

CONSULTATION JURIDIQUE

de

M. VÍCTOR ARAYA¹

Directeur du Cabinet “ARAYA & COMPAÑÍA, ABOGADOS”

de Santiago du Chili

PORTANT SUR:

- ▶ **la législation chilienne concernant les investissements étrangers,**
- ▶ **la Consultation de M. Raul Santamaría, expert de l'État du Chili,**
- ▶ **et l'investissement de M.Víctor Pey Casado dans le Consortium Journalistique et Publicitaire S.A.**

Santiago, le 10 février 2003

¹ Le curriculum de Me Víctor Araya a été communiqué au CIRDI le 23 février 1998.

Araya & Compañía
Abogados

Santiago, le 10 février 2003

Messieurs les Arbitres du Tribunal d'Arbitrage
CIRDI
Washington D.C.

AFFAIRE PEY ET FONDATION PRÉSIDENT ALLENDE C/ ÉTAT DU CHILI

Concerne : Consultation Juridique de M. Santa María

Messieurs :

La partie demanderesse m'a donné connaissance de la Consultation visée en référence et m'a demandé d'émettre un avis sur celle-ci ; à cet effet il m'a été donné accès à toutes les interventions écrites qui consignent le débat soutenu entre les parties, ainsi qu'à la documentation jointe.

À l'intérieur du court délai qu'autorisent les règles de procédure pour répondre aux moyens avancés par l'Etat du Chili, je formule les observations et objection suivantes à l'égard du rapport d'expertise émanant de l'avocat chilien M. Santa María, qui aborde le régime de l'investissement étranger existant au Chili durant l'année 1972.

Les observations et objections que je développe ci-dessous suivent le schéma que voici :

I.- Reconnaissance dans le Rapport, de la plupart des moyens formulés par la défense de M. Pey et de la Fondation Président Allende, et contradictions par rapport à la défense présentée jusqu'ici par la représentation de l'État du Chili.

II.- Omissions et erreurs inexcusables du Rapport en relation avec l'applicabilité de la Décision N°24 du Groupe de Carthagène.

III.- Citation et interprétation biaisée quant au sens et à la portée de la Décision N°24.

IV.- Absence de définition de l'investissement étranger.

V.- La nationalité de l'investisseur est dénué de pertinence, l'enregistrement est facultatif

I.- LE RAPPORT RECONNAÎT LES ARGUMENTS SOUTENUS PAR LA PARTIE DEMANDERESSE

À mesure qu'avance la présente procédure judiciaire, on peut observer que, pas à pas, la réalité émerge.

Le Rapport de Monsieur Santa María contribue à la vérité en se concentrant sur une application irrecevable et biaisée de la Décision N°24, se résignant ainsi à reconnaître qu'étaient dénuées de pertinence et erronées les autres argumentations que, jusqu'ici, et avec beaucoup d'insistance, avaient mises en avant l'État du Chili pour tenter d'ôter de sa valeur à la qualité d'investissement étranger que présentait l'achat d'actions effectué par M. Pey Casado.

À cet égard je me permettrai d'attirer l'attention du Tribunal d'Arbitrage sur ce qui a été exposé par la représentation de l'État du Chili au Chapitre III de son Mémoire sur l'Incompétence (page 66 et ss. du texte espagnol, pp. 68 et ss. de la traduction française), intitulé précisément « LES ACTIFS RECLAMÉS NE CONSTITUENT PAS UN INVESTISSEMENT ÉTRANGER ».

Spécifiquement la section 3.3.3.1.2 soutenait qu'à la date de l'investissement de Monsieur Pey, l'investissement étranger au Chili se trouvait réglé par trois corpus légaux :

- a) la Décision N°24 de la Commission de l'Accord de Carthagène ;
- b) les articles 14 et 16 du Décret N°1.272 de 1961, du Ministère de l'Économie, des Travaux Publics et de la Reconstruction ; et
- c) le Décret ayant Force de Loi N°258 de 1960.

Partant de cette affirmation, dans la section 3.3.3.6 il était reproché aux demandeurs de ne pas avoir eu recours à ce qu'établit le DFL N°258, ni aux articles 14 et 16 du Décret 1.272, en énonçant catégoriquement que, pour que l'opération de Monsieur Pey soit considérée investissement étranger, ce dernier aurait dû recourir à l'un ou l'autre de ces mécanismes.

La partie demanderesse [pour sa part] a toujours soutenu que ce que postulait [de la sorte] l'État du Chili était doublement erroné. Car, d'un côté, le DFL N°258, était un régime facultatif, le fait d'y avoir recours étant soumis à la volonté de l'investisseur lui-même, et d'un autre côté, le Décret N°1.272, qui établissait un contrôle en matière de changes internationaux, outre le fait qu'il était également facultatif, n'a jamais pu être enfreint par l'investissement réalisé par Monsieur Pey, puisque si les actifs dans lesquels étaient traduits ledit investissement se trouvaient au Chili, l'achat et la vente avait été parfaits à l'étranger, le paiement du prix en devises ayant également été effectué à l'extérieur, laissant à l'initiative du vendeur de décider de la destination des devises [à lui] remises, et de leur éventuelle introduction sur le territoire national (lire la section 4.10.3.1 de la **Réponse** d'août 1999 à la question de la Compétence soulevée par la République du Chili ; section II.3.2.b) de la **Réplique** du 7 février 2000 et les sections V.4.2 et V.4.3 de l'**Exposé Complémentaire** [sur la Question de la Compétence] du 11 septembre 2002).

Cette discussion, qui s'est poursuivie tout au long de l'arbitrage, et qui constituait la majeure partie de la défense de l'État du Chili [sur la qualité

d'investissement étranger] est maintenant définitivement tranchée en faveur de la partie demanderesse, puisque Monsieur Santa María, dans son Rapport, reconnaît ce que Monsieur Pey et la Fondation Président Allende ont toujours soutenu.

En page 9, paragraphe initial [du texte espagnol, p. 8 paragraphe second de la traduction française] du Rapport, concernant le Décret ayant Force de Loi N°258, du 30 mars 1960, il est écrit ce qui suit :

« Il est pertinent d'observer que la réglementation du décret était facultative puisque seuls les investisseurs qui désiraient recevoir les franchises prévues par le décret avaient pour obligation d'enregistrer leurs investissements et d'obtenir l'approbation du Président de la République. » » soulignage et relief introduits par nous)

Par la suite, dans la partie finale du Rapport, page 34, paragraphe 4^o [du texte espagnol, page 31 de la version française] il souligne à nouveau cette conclusion, et confirme que la réglementation du Décret ayant Force de Loi N°258 de 1960 était facultative.

Concernant le Décret 1.272 sur les changes internationaux, le Rapport énonce explicitement en page neuf, deuxième paragraphe [du texte espagnol, p. 9 de la traduction française] ce qui suit :

« Cependant il faut souligner que les dispositions du décret 1272 n'étaient pas applicables aux transactions qui n'impliquaient pas d'entrée de devises dans le pays » » (soulignage et relief introduits par nous)

Ce même critère est réitéré plus loin, puisqu'en page 30. second paragraphe [du texte espagnol, p. 27, second paragraphe de la traduction française] il est écrit :

« En 1972, la réglementation bancaire et cambiaire du Chili n'est donc applicable que dans le cas d'entrée de devises au Chili. »

Comme Messieurs les Arbitres pourront l'observer, la représentation de l'État du Chili, par l'intermédiaire du Rapport de Monsieur Santa María qu'elle présente devant le Tribunal d'Arbitrage, rejette pratiquement tous ses moyens précédents destinés à nier la qualité d'investissement étranger que, selon la législation en vigueur au Chili en 1972, possède l'achat d'actions réalisé par Monsieur Víctor Pey Casado.

La suite du débat sur cette question est [donc] réduite à la Décision N°24, à sa prétendue applicabilité et à sa portée.

II.- APPLICABILITÉ DE LA DÉCISION N°24 DU GROUPE DE CARTHAGÈNE

La partie demanderesse a soutenu que la Décision N°24 de la Troisième Période de Sessions Extraordinaires de la Commission de l'Accord de Carthagène, qui approuvait un régime commun de traitement de capitaux étrangers, et concernait les marques, patentes, licences et privilèges. NE SE TROUVAIT PAS EN VIGUEUR

AU CHILI À L'ÉPOQUE DE L'INVESTISSEMENT DE MONSIEUR VÍCTOR PEY CASADO.

Il existe deux raisons pour soutenir cela, chacune d'entre elles assez et suffisamment puissante pour parvenir au résultat que nous indiquons, au point que le Rapport de Monsieur Santa María échoue dans sa tentative de démontrer le contraire.

En premier lieu ladite Décision N°24 ne se trouvait pas en vigueur pour la simple raison que l'unique manière de l'incorporer, valablement, à l'ordonnancement juridique interne du Chili, selon l'Organe de Contrôle Général de la République, était au moyen de la promulgation d'une Loi du Congrès National, et non par un simple Décret administratif émis par le Pouvoir Exécutif, de sorte que sans qu'ait été édictée une Loi à cet effet, il était impossible, selon l'Organe de Contrôle Général de la République, de considérer la Décision N°24 en vigueur.

Cela parce que, selon l'interprétation que faisait l'Organe de Contrôle Général de la République du cadre constitutionnel en vigueur à l'époque, des matières comme celle que prétendait réglementer la Décision N°24, et spécifiquement ce qui concernait l'établissement d'un régime alternatif et particulier à un certain type d'investissement étranger, devait obligatoirement faire l'objet d'une Loi, et n'étaient pas confiées au pouvoir réglementaire du Président de la République.

Telle est l'interprétation faite, et la décision prise, en son temps par l'autorité de l'État chargée précisément de veiller à la légalité des actes de l'administration.

Nous faisons référence à l'Organe de Contrôle Général de la République chargé de prendre acte et d'avaliser la légalité des actes de l'Exécutif, et qui, dans l'exercice de ses pouvoirs constitutionnels et légaux, **a rejeté et renvoyé sans le traiter**, le Décret N°482 du 25 juin 1971, au moyen duquel le Président de la République essayait d'incorporer la Décision N°24 à l'ordonnancement juridique chilien.

Monsieur Santa María, dans son Rapport, reconnaît en partie ce fait d'une importance essentielle, et c'est pour cette raison qu'en page 13 paragraphe initial et unique [du texte espagnol, page 12 et premier paragraphe de la traduction française] il fait état de ce que : «L'Organe de Contrôle Général de la République ayant rejeté le décret 482 pour des raisons de technique juridique, le Gouvernement promulgue le décret d'Insistance 488 du 29 juin 1971 ».

Je dis que la reconnaissance par Monsieur Santa María est partielle, car connaissant les effets dévastateurs de ce fait sur sa thèse, il déguise cette objection catégorique de la part de l'Organe de Contrôle Général de la République en disant qu'elle aurait eu lieu pour : « ...des raisons de technique juridique... » expression vague au moyen de laquelle il donne à entendre que les motifs de l'Organe de Contrôle Général de la République pouvaient avoir été seulement formels ou accessoires, qu'ils n'affectaient pas le fond du Décret.

Bien au contraire, le rejet par l'Organe de Contrôle Général de la République, et son refus de prendre acte du Décret N°482, attaquait le fond du Décret, et était établi sur ce que le Décret N°482 n'était pas adéquat et se révélait dénué d'efficacité

pour incorporer la Décision N°24 à l'ordonnancement juridique chilien dès lors qu'était requise la promulgation d'une Loi à cet effet.

Il suffit de lire la Communication N°42.998, en date du 28 juin 1971², où l'Organe de Contrôle Général de la République expose les considérations pour lesquelles il renvoie à l'exécutif, sans le traiter, le Décret N°482, pour s'assurer du caractère catégorique et radical des arguments pour lesquels, selon lui, le Décret N°482 était dépourvu de toute valeur juridique.

Le Rapport introduit des distorsions par rapport à la réalité, d'où le fait que l'on ne comprend pas qu'en page 17, paragraphe initial [du texte espagnol, p. 15 second paragraphe de la traduction française] il soit affirmé que le 13 juillet 1974 a été la première date à partir de laquelle ait été mise en question l'application de la Décision N°24 au Chili, alors qu'on ne peut éluder le fait que cette application avait été non seulement discutée, mais par avance et formellement rejetée le 28 juin 1971 par l'unique organe appelé à se prononcer sur ce point, à savoir l'Organe de Contrôle Général de la République. Un rejet qui, de surcroît, n'a jamais été modifié par l'Organe de Contrôle.

Tenant de mettre de côté cette objection, en page 14 [du texte espagnol, p. 12 de la traduction française] le Rapport recourt à la citation d'un Rapport du Conseil de Défense de l'État et d'une Circulaire du Service des Impôts internes, qui feraient référence à la mise en vigueur, au Chili de la Décision N°24.

La citation de ces documents est purement anecdotique pour les raisons suivantes :

a.- Ni le Service des Impôts Internes ni le Conseil de Défense de l'État n'ont parmi leurs prérogatives celle de décider de l'état de mise en vigueur d'un texte donné.

b.- Ni le Service des Impôts Internes ni le Conseil de Défense de l'État ne sont appelés à prendre acte des Décrets émis par le Président de la République, ou à se prononcer sur leur légalité et leur constitutionnalité, cela constituant une prérogative exclusive et sans partage de l'Organe de Contrôle Général de la République, conformément à ce que stipule sa Loi Organique. L'article 13 de la Loi N°10.336 (Loi Organique de l'Organe de Contrôle Général de la République) énonçait : **« Le « contralor » prendra acte des décrets suprêmes et se prononcera sur l'inconstitutionnalité ou l'illégalité dont ils pourraient être entachés dans le délai de trente jours à compter de la date de sa réception ».** (soulignage et relief introduits par nous).

c.- Conformément à l'article 6° du Code des Impôts, le Service des Impôts Internes a seulement cette faculté pour l'interprétation de la portée au plan fiscal des lois et autres textes juridiques.

d.- Le Conseil de Défense de l'État est simplement la section [administrative] chargée de représenter le Fisc au plan judiciaire, et les Rapports qu'il émet, hormis le

² Document annexe N°20 au Mémoire sur l'Incompétence de la République du Chili de 1999.

fait qu'ils ne sont pas contraignants, ne représentent que l'opinion juridique des membres qui composent le Conseil à un moment donné.

En tous cas, aux fins d'illustration à l'intention du Tribunal d'arbitrage il convient de faire remarquer que l'explication de ces avis donnés par le Service des Impôts Internes et le Conseil de Défense de l'État provient du fait que, malgré le refus de l'Organe de Contrôle Général de la République de prendre acte du Décret N°482, celui-ci fut publié de toutes façon au moyen de l'émission d'un Décret de Confirmation [Insistencia] de la part du Président de la République, qui porte le N°488, également de l'année 1971. Ce décret n'a fait que donner une **simple apparence** d'incorporation à l'ordonnancement légal du Chili de la Décision N°24. **Apparence** que devaient assumer les organes subordonnés au Président de la République, à savoir le Conseil de Défense de l'État et le Service des Impôts Internes, mais qui jamais ne put être, ni ne fut contraignant à l'égard des particuliers.

Confondant principes et normes de Droit Civil avec principes et normes de Droit Public, le Rapport de Monsieur Santa María soutient que, tant que n'aurait pas été prononcée une sentence judiciaire dont les effets, au surplus, seraient limités aux parties à la procédure dans laquelle elle aurait été prononcée, cette simple **apparence** aurait été contraignante à l'égard des autres particuliers.

Le Rapport oublie qu'au plan administratif et au plan du Droit Public, en accord avec la doctrine, la jurisprudence et le texte constitutionnel exprès, la nullité opère de plein droit (*ipso iure*), est imprescriptible et possède un effet *erga omnes*, ce qui détruit *in limine* tout l'effort qu'il déploie afin d'attribuer un effet juridique provisoire à un acte qui a été déclaré illégal et inconstitutionnel par l'Organe de Contrôle Général de la République avant même sa publication.

L'article 4° de la Constitution de 1925, en vigueur au moment de faits, disposait catégoriquement : « 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** » (soulignage et relief introduits par nous)

Commentant expressément ce texte, l'auteur et professeur titulaire de Droit Constitutionnel à l'Université Catholique du Chili, Monsieur Enrique Evans De la Cuadra, dans son livre intitulé Tableau de la Constitution Politique de la République du Chili», publié par Edition Juridique du Chili, en 1970, page 10, soutient textuellement :

« Finalement cet article établit une sanction : tout acte d'une autorité qui ne serait pas expressément autorisé par la Constitution ou les lois est NUL, autrement dit, est dénué, à partir du moment où il est exécuté, ET SANS NÉCESSITÉ OU'AUCUNE AUTORITÉ NE LE DÉCLARE, de toute efficacité juridique et ne produit aucun effet légitime » (soulignage, majuscules et relief introduits par nous)

En outre, le même critère est soutenu par Monsieur Nogueira Alcalá, auteur d'un autre Rapport juridique produit par la République du Chili sur la nationalité, où en page 14 [du texte espagnol, p. 11 de la traduction française] il affirme que «tout

acte effectué par un fonctionnaire de l'État –entre autres pour s'arroger une autorité ou un droit que la législation ne le lui a pas octroyé—est nul et sans aucune valeur, constituant ainsi un excès de pouvoir sans effet juridique. »

Les discussions à l'intérieur de l'Assemblée de l'Accord de Carthagène, et les reproches vis-à-vis desquels se défendaient les représentants de l'État du Chili dans cette instance, se justifient précisément par cette dualité, tous sachant que la Décision N°24 ne se trouvait pas, du point de vue constitutionnel, pleinement incorporée à l'ordonnancement juridique interne du Chili, en dépit de l'**apparence** créée par le Décret de Confirmation N°488.

L'autre raison pour laquelle nous soutenons que la Décision N°24 n'était pas en vigueur au Chili durant l'année 1972 se situe dans le fait que, même en supposant que le Décret de Confirmation N°488, publié le 30 juin 1971, eût possédé la capacité de conférer une valeur au Décret N°482 qui prétendait incorporer à l'ordonnancement juridique chilien la Décision N°24, il ne se déduit par de là que la Décision N°24 se fût mise à opérer immédiatement, ce 30 juin 1971, comme le soutient de façon réitérée et erronée Monsieur Santa María.

À la lecture des pages 13 dernier paragraphe [du texte espagnol, p. 12, premier paragraphe de la traduction française], 30 dernier paragraphe [du texte espagnol, p. 27 paragraphe final de la traduction française] et 33 [du texte espagnol, p. 31, paragraphe troisième de la traduction française], il apparaît que dans toutes Monsieur Santa María indique au Tribunal d'arbitrage que la Décision N°24 s'est mise à opérer au Chili le 30 juin 1971, date de publication au Journal Officiel des Décrets N°482 et de Confirmation N°488.

Le fait de soutenir cela, même en supposant l'efficacité de ces Décrets, constitue une erreur, dès lors que la Décision N°24, dans l'article A des dispositions transitoires, et le Décret N°482 lui-même, en son article troisième permanent, disposent des règles spécifiques sur [la date de] son entrée en vigueur, qui NE LA FONT PAS coïncider avec sa date de promulgation ou de publication.

De fait, conformément à ces deux textes, qui prévoient une règle spécifique pour l'entrée en vigueur de la Décision N°24, celle-ci devait seulement être mise en vigueur *lorsque tous les Pays Membres auraient déposé au Secrétariat de l'Assemblée les instruments par lesquels ils seraient mis en pratique dans leurs territoires respectifs, conformément aux dispositions du second paragraphe de l'article 27° de l'Accord de Carthagène.*

En d'autres termes la mise en vigueur de la Décision N°24 dans chacun des pays demeurerait suspendue jusqu'à ce que le dernier d'entre eux l'aurait incorporé à son ordonnancement juridique interne, et aurait consécutivement déposé le document le mettant en vigueur auprès du Secrétariat de l'Assemblée.

Selon ces textes, **en aucun cas** la simple publication au Journal Officiel des Décrets N°482 et N°488 ne pouvait faire entrer en vigueur au Chili la Décision N°24, si, à ce moment, il manquait, un autre pays membre à l'avoir incorporée valablement

à son propre ordonnancement juridique interne et à avoir fait le dépôt prévu auprès du Secrétariat.

Il se trouve que, précisément, la condition suspensive pour l'entrée en vigueur du régime prévu par l'article A transitoire de la Décision N°24, et l'article 3° permanent du Décret N°482, n'a pu être réalisé que postérieurement au mois de septembre 1973, c'est-à-dire après l'investissement de Monsieur Pey, car c'est un fait indubitable et accrédité dans la procédure d'arbitrage³ elle-même qu'un des États membres, à savoir la Colombie, n'a édicté un texte incorporant la Décision N°24 à son ordonnancement juridique interne que ce mois et cette année là. Décret qui porte le N°1900 et est daté du **15 septembre 1973**.

C'est-à-dire que, quand bien même le Chili aurait édicté une loi en 1971, faisant sienne la Décision N°24, celle-ci ne pourrait commencer à opérer avant septembre 1973, dans la mesure où manquait l'accomplissement de la condition prévue dans la Décision N°24 elle-même, laissant son application en suspens. À cet égard l'article 7° du Code Civil chilien élimine tout doute car, si dans son premier alinéa il dispose bien que la loi sera obligatoire à partir de sa publication au Journal Officiel, dans l'alinéa final il fait savoir en tout cas que toute loi pourra stipuler des règles différentes concernant sa publication et concernant la date ou les dates auxquels elle devra entrer en vigueur.

Il y a de quoi être étonné du contenu du simple fax de Monsieur Nicolas Lloreda Ricaurte, prétendument Directeur Général de la Communauté Andine en 2000, émis à la demande de la République du Chili⁴. Ledit fonctionnaire ne saurait invalider le 20 avril 2000 ce qui découle de la simple lecture de la Décision N°24 et de sa mise en regard du Décret 1900, n'approuvant légitimement qu'en 1973 la mise en vigueur de la Décision N°24 en Colombie.

III.- PORTÉE DE LA DÉCISION 24

Le fait que la Décision N°24 n'était pas en vigueur à l'époque de l'investissement de Monsieur Pey étant démontré, et à seule fin d'éviter que le Rapport de Monsieur Santa María laisse une sensation inexacte quant à sa signification et à sa portée, une analyse de ses aspects principaux paraît nécessaire.

Contrairement à ce que prétend la défenderesse, la Décision N°24 n'a jamais prétendu établir un régime exclusif et exhaustif de tous les types d'investissements étrangers possibles dans les pays membres de l'Accord de Carthagène, au point que l'article premier s'occupe avant tout d'attirer l'attention sur le fait que les définitions qui y sont contenues sont restreintes au cadre du régime de la Décision N°24, limitant de la sorte sa portée.

³ Voir dans le document annexe N°16 au Rapport de Monsieur Santa María, pages 13 et 14 [dans le texte espagnol, pp. 10 dans la traduction française] la référence à la Colombie.

⁴ Document annexe N°13 au Rapport de Monsieur Santa María

Cette conclusion est notamment soutenue par ce qui a déjà été indiqué quant au fait que, comme le reconnaît le Rapport de Monsieur Santa María, un investisseur étranger, dès lors qu'il investissait au Chili, pouvait le faire par l'intermédiaire du DFL N°258, s'il désirait avoir recours aux garanties et droits que celui-ci consacrait, **ou bien il pouvait le faire de façon parallèle**, sans se soumettre à aucun régime spécial offrant des avantages, ainsi que l'a fait Monsieur Pey.

En d'autres termes le fait que Monsieur Santa María reconnaît qu'avant la prétendue entrée en vigueur de la Décision N°24, le régime du DFL N°258 **était facultatif pour l'investisseur**, ce caractère nous amène nécessairement à décider que l'autre option était représentée par un mode parallèle de réalisation de l'investissement étranger, tout autant permis que le précédent, et dont la différence [à l'égard de ce dernier] se situait dans le fait que l'investisseur étranger ne pouvait pas jouir des franchises et des bénéfices offerts par le statut facultatif.

À partir de cette vérité indiscutée, la Décision N°24, à la supposer même en vigueur, n'introduisait aucune innovation à cet égard, dans la mesure où traitant seulement d'un type spécifique d'investissement étranger qu'elle définit elle-même, elle laisse en l'état la voie parallèle suivie par Monsieur Víctor Pey.

Il n'y a pas jusqu'au **Rapport N°797 du Conseil de Défense de l'État**, lui-même, du 29 novembre 1971, invoqué par Monsieur Santa María en faveur de sa thèse, qui ne constate que, s'agissant d'investisseurs disposant de la nationalité chilienne, la Décision N°24 n'exclut pas, à leur égard, la possibilité qu'ils continuent à matérialiser l'investissement étranger par l'intermédiaire du mécanisme, également optionnel, prévu à l'article 14 du Décret Loi N°1272, de 1961 (Loi sur les Changes Internationaux). À quoi nous pouvons ajouter, pour notre part, que si ce mécanisme facultatif de la Loi sur les Changes est demeuré en vigueur pour les chiliens, après la soi disant entrée en vigueur de la Décision N°24, à plus forte raison est demeurée en vigueur la voie parallèle suivie par Monsieur Víctor Pey, qui comme il a été dit, avait choisi de ne pas bénéficier ni d'obtenir pour son investissement des avantages en recourant aux mécanismes facultatifs que lui offrait la législation de l'époque.

IV. ABSENCE DE DÉFINITION DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Le seul problème mineur qu'engendre ce traitement de l'investissement étranger de la part de la législation chilienne est qu'elle ne fournit pas une définition générale quant à ce qui doit s'entendre sous ce terme. Cette question a été reconnue par Roberto Mayorga lui-même, l'avocat qui défendait les intérêts de la République du Chili dans ce procès, et qui, dans un livre qu'il a écrit sur le sujet, dont les parties pertinentes ont déjà été jointes à la procédure d'arbitrage (Document D10), reconnaît ce défaut de définition légale, et prétend la résoudre par renvoi aux propres définitions de l'API entre le Chili et l'Espagne.

En tous cas la nécessité de constituer une définition nous permet, à la lumière des diverses dispositions et conclusions déjà mises en avant, de parvenir à des critères fondés et uniformes, conformément auxquelles apparaît, de toutes façons,

sans pertinence la nationalité de l'investisseur, l'enregistrement de l'investissement, ou l'introduction sous forme de liquidités des capitaux internationaux, toutes objections soulevées par la République du Chili pour mettre en question la qualité d'investissement étranger de celui réalisé par Monsieur Víctor Pey Casado.

V.- LA NATIONALITÉ DE L'INVESTISSEUR EST DÉNUÉE DE PERTINENCE, L'ENREGISTREMENT EST FACULTATIF

La nationalité de l'investisseur est sans pertinence, car les régimes facultatifs pour l'investissement étranger, prévus par le DFL N°258 de 1960 et l'article 14 de la Loi sur les Changes Internationaux (DFL N°1272, de 1961), font totalement abstraction de la nationalité de l'investisseur.

Le développement de l'idée est simple, puisque si pour ces régimes formels et facultatifs la nationalité était sans pertinence, pour la voie parallèle suivie par Monsieur Pey elle l'était également.

Quant à la nécessité d'enregistrement de l'investissement, étant accepté qu'en 1972 il y avait une façon parallèle de matérialiser l'investissement étranger, qui n'était pas obligé de se soumettre à l'enregistrement prévu par le DFL N°258, il devient évident que l'enregistrement n'est pas une condition déterminante de la définition de ce qu'est un investissement étranger. De surcroît l'API entre le Chili et l'Espagne n'envisage pas cette condition, au contraire de ce qui est le cas d'autres API souscrits par le Chili. Ce qui signifie que lorsque la République du Chili a souhaité que les API ne protègent que les investissements formellement enregistrés dans le pays par l'intermédiaire de certains des régimes facultatifs, excluant ceux qui seraient matérialisés selon des modalités parallèles, et donc sans enregistrement formel, elle l'a indiqué expressément dans les traités, ce qui n'est pas le cas dans le traité avec le Royaume d'Espagne.

Finalement, pour ce qui est de la nécessité d'un transfert physique du capital, le fait que la Loi interne chilienne et le système régi par les API accepte des investissements étrangers en biens intangibles ou incorporels, le sens de l'API entre le Chili et l'Espagne, son contenu, et l'absence de texte interne qui imposerait cette condition, font disparaître toute objection de ce type.

En définitive, l'investissement de Monsieur Pey Casado en 1972 réunit les conditions pour être considéré investissement étranger, dans la mesure où manifestement il constitue un investissement (l'achat d'actions est considéré comme un investissement dans tous les pays du monde), où il a été réalisé au moyen de ressources extérieures à l'économie chilienne, et où, en plus, le paiement, qui constitue la contrepartie de l'investissement, a été effectué en devises.

Je prie Messieurs les Arbitres de prendre en compte ces considérations formulées avec fermeté et équité.