶³ *Desert Line Project LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, sentence du 6 février 2008, citée, para. 290

des manquements de la Défenderesse à ses obligations de traitement juste et équitable, en ce inclus de déni de justice.

7. RAPPEL DES DEMANDES DE MADAME CORAL PEY GREBE ET DE LA FONDATION PRESIDENT ALLENDE A L'ENCONTRE DE LA REPUBLIQUE DU CHILI

514. En conséquence des développements précédents, et en application de l'article 52(6) de la Convention de Washington, les parties Demandérisses sollicitent du Tribunal arbitral :
- (1) Qu'il condamne la République du Chili à payer aux Demandérisses la somme de 329,7 millions USD, valeur au 27 juin 2014 à actualiser au jour de la Sentence à intervenir, au titre de la réparation intégrale du préjudice matériel subi du fait des violations de l'article 4 de l'API par la République du Chili;
 - (2) Qu'il condamne également la République du Chili à restituer aux Demandérisses la valeur de tous les *fruits naturels et civils de la chose possédée* de mauvaise foi, avec les intérêts correspondants, actualisée au jour de la Sentence à intervenir.
 - (3) A titre subsidiaire, qu'il condamne la République du Chili à payer aux Demandérisses la somme de 91,6 millions USD, valeur au 27 juin 2014, à actualiser au jour de la Sentence à intervenir, au titre de l'enrichissement sans cause de la République du Chili à leur détriment ;
 - (4) Qu'il condamne la République du Chili à payer à Mme. Coral Pey Grebe et à la Fondation espagnole Président Allende une somme supérieure à US\$10.000.000 et US\$500.000, respectivement, au titre de la réparation intégrale du préjudice moral subi par M. Victor Pey Casado et la Fondation espagnole du fait des violations de l'API par la République du Chili ;
 - (5) Qu'il dise que le montant alloué sera majoré à hauteur de l'impôt payé, le cas échéant, sur l'indemnisation reçue par les Demandérisses afin que, après la taxe³⁶⁴, le patrimoine de celles-ci soit effectivement rétabli ;
 - (6) Qu'il dise que la République du Chili devra effectuer le paiement des sommes dues aux parties Demandérisses dans un délai de 90 jours au plus tard à compter de la réception de la Sentence à intervenir ; à défaut, dire que le montant de réparation alloué aux parties Demandérisses portera intérêts capitalisés annuellement à un taux au moins égal à 10% à partir de la Sentence jusqu'à complet paiement ;
 - (7) Qu'il condamne la République du Chili à supporter l'intégralité des frais de la présente procédure, y compris les frais et honoraires des Membres du

³⁶⁴ [Pièce C-M48](#), taux de l'impôt sur le revenu en vigueur en 2014, en pesos chiliens

Tribunal, les frais de procédure (utilisation des installations, frais de traduction, etc.) et, en conséquence, qu'il condamne la République du Chili à rembourser, dans les 90 jours qui suivent l'envoi de la Sentence à intervenir, les parties Demandées les frais et coûts de procédure avancés par elles et qu'il rembourse aux parties Demandées l'ensemble des frais et honoraires des avocats, experts et autres personnes ayant été appelées à intervenir pour la défense de leurs intérêts, portant, en cas de non remboursement dans ce délai, intérêts capitalisés annuellement à un taux de 10% à compter de la date de la Sentence à intervenir jusqu'à complet paiement, ou à toutes autres sommes que le Tribunal arbitral estimera justes et équitables.

Madrid, le 27 juin 2014



Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey Grebe
et de la Fondation espagnole Président Allende