

**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***

**D15 : EXPOSE COMPLEMENTAIRE SUR
LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL**

Présenté par le Dr Juan E. Garcés, avocat représentant des demanderesses, avec la coopération des Cabinets juridiques Gide, Loyrette, Nouel, Ropes&Gray et Garcés y Prada, Avocats.

Madrid, le 11 septembre 2002

Présentation

Après un bref rappel :

- des faits à l'origine du présent différend ;
- de la compétence du Tribunal Arbitral ;
- des actes arbitraires dont M. Pey Casado a été la victime;
- des éléments établissant la réalité de l'investissement réalisé par M. Pey Casado en 1972 ;
- de la nature juridique de l'investissement et des différentes lois trouvant application en l'espèce, y compris le régime juridique de la transmission des actions sociales nominatives ;

la qualité d'investissement étranger de l'investissement sera examinée afin de répondre à une préoccupation du Tribunal Arbitral relative à l'existence d'un investissement conforme aux exigences de la Convention de Washington et de l'API (V).

Cette section sera l'occasion de revenir sur la position de la défenderesse et de la démentir en ce qui concerne l'application de normes internes et internationales, notamment sur l'absence d'autorisation ou d'enregistrement préalable de l'investissement.

Revenant sur le point 112 de la Décision du Tribunal Arbitral et en réponse à sa question posée au point 114, il sera démontré que ni l'API ni la législation chilienne ne requièrent que le prix en devise étrangère d'une acquisition de parts sociales d'une société chilienne doive être effectué au Chili ou doive être transféré au Chili. De plus, ni la loi chilienne ni l'API ne contiennent de disposition limitative relative à la question du transfert de capitaux.

En ce qui concerne la question de la propriété continue des actions par M. Pey Casado depuis le 3 octobre 1972, le Tribunal est renvoyé à l'exposé sur le fond.

S'agissant de la question de la nationalité de M. Pey Casado, il sera de nouveau exposé que celui-ci a légalement fixé son domicile en Espagne le 4 juin 1974 et a obtenu le 14 juin 1974 une Carte Nationale d'Identité espagnole et un passeport espagnol. Ceci a été reconnu par les autorités compétentes espagnoles et les autorités chiliennes en ont pris acte (VI).

Plus significatif, et répondant à une interrogation précise du Tribunal Arbitral, il sera également démontré que le Chili a méconnu la nationalité chilienne de M. Pey Casado à la suite du Coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973 et l'a réduit à un état d'apatriide (VI).

En outre, et à titre subsidiaire, M. Pey Casado avait valablement renoncé à la nationalité chilienne avant même le consentement à l'arbitrage et l'introduction de la **Requête** d'arbitrage (VII).

La question du droit à agir de la Fondation Espagnole sera également étudiée (VIII). Cette Fondation, ayant légalement acquis 90% des actions de M. Pey Casado et ayant satisfait le préalable relatif à la consultation amiable avec l'Etat défendeur, est recevable à agir dans la présente procédure.

Enfin, le Tribunal Arbitral trouvera des observations sur certains points évoqués dans sa Décision, notamment l'application de l'API à la controverse dont est saisi le Tribunal et l'objet même de la demande dont il a à connaître.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
Remarques préliminaires	7
LES FAITS GÉNÉRATEURS DU DIFFÉREND	
I. LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL	7
II LA VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME INFÉRÉE À L'INVESTISSEUR M. VICTOR PEY	10
III. LA RÉALITÉ DE L'INVESTISSEMENT	15
IV LA NATURE JURIDIQUE DE L'INVESTISSEMENT	23
IV.1La législation applicable à l'investissement	25
IV.2L'interprétation du contrat convenu à Estoril le 13 mai 1972	25
IV.3Le précédent de l'affaire The Baar	27
IV.4Le contrat d'achat et vente de CPP S.A	28
IV.5La capacité des parties à contracter	30
IV.6La forme du contrat	31
IV.7Le fond du contrat	31
IV.8La conclusion du contrat	34
IV.9La consommation du contrat	36
IV.10Le régime juridique de la transmission des actions sociales nominatives	38
IV.11La monnaie du contrat et du paiement	39
IV.12 Absence d'impact de la «Décision n° 43» sur la nature juridique de l'investissement	40
V LA QUALITÉ D'INVESTISSEMENT ÉTRANGER	41
L'investissement est conforme aux exigences de la Convention CIRDI et l'API hispano-chilien - Point 119 de la Décision du Tribunal Arbitral	41
V.1 Considérations relatives au droit du Fonds Monétaire International	42
V.2 Ni la Convention de Washington ni l'API n'établissent des procédures d'acceptation ou d'autorisation d'entrée du capital	44
V.3 Ni la Convention de Washington ni l'API Espagne-Chili n'établissent des procédures d'autorisation du transfert du capital	45
La Convention de Washington	44
L'API Espagne-Chili	44
V.4 Les dispositions légales chiliennes en 1972	48
Points 112 et 114 de la Décision du Tribunal arbitral	
V.4.1. Les Décrets ayant Force de Loi (DFL) N° 258, de 1960, N° 1.272, du 11 novembre 1961, et le droit du FMI	52
V.4.2. Le Décret ayant Force de Loi (DFL) N° 258, de 1960	55
V.4.3. Le Décret ayant force de Loi N° 1.272, du 11 novembre 1961	56
V.4.4. Le Décret ayant Force de Loi N° 600, du 11 juillet 1974, Statut de l'Investissement Étranger	60

Page

V.4.5.	Le Décret ayant Force de Loi N° 746, du 6 novembre 1974	63
V.4.6.	La Décision N° 24 du Groupe de Carthagène	64
V.4.7.	Les dispositions réglementant les investissements regardant le transfert hors du Chili du capital et des bénéfices	66
V.4.8.	Absence de pertinence des dispositions relatives aux investissements recherchant le droit de transférer les capitaux hors du Chili	67
V.4.9	La jurisprudence chilienne sur le contrôle des changes	67
V.4.10	Ni l'API Espagne-Chili, ni la Loi interne, n'exigent qu'un contrat d'achat d'actions d'une entreprise chilienne, convenu à l'étranger en devises US, doive nécessairement stipuler que le paiement du prix soit effectué à l'intérieur des frontières du Chili	69
V.5	LE « TRANSFERT DE CAPITAUX »	70
Point 115 de la Décision du Tribunal Arbitral		
V.5.1.	Le droit du Fonds Monétaire International et l'API Espagne-Chili	70
V.5.2.	Le « transfert de capitaux » dans l'API Espagne-Chili	72
	Le transfert de capitaux et le Préambule de l'API de 1991	72
	Le « transfert de capitaux » dans d'autres API signés par le Chili	75
V.5.3.	The World Bank Guidelines	79
V.5.3.2.1	Les Directives de la Banque Mondiale concernant le cadre juridique pour le traitement des investissements étrangers	82
V.6	L'investissement étranger dans le programme de conversion de la dette externe chilienne et les API signés par le Chili	82
V.6.1.	Le régime normatif actuel des investissements étrangers au Chili	84
V.6.2.	Les normes relatives au contrôle des changes	84
V.6.5.	L'éviction des règles dites de la continuité de la nationalité et de l'identité du titulaire du droit par l'art. 25 de la Convention CIRDI et l'art. 1.2 de l'API Espagne-Chili. L'exemple des ADR d'entreprises chilien... cotées à la Bourse de New York	87
	Ni l'API Espagne-Chili ni la Loi interne du Chili n'exigent que le capital investi entre au Chili nécessairement sous forme de liquidités ou cash, ni que l'admission de l'investissement étranger doive être autorisée préalablement par les Autorités	88
V.6.6	Les études du FMI sur le Chili	90

ESPAGNOLE AUX DATES ÉTABLIES À LA CONVENTION CIRDI	93
Préliminaire	
Le 9 octobre 1997 le Gouvernement du Chili n'affirmait pas que	
M. Pey était chilien en 1997	93
VI.1 Réponse aux observations du Tribunal du 8 mai 2002, point 52	95
L'API. La Loi applicable à la nationalité	95
VI.2 Ni le domicile ni la résidence de l'investisseur ne sont des critères	
que l'API Espagne-Chili ait retenu aux effets de son application	96
VI.3 Les objections de la défenderesse à l'encontre de la nationalité	
exclusive espagnole de M. Pey	99
VI.4 L'État du Chili a méconnu la double nationalité chilienne de M. Pey	
après le 11 septembre 1973	100
Point 110 de la Décision du Tribunal Arbitral	
Le 27 octobre 1973 M. Pey a quitté le Chili réduit à l'état d'étranger	101
L'acte de refus du passeport constitue une « méconnaissance »	
de la nationalité chilienne	103
VI.5 M. Pey a été réduit à l'état d'apatrie	
La privation de la protection diplomatique imposée à M. Pey	104
Violation des droits de M. Pey Casado	
VI.6 Réponse aux questions du Tribunal du 8 mai 2002, points 52 et 55	110
<i>La professio iuris</i> de M. Pey de juillet 1991 et mai 1997	111
VI.7 Réponse aux questions du Tribunal du 8 mai 2002, point 58	113
Le droit espagnol reconnaît un seul domicile légal et plusieurs résidences.....	114
Le Consulat de Santiago n'était pas compétent pour attester	
du domicile légal en Espagne de M. Pey depuis 1974	114
Le domicile légal de M. Pey Casado est en Espagne depuis 1974	116
Les inscriptions au Registre de l'état Civil de l'établissement	
du domicile à Madrid de M. Pey n'ont pas une valeur constitutive	
mais informative	119
VII. M. PEY A RENONCÉ À LA NATIONALITÉ CHILIENNE	
Réponse aux questions du tribunal aux points 110 et 63	127
VII.1 La renonciation en droit chilien	127
VII.2 Renonciation avant de consentir à l'arbitrage conforme à la	
Convention du 24 mai 1958	
Observations sur le point 59 de la Décision du Tribunal	
arbitral	131
VII.3 La renonciation est en conformité avec la Convention du	
25 mai 1958	132
La compétence de la Direction de la Politique Consulaire du	
Ministère des AA.EE. a été confirmée par la Cour Suprême	133
VII.4 La renonciation à la nationalité chilienne prend effet à la date	
où a eu lieu l'acte de manifestation de la volonté d'y renoncer	134

Page

VII.5 Le Chili a cherché à imposer à M. Pey la double nationalité afin de se soustraire à la Convention de Washington et à l'API Espagne-Chili Point 109 de la Décision du Tribunal arbitral	137
VII.6 L'Espagne a reconnu que M. Pey avait renoncé valablement à la nationalité chilienne	139
M.Pey est inscrit au Consulat d'Espagne à Santiago "de passage"	141
VIII. LE DROIT À AGIR DES DEMANDEUSESSES	143
VIII.1 Recevabilité de la Requête	
VIII.2 Réponse aux questions du Tribunal du 8 mai 2002, points 72 et 128 : consultation amiable	144
VIII.3 Le droit à agir de la Fondation espagnole	147
À propos de la Loi régissant la cession de 90% des droits relatifs à l'investissement dans CPP S.A. Le rattachement au for espagnol	149
La succession de la société dissoute en droit chilien	149
La Fondation a acquis valablement 90% des droits sur l'investissement	150
Nature juridique de la cession réalisée en 1989 en faveur de la Fondation Espagnole	150
La cession de crédits en droit chilien et son opposabilité	151
Le Chili n'a pas soulevé d'objection à la cession de droits sur CPP S.A. en faveur de la Fondation Espagnole	153
La cession est opposable à la partie défenderesse	153
La règle dite de la continuité de l'identité du titulaire du droit en cause a été évincée par la Convention de Washington du 18 mars 1965 et l'API Espagne-Chili du 2 octobre 1991	158
La transmission des droits à l'arbitrage et la Convention CIRDI	161
L'éviction de la règle de la continuité de l'identité du titulaire du droit à l'arbitrage est possible dans la Convention de Washington	162
La jurisprudence du CIRDI	163
La cession du droit fondant la réclamation internationale	165
Le droit processuel	166
La jurisprudence du CIRDI	166
IX. AUTRES QUESTIONS DU TRIBUNAL	170
IX.I Réponse aux questions du Tribunal du 8 mai 2002, point 64	170
IX.II Naissance du différend, Non-rétroactivité de l'API Réponse aux questions du Tribunal du 8 mai 2002, points 123 et 124	170
IX.III Choix d'un for - Réponse aux questions du Tribunal du 8 mai 2002, points 71 et 124	175
Conclusion	179

REMARQUES PRELIMINAIRES

LES FAITS GÉNÉRATEURS DU DIFFÉREND

ont été

- a) la décision du Gouvernement du Chili du 20 novembre 1995¹, de ne pas accepter la requête que M. Pey Casado (avec l'accord de la Fondation espagnole) a adressée à M. le Président du Chili, M. Eduardo Frei, en date du 6 novembre 1995², demandant la restitution de la totalité des biens confisqués à CPP S.A. par Décret Suprême du Ministère de l'Intérieur n° 165, du 10 février 1975³.
- b) **A ce fait, s'ajoute une décision du Gouvernement du Chili survenue deux ans et demi après le début de la procédure arbitrale, il s'agit de la « Décision N° 43 » du Ministre des Biens Nationaux**, du 28 avril 2000, qui a une nouvelle fois dépossédé M. Pey et la Fondation espagnole de leurs droits sur CPP S.A⁴.

I

LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Au cours de la procédure, les demanderesses ont produit les pièces et les fondements qui établissent la compétence du CIRDI dans la présente affaire et, par voie de conséquence, du Tribunal arbitral. On y ajoutera les fondements complémentaires suivants, qui tiennent surtout compte de la jurisprudence des Tribunaux du CIRDI après le dépôt de la Requête le 7 novembre 1997.

La compétence du Tribunal et la recevabilité de la Requête arbitrale s'apprécient à la date du consentement à l'arbitrage et de l'enregistrement de la Requête, soit le 7 novembre 1997⁵ et le 20 avril 1998, respectivement, selon les termes établis à l'art. 25 de la Convention de Washington et les principes rappelés par la Cour Internationale de Justice⁶.

¹ Communication de la Ministre des Biens Nationaux en date du 20 novembre 1995, pièce N° 23 annexe à la Requête d'arbitrage du 7.11.1997.

² Pièce N° 22 annexe à la Requête.

³ Pièce N° 1 annexe au Mémoire du 17 mars 1999

⁴ La « Décision N° 43 » du Ministère des Biens Nationaux, du 28 avril 2000, a été produite par la défenderesse après l'audience orale du 5 mai 2000, et cela seulement en espagnol. Les demanderesses en ont produit la traduction le 11 mai 2000.

⁵ Le 6 octobre 1997 est la date du dernier consentement, celui de la Fondation espagnole (pièce N° 2 annexe à la Requête). Cette dernière, datée du 6 novembre 1997, a été déposée au Centre le lendemain.

⁶ Cf. p.ex. l'Arrêt du 27 février 1998 dans l'affaire « *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultat de l'incident de Lockerbie* », Jamahirya arabe lybienne c. Etats-Unis d'Amérique, paras. 37 et 42.

La présente affaire ne met pas en cause un contrat d'État et ne soulève donc pas les problèmes qui découlent de tels contrats. En conséquence, le Tribunal n'a pas à s'interroger sur les effets de la présence d'un contrat d'État convenu avec un investisseur qui aurait volontairement demandé à bénéficier des priviléges facultatifs accordés par les normes internes du Chili portant sur des investissements en capitaux étrangers⁷.

Dans l'affaire **AMCO ASIA v. Indonesia** (1984)⁸, le Tribunal avait estimé que la demande d'autorisation d'investissement suivie de l'octroi d'une telle autorisation s'analysait en une relation *sui generis* comparable à un contrat. Mais, dans la présente affaire, ni les demanderesses ni la défenderesse n'ont soutenu que, par delà les actes unilatéraux contestés, se profilait une situation contractuelle.

Le consentement de la République du Chili repose donc non pas sur un contrat d'investissement mais sur le recours aux termes d'un traité d'investissement de portée générale⁹ conclu avec le Royaume d'Espagne, État national de M. Pey et de la Fondation Président Allende.

La rédaction des articles N° 5 et 3 de l'API Espagne-Chili montre que le différend soumis à la considération du Tribunal est de ceux que la Convention de Washington et l'API définissent comme étant en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre :

« Article 5. Nationalisation et expropriation.

« 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. »

« Article 3. Protection.

« 1. Chacune des Parties protégera dans son territoire les investissements effectués conformément à sa législation, par des investisseurs de l'autre Partie et il n'entravera pas, au moyen de mesures injustifiées ou discriminatoires, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance, l'extension la vente ni, le cas échéant, la liquidation de tels investissements. »

⁷ Voir la Section II(II) de notre dossier de plaidoirie du 29 octobre 2001.

⁸ International Legal Materials, vol. XXIV, 1985, p. 1030, para. 189

⁹ Parmi les affaires du CIRDI ayant un API à la base de la compétence du Tribunal on peut citer **l'APPL v. Republic of Sri Lanka** (1990, CIRDI, ARB/87/3, ICSID Review –Foreign Inv. Law Rev., vol. VI, 1991, p. 514.); **AMT v. Republic of Zaïre** (1997, CIRDI ARB/93/1, International Legal Materials, vol 36, 1997; **Antoine Goetz c. République du Burundi** (ICSID Case N° ARB/95/3, Décision du 10 février 1999, ICSID Rev., F.I.L.J., 2000, vol. 15, N°2.), dont nous avons extrait des citations.

La partie demanderesse est composée d'une personne physique et d'une personne juridique, toutes deux de nationalité espagnole exclusive aux dates que l'art. 25 de la Convention de Washington établit pour déterminer la compétence, c'est à dire à la date du consentement à l'arbitrage (le 6 octobre 1997, la dernière des dates où l'unes des parties a consenti à l'arbitrage) et à la date d'enregistrement de la Requête (le 20 avril 1998).

Les demanderesses ont fait le choix, établi à l'art. 10.2 de l'API, de la voie à suivre pour leur réclamation lorsqu'elles ont consenti au présent arbitrage.

II

La violation des droits de l'homme dont est victime l'investisseur M. Pey

II.1

La présente affaire porte sur un différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement en capitaux étrangers effectué en 1972 par M. Victor Pey-Casado dans la principale entreprise de presse du Chili, le Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (CPP S.A.), après le refus du Président de la République du Chili de mettre fin au différend par accord amiable, proposé le 6 novembre 1995 et dans les offres qui ont suivi¹⁰.

En plus de la confiscation de son investissement, se profile également la violation radicale des droits de l'homme infligée à M. Victor Pey. Il a été l'une parmi les milliers de victimes d'une action d'ensemble, planifiée et systématiquement appliquée par le régime Pinochet, visant à l'extermination physique d'un secteur significatif de nationaux chiliens et de certains étrangers.

À partir du 11 septembre 1973, le droit à la vie, à la liberté et à la propriété privée a été déniée aux personnes considérées par les services de la Dictature comme appartenant à ce secteur de la nation chilienne. Or M. Pey se trouvait être le propriétaire du principal moyen de communication du pays. La privation de tous les droits de l'investisseur espagnol à partir de cette date doit donc être insérée dans le contexte d'une politique d'extermination, pour des raisons politiques et idéologiques, infligée en particulier au leadership du pays en septembre 1973 favorable à la forme représentative de Gouvernement.

La confiscation des biens de M. Pey¹¹ a eu lieu à partir du la mise en oeuvre du Décret-Loi N° 77, de 1973, portant dissolution des partis politiques favorables à la forme représentative de Gouvernement¹², et du Décret Suprême N° 165, de 1974, portant dissolution de CPP S.A. et EPC Lté., dont tous les biens ont été confisqués dans le contexte de violations massives et systématiques des droits de l'homme dont font état les rapports des commissions d'enquête des Nations Unies et les dix-neuf condamnations successives du Gouvernement du Chili approuvées par l'Assemblée Générale de l'ONU.¹³

La destruction d'un groupe en raison de ses convictions politiques ou idéologiques

¹⁰ Pièces N° 22, 23, 11 et 12 annexes à la **Requête** d'arbitrage du 7.11.1997.

¹¹ Voir le Décret Suprême N° 1200, du 25 novembre 1977, pièce N° 20 annexe à la **Requête** d'arbitrage du 7.11.1997.

¹² Pièce N° 19 annexe au **Mémoire** du 17.03.1999. Les partis politiques dissous faisaient partie du Gouvernement démocratique du Chili. Ils avaient obtenu 44% des suffrages dans les élections parlementaires du 4 mars 1973.

¹³ Voir pièces C1 et C2.

est un crime contre l'Humanité¹⁴. Ces principes font partie du Droit International coutumier depuis l'approbation par l'Assemblée Générale des NN.UU., le 11 novembre 1946, des "Principes de la Charte et de la Sentence du Tribunal de Nüremberg".¹⁵ Ils ont été confirmés dans l'art. 21 du projet de Code des crimes contre la sécurité de l'Humanité, préparé par la Commission de Droit International des NN.UU. ; dans l'art. 5 des Statuts de la Cour Pénale Internationale pour l'ex-Yougoslavie ; dans le Traité de Rome du 17 juillet 1998, qui a établi la Cour Pénale Permanente Internationale¹⁶. Ils incriminent toutes "les persécutions pour des motivations politiques, raciales ou religieuses". Ainsi, le Traité de Rome du 17 juillet 1998 définit le crime contre l'Humanité dans les termes suivants :

Art. 6.1 (h) : Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour.

Art. 6.2. (g) Par 'persécution', on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet;

II.2

La nature de la politique pratiquée par les Autorités du Chili après le 11 septembre 1973 est décrite dans l'Arrêt d'inculpation, par la Chambre Pénale N° 5 de la Cour d'Assises Nationale de l'Espagne, du général Augusto Pinochet, le 10 décembre 1998, pour les crimes de génocide, terrorisme et tortures massives¹⁷. On y constate que la saisie de la propriété faisait partie des instruments mis en place pour détruire le groupe national visé. Tous les Décrets confiscatoires des biens de M. Pey portent la signature d'Augusto Pinochet¹⁸.

Le caractère systématique et généralisé, la motivation politique, la volonté de détruire le groupe national chilien, en particulier le leadership favorable à la forme représentative de Gouvernement avec lequel M. Pey était identifié, le fait de vouloir priver ce dernier de son droit à la vie, à la liberté et à la propriété de ses biens du fait d'être vu, par le Régime *de facto*, comme appartenant à ce groupe national, font de la présente affaire

¹⁴ Art 6.c) des Statuts de la Cour Internationale de Nüremberg; art. 5.c) des Statuts de la Cour Militaire Internationale de Tokio; art. 2.1. c) de la Loi No. 10 promulguée par le Conseil de Contrôle allié en Allemagne en 1945.

¹⁵ Résolutions de l'Assemblée Générale 3(I), du 13 février 1946, et 95(I) du 11 décembre 1946. Voir Nuremberg, U.S. Mil. Trib, 4 Dec. 1947, Justice Trial, A.D., 1947, 282.

¹⁶ U.N. Doc A/CONF.183/9.

¹⁷ Pièce C141. La Convention pour la répression du Génocide, du 9 décembre 1948, a été ratifiée par le Chili le 1^{er} septembre 1953, et promulguée en Espagne le 8 février 1969.

¹⁸ Pièces N° 20 annexe à la Requête d'arbitrage du 7.11.1997; N° 1, 2, 3, 19, 20 et 21 annexes au Mémoire du 17 mars 1999; Décret « Exempté » du 21.X.1974 ci-annexe C136

également un cas de violation des droits de l'homme d'un investisseur en capitaux internationaux. En particulier des droits¹⁹

- à la vie,
- à la liberté,
- à la propriété,
- à ne pas être objet de discrimination pour des raisons politiques,
- à ne pas être privé arbitrairement de sa nationalité et du droit à en changer,
- à l'honneur.

M. Pey n'a pu préserver sa vie et sa liberté que par le fait du hasard et, par la suite, grâce à la protection du Vénézuela. Le 8 octobre 1975 le Ministère de la Défense Nationale informait le Juge de Santiago que

*« le Département de Police Internationale, Section Contrôle des Frontières, a fait savoir que VICTOR PEY CASADO a quitté le pays en date 9 décembre 1974 (sic), après avoir pris asile à l'Ambassade du Vénézuela, en s'acheminant vers cette même République par voie aérienne ».*²⁰

La défenderesse a prétendu que M. Pey ne se trouvait pas au Chili depuis le 27 août 1973, tentant ainsi d'occulter la privation intégrale des bénéfices de la Convention sur la Double Nationalité dont il a fait l'objet de la part du Régime *de facto*.²¹ La présence de M. Pey au Chili lors du Coup d'État, démontrée par de nombreux documents, est également attestée dans la déclaration judiciaire sous serment de M. Osvaldo Sainte-Marie, Gérant du Journal CLARIN.²²

Les propriétés de M. Pey, dont seul l'investissement de 1972 entre dans le cadre de la présente procédure arbitrale, ont été l'objet de discriminations sérieuses et ininterrompues sous tous les Gouvernements qui se sont succédés depuis le 11 septembre 1973 jusqu'à nos jours. Ces derniers ont fait obstacle, sous différents prétextes, à ce que soient rendus sans effet les Décrets confiscatoires des biens de M. Pey. Ce n'est que le 14 mai 2002 que la Cour Suprême du Chili, en statuant à propos de biens autres que ceux de CPP S.A., a rejeté les arguments de l'actuel Gouvernement chilien²³, visant à perpétuer les Décrets répressifs, et a déclaré nuls et sans effet tous ceux portant confiscation des droits et actions de M. Pey.

¹⁹ Ces droits sont protégés dans les arts. 3, 17, 2 et 15 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, du 10 décembre 1948 ; dans les arts. 6.1, 9.1, 26 et 17 de la Convention Internationale des Droits Civiles et Politiques, du 16 décembre 1966, ratifiée par le Chili le 10 mai 1972, et promulgué en l'Espagne le 30 avril 1977 ; et également dans la Convention Américaine des Droits de l'Homme, du 22 novembre 1969 (Décret N° 853, du 5.01.1991)., arts. 4.1, 7.1, 21, 24, 20 et 11.

²⁰ Déclaration du Ministère de la Défense Nationale du 8 octobre 1975, pièce 137.

²¹ Pièce N° 9 de la Réplique du Chili du 27 décembre 1999. Elle a suscité l'objection de la présente partie pour distorsion des faits.

²² Pièce C113. Voir aussi les pièces C13 et C50.

²³ Voir les arguments du Fisc dans l'Arrêt de la Cour Suprême du 14 mai 2002, pièce ci-jointe C138. Le Fisc y était représenté par le Conseil de Défense de l'État.

La Convention Américaine des Droits de l'Homme, du 22 novembre 1969, en vigueur au Chili depuis le 5 janvier 1991, dispose que

«Nul ne peut être arbitrairement privé de ses biens si ce n'est au moyen du paiement d'une juste indemnisation, pour des raisons d'utilité publique ou d'intérêt social cela dans les cas et selon la forme établis par la loi ».

Le Droit International considère la confiscation de la propriété privée, aussi bien de personnes physiques que d'entreprises, comme une violation des droits de l'homme.²⁴

II.3

L'investisseur, M. Pey, et partant la Fondation espagnole, a été depuis le 11 septembre 1973, et continue à être aujourd'hui, l'objet de discriminations sérieuses par les Autorités du Chili. Celles-ci

- a) l'ont privé de tous les biens de CPP S.A. et EPC Ltée. pour des raisons politiques à partir du 11 septembre 1973²⁵;
- b) lui ont méconnu arbitrairement les bénéfices de la Convention sur la Double Nationalité après le 11 septembre 1973 et l'ont réduit à une situation d'apatriote *de facto*²⁶;
- c) lui ont dénié le droit de renoncer en 1996 aux bénéfices de la Convention sur la Double Nationalité²⁷;
- d) ont tenté de lui imposer la nationalité chilienne après que, le 4 août 1998, le Registre de l'état Civil eut inscrit sur sa fiche signalétique qu'il était « étranger »²⁸;
- e) ont porté atteinte à son intégrité morale et à son honneur en le présentant publiquement, depuis 1975, comme un « prête-nom » de Partis Politiques ou du Président Allende, lors de son acquisition en 1972, pour la somme de 1.280.000 US\$, de CPP S.A.²⁹ ;
- f) ont porté atteinte à son intégrité morale et à son honneur depuis le 28 avril 2000 en le présentant dans les moyens de communication comme un « imposteur » qui, conjointement avec la Fondation espagnole prétendrait « frauduleusement »

²⁴ Voir les Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans les affaires S.A. Dangerville c. France, du 16/4/2002; ELIA S.r.l. c. Italie, du 2 août 2001; Titiana Loizidov c. Turquie, du 16 décembre 1996.

²⁵ Décrets N° 276, de 1974 ; N° 165, de 1975 ; N° 580, de 1974, N° 1200, de 1977, pièces N° C136, N° 1 annexe au Mémoire du 17.03.1999, N° 20 annexe à la Requête d'arbitrage, respectivement.

²⁶ Voir les pièces C15, C14 et la déclaration de M. Pey lors de l'audience du 29 octobre 2001.

²⁷ Voir la pièce N° 14 annexe au Mémoire sur l'incompétence ; les points du Mémoire d'Incompétence : 1.1.2.3; 1.1.2.4; 1.1.2.5; 1.1.2.6; 1.1.2.7; 1.1.2.8; 1.1.4; 1.1.4.3 ; 1.2.3.11; 1.2.3.12; 1.2.3.13; 1.2.3.14; 1.2.3.15; 1.2.3.16; 1.2.4 ; 1.2.7.1; 1.2.7.2; les points de la Réplique 1.1.6; 1.1.12; 1.2.1 ; la transcription des interventions du Chili lors des audience des 3 et 5 mai 2000 et des 29-30 octobre 2002.

²⁸ Voir les communications que M. Banderas, alors délégué du Chili dans la procédure arbitrale, a adressée à la Directrice du Registre de l'état Civil afin de modifier l'inscription dans la fiche signalétique de M. Pey où il figure comme « étranger ». Elle a été produite en espagnol après la clôture de la procédure le 5 mai 2000, et en français, à la demande du Tribunal, le 29 novembre 2001, mais tellement défigurée et partielle que nous avons dû compléter la traduction et la communiquer au Tribunal le 3 décembre 2001.

²⁹ Voir pièces C8 et C81 à C87.

avoir des droits sur CPP S.A., l'Administration chilienne proclamant de son côté que les propriétaires de CPP S.A. seraient des tiers.³⁰

III

LA RÉALITÉ DE L'INVESTISSEMENT

La définition d'investissement à laquelle ont **consenti** les parties est celle de l'art. N° 1.2 de l'API Espagne-Chili³¹, qui comprend l'acquisition d'actions d'une Société, ce qui est le cas d'espèce.

L'investissement a été fait de bonne foi et en conformité avec les lois et les règles de l'État hôte. Entre le vendeur, M. Sainte-Marie, et l'acheteur existait un lien d'amitié, comme M. Pey l'a exposé au Tribunal arbitral lors de sa comparution le 30 octobre 2001, fondée sur des rapports de confiance mutuelle et d'intimité dont témoignent les lettres que le premier adressait à l'investisseur espagnol (voir annexes C156 à C159).

Cette confiance, et le fait que M. Pey assurait la continuité de la ligne éditoriale du Journal, expliquent que le fondateur et directeur de ce grand Quotidien ait rejeté en 1972 des offres d'achat plus avantageuses. M. Pey l'a également exposé devant le Tribunal arbitral le 29 octobre 2001 :

« (...) la certitude de ce qu'entre mes mains le journal conserverait son indépendance, dans le cadre des principes clairement démocratiques et progressistes, explique pourquoi M. Darío Sainte Marie a choisi de me vendre à moi ses entreprises de presse, sans accepter des offres nettement plus élevées que la mienne. Monsieur Darío Sainte Marie maintenait une échelle de valeurs qui ne dépendait pas exclusivement de l'appât du gain. ».

Ceci est corroboré par le commentaire devant la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago, le 8 octobre 1975, de M.Osvaldo Sainte-Marie qui, en apprenant que le prix de vente du Journal a déclaré:

³⁰ Voir la transcription des interventions du Chili lors des audiences des 3 et 5 mai 2000, les déclarations mensongères et injurieuses du directeur de la délégation du Chili auprès de la présente procédure arbitrale au journal espagnol El País, le 23 juin 1999 (pièce C177), les déclarations des Ministres du Gouvernement chilien aux moyens de communication le 14 mai 2002, pièce C172, parmi bien d'autres..

³¹ Art. 1.2. « *Par « investissements » on désigne toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement et en particulier, encore que non exclusivement, les suivants: Actions et autres formes de participation dans les sociétés (..) ».*

*« concernant la somme ou les sommes qu'on avance comme ayant été payée, elles me paraissent faibles eu égard à la véritable valeur d'un journal dont les biens et [le fait qu'il était] le premier pour la circulation dans le Pays, faisaient qu'il valait beaucoup, mais beaucoup plus (...) ».*³²

Le fait que M. Pey a acheté les actions de CPP S.A. en son nom et pour lui, et qu'il n'avait pas d'engagement envers d'éventuels tiers, est prouvé dans les termes du contrat convenu à Estoril le 13 mai 1972, tel que modifié à Genève le 2 octobre suivant :

« Je déclare qu'à la présente date, j'ai reçu de vous douze mille (12.000) actions [relatives à la] propriété du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (Titres 2-4-5 et 6) que je conserverai en ma possession sans les céder ou les transférer à quelque titre que ce soit à quiconque, [qu'il s'agisse] d'une personne physique ou morale, jusqu'à ce que soient remplies chacune des conditions suivantes: (...)

*« Si certaines des conditions ci-dessus n'étaient pas remplies je m'engage à vous restituer, avec les transferts correspondants, les douze mille actions du Consortium Publicitaire et Périodique SA, que je conserverai en ma possession en dépôt de garantie de l'accomplissement intégral des stipulations énoncées sous les lettres a, b et c. ».*³³

Les faits prouvant l'existence de l'investissement sont les suivants :

- 1) À la suite de négociations commencées début 1972 sur la base d'une confiance mutuelle éprouvée, **le 29 mars 1972** M. Pey a payé **500.000 US\$** par le moyen d'un virement de la Manufacturers Trust Co., de Londres, en faveur du compte bancaire de M. Sainte Marie à Madrid (Espagne), où il est crédité en date valeur du **4 avril 1972**.

Ce premier paiement intervenait dans le cadre de l'accord de vente du journal CLARIN négocié entre janvier et octobre 1972. Les termes définitifs, le prix final de vente, son règlement total, ont été convenus dans des actes qui se sont succédés entre le mois de janvier et le 3 octobre 1972.

La preuve de ce premier virement de **500.000 US\$** figure dans la pièce N° 21 annexe à la **Requête**. La preuve de la reconnaissance du paiement figure dans le contrat manuscrit signé à Estoril (Portugal) le 13 mai 1972³⁴, dont le premier paragraphe déclare :

*« A. Il sera déposé [au bénéfice de] D.S.M. US\$ 250.000 au même lieu et sous la même forme que **le dépôt antérieur de US\$ 500.000** (...). »*

En contrepartie de ce premier paiement

³² Pièce C113, page 4.

³³ Pièce C66.

³⁴ Pièce C65.

- a) le **30 mars** 1972 M. Pey a été nommé Président du Conseil d'Administration de CPP S.A. et a pris le contrôle effectif des entreprises³⁵ ;
- b) le **30 mars** 1972 l'Assemblée Générale des actionnaires de CPP S.A. approuvait une modification des Statuts afin d'assurer le contrôle effectif de l'entreprise à celui qui était en possession des transferts des actions dûment signés. Cette modification a été formalisée le 2 octobre suivant, la veille du paiement de la totalité du prix des 40.000 actions à Genève³⁶, comme on explique ci-après (lettre g).
- c) Le **6 avril** 1972 le vendeur mettait à la libre disposition de M. Pey 50% de ses participations dans l'Entreprise Journalistique Clarin (EPC Ltée.)³⁷.

Simultanément, M. Sainte-Marie remettait en main propre à M. Pey 25.200 des 40.000 actions de CPP S.A, avec leur bordereau de transfert signé en blanc. Ces actions se trouvaient enregistrées sous les noms de Dario, Osvaldo et Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser et Juana Labbé³⁸, et elles étaient remises à M. Pey aux fins de l'art. 139 du Code chilien du Commerce:

« Il n'y a pas d'achat ou de vente si les contractants ne conviennent soit du prix soit de la façon de le déterminer; mais, si la chose vendue a été remise, il sera présumé que les parties ont accepté le prix courant qui était le sien au jour et au lieu où le contrat a été passé. »

Le lendemain M. Sainte-Marie partait pour l'Espagne et installait sa résidence à Madrid avec la volonté de s'y établir.³⁹ Il y mourra le 16 février 1982.

En d'autres termes, le 6 avril 1972, M. Pey obtenait la pleine propriété sur 50% de EPC Ltée. et par conséquent, sur le quotidien CLARÍN. Faisant usage du Pouvoir conféré ce jour-là (pièce C64), M. Pey transférait la plus grande partie des droits de M. Sainte-Marie dans la société EPC Ltée. (50%) à l'entreprise qu'il était entrain d'acheter.

- d) le **13 mai** 1972, à Estoril (Portugal), M. Pey et M. Sainte-Marie convenaient de la somme de 1.280.000 US\$ pour prix final de l'achat de la totalité des 40.000 actions de CPP S.A.⁴⁰

³⁵ La preuve figure dans les pièces C41 à C43 et dans la déclaration judiciaire de M. Osvaldo Sainte-Marie, pièce C113.

³⁶ Pièce C110.

³⁷ La preuve de ce fait figure dans le Pouvoir que M. Sainte Marie signe par-devant Notaire le 6 avril 1972, à Santiago, pièce C64.

³⁸ La preuve de ce fait se trouve aux pièces C109, C113, C43 (page 2).

³⁹ Voir la déclaration judiciaire du frère de M. Sainte-Marie (C113), les pièces C13, C71, C72, C9, C43 et celle ci-jointe C191 (déclaration du Directeur National du Services des Impôts Internes, du 11.XII.1975, page 5 recto), où il requiert du Juge qu'il demande à l'Espagne son extradition, ce que le Juge de Santiago n'a pas accepté.

⁴⁰ La preuve figure dans les pièces C65, C8, C113.

Les autorités du Chili ont reconnu qu'elles avaient saisi dans le bureau de M. Pey un original du contrat convenu à Estoril.⁴¹

- e) Le contrat d'achat n'ayant été parfait que le 3 octobre 1972, date du paiement final, les deux parties conservaient le droit de se dégager de leurs obligations en vertu des arts. 1489 et 1826 du Code Civil chilien⁴², le vendeur pouvait exiger de récupérer ses actions et l'acheteur ses 500.000 US\$. Dans ces conditions, il n'était évidemment pas possible pour M. Pey d'accepter que ses actions passent en la possession de tiers qui ne les avaient pas encore achetées ni payées.
- f) le 23 septembre 1972 M. Sainte-Marie avait signé, par-devant un Notaire à Zurich (Suisse), un second Pouvoir en faveur de M. Pey, conférant à ce dernier la libre disposition du nom « CLARIN » et des dernières actions que M. Sainte-Marie possédait dans EPC Ltée. (4.5%).⁴³

Faisant usage de ce Pouvoir, en date du 27 novembre 1972 M. Pey transférait cette participation de 4.5% dans EPC Ltée à CPP S.A. (à l'exception d'une action d'EPC Ltée., vendue à M. Carrasco).⁴⁴

Ainsi, à partir du 27 novembre 1972 CPP S.A. est devenu titulaire de 99% des actions d'EPC Ltée, M. Pey étant propriétaire de 100% des actions de CPP S.A. et conservant en sa possession la totalité des 40.000 actions de cette Société, avec leurs transferts signés en blanc.

- g) L'accord passé à Estoril le 13 mai 1972 était parachevé à Genève le 2 octobre 1972⁴⁵. Quelques heures après, à Santiago du Chili, étaient passées les écritures modificatives des Statuts de CPP S.A. et en assurant le contrôle effectif à celui qui, le lendemain, allait être mis en possession des actions et des transferts des actions dûment signés (pièce C110).
- h) Le lendemain, 3 octobre 1972, Monsieur Pey Casado versait à M. Sainte-Marie la totalité du prix final convenu à Estoril. Une somme de 780.000 \$US était versée à ce dernier à Genève.

Les moyens de paiement de l'investissement ont été :

⁴¹ La preuve figure dans les pièces N° C8 et C 41 à C43.

⁴² L'article 1489 du Code Civil accorde l'action résolutoire lorsque l'un des contractants n'a pas rempli son obligation. L'article 1826 du même texte, situé dans [le traitement de] l'achat et vente, indique que le vendeur est obligé de remettre la chose vendue immédiatement après le contrat ou à l'époque prédéterminée, et il ajoute dans sa seconde section, que, si le vendeur de son fait ou par sa faute, a retardé la remise, l'acheteur pourra, à son choix maintenir le contrat ou s'en désister, avec, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'être indemnisé des préjudices selon les règles générales.

Voir l'Arrêt de la Cour Suprême du 27 janvier 1993, pièce ci-jointe C167.

⁴³ La preuve de ce Pouvoir figure dans la pièce C80.

⁴⁴ La preuve de ceci figure dans la pièce C68

⁴⁵ Voir la pièce C66.

- Un ordre de paiement pour 500.000 US\$, à l'ordre de M. Sainte-Marie⁴⁶, par le débit du c/c de M. Pey,
- un deuxième ordre de paiement, pour 250.000 US\$, en faveur du compte de M. Sainte-Marie au Citibank de Genève⁴⁷, par le débit du c/c de M. Pey,
- 10.000 US\$ additionnels ont été remis en main propre au vendeur le 3 octobre 1972 à Genève, sous forme d'un ordre de paiement par le débit du même compte bancaire de M. Pey.⁴⁸ Il a été reconnu par Jaime Figueroa, Directeur du Service des Impôts Internes, dans sa déclaration auprès de la 8^{ème} Chambre Criminelle le 19 mars 1976⁴⁹:

« Que j'interviens pour produire, à titre de preuve, les documents originaux suivants, dont copies avaient déjà été jointes au moment opportun et dans les formes légales au dossier judiciaire :

(...)

« 5.- 4 attestations de remises [de fonds] sortis du compte courant n° 11235 de Víctor Pey ; l'une de US\$ 500.000.- pour Dario Saint Marie, la seconde de US\$ 250.000.- pour le même Dario Saint Marie, et les deux derniers virements, du même compte, l'un de US\$ 10.000.- sans destinataire et l'autre de US\$ 20.000.- à Michel Bongrad⁵⁰, sujet dont la connexion avec les faits n'a pas été établie, mais en tous cas, cette remise [de fonds] fait partie des paiements effectués en octobre 1972 (...) ».

- Le reste, c'est à dire **20.000 US\$**, a été remis par M. Pey à M. Sainte-Marie au même moment, sous forme d'une lettre de change pour ce même montant avec date d'échéance le 11 septembre 1973.⁵¹

M. Pey recevait en échange les dernières 14.800 actions de CPP S.A. et les transferts correspondants signés en blanc. 12.000 de ces 14.800 actions, où figurait comme titulaire M. Sainte-Marie, sont visées dans la pièce N° 6 annexe au **Mémoire** du 17 mars 1999, avec le bordereau de transfert signé en blanc correspondant.

Total des paiements effectués par M. Pey entre le 29 mars et le 3 octobre 1972:

500.000US\$ + 500.000US\$ + 250.000US\$ + 20.000US\$ + 10.000US\$, soit = 1.280.000 US\$.

⁴⁶ **Requête** d'arbitrage, pièce N° 21, et pièce C67

⁴⁷ **Requête** d'arbitrage, pièce N° 21, et pièce C67

⁴⁸ La preuve de ce paiement figure dans l'annexe 21 à la **Requête**, et dans la pièce ci-jointe C161. La preuve de la titularité de compte dans la **Bank Für Hendel und Effekten" de Zürich** figure dans la pièce N° 4 annexe au **Mémoire** du 17 mars 1999.

⁴⁹ Voir pièce C41.

⁵⁰ Le virement à la faveur de M. Bongrad de 20.000 US\$ ne faisait pas parti de l'achat de CPP S.A. à M. Sainte-Marie.

⁵¹ La preuve figure dans l'annexe 21 à la **Requête** d'arbitrage et dans les pièces C66 et C41, page 2.

- i) Ces paiements, et les ordres de paiement de M. Pey à M. Sainte-Marie, ont été reconnus le 12 août 1976 par Mme. Carmen Kaiser, l'épouse dont M. Sainte-Marie était séparée avant de s'établir en Espagne, dans les écritures établies à la demande de Mme. Kaiser lors de l'inventaire des propriétés de ce dernier⁵²:

« Cinquièmement.- La société conjugale dont il s'agit était propriétaire des biens suivants, dont sont actuellement communs à monsieur Darío Sainte Marie Soruco et à madame Carmen Kaiser Labbé.- (...) »

- a) Argent et autres valeurs, dont le montant n'est en aucun cas inférieur à sept cent mille pesos et qui, conformément aux éléments dont disposent les parties au moyen d'informations fournies par le Conseil de Défense de l'État, seraient notoirement supérieurs, et correspondant à des dépôts effectués au bénéfice de monsieur Darío Sainte Marie Soruco à la Banque Hispano Américaine en Espagne, dans ses bureaux de Madrid, par Cifico Bank A.G. de Genève »⁵³.

En effet, dans la pièce N° 21 annexe à la Requête d'arbitrage figure le virement bancaire du 29 mars 1972, pour 500.000US\$, ordonné par M. Pey en faveur du compte du vendeur à la Banque Hispano-Américaine à Madrid. La pièce C67 reproduit l'ordre de paiement signé par M. Pey le 3 octobre 1972, à Genève, pour US\$ 250.000 en faveur du compte de M. Sainte-Marie dans Cifico Bank A.G. de Genève.

- j) La totalité des 40.000 actions de CPP S.A. apparaît dans les docs. N° 6 à 9 annexes au Mémoire du 17 mars 1999, sous forme de copie légalisée avec l'apostille. Les titres originaux sont en la possession de M. Pey et de la Fondation espagnole.
- k) Le capital social de CPP S.A. a toujours été de 40.000 actions, l'émission de 1.040.000 actions libérées⁵⁴ approuvée par le Directoire en décembre 1972 n'a pas été effectuée.⁵⁵

La Communication 1401, du 5 avril 1955, de la Surintendance des Sociétés Anonymes définissait

« Action libérée: action distribuée aux actionnaires libre de tout paiement et dont la valeur est couverte en transférant au capital les revenus de la Société

⁵² Pièce C71.

⁵³ Voir docs. C9, C8, C41 à C43; doc. N° 21 *in fine* annexe à la Requête; doc. N° 6 annexe au Mémoire du 17 mars 1998.

⁵⁴ La Surintendance aux SS.AA. définissait les actions libérées ainsi: « *Nature des actions libérées (a) Les actions libérées n'ont pas, en général, le caractère de dividende, ni pour ce qui a trait aux effets fiscaux, ni pour calculer sur elles la participation du Directoire, ou d'aucune autre personne. Les actions libérées reçoivent vulgairement le nom de «rejetons ».* » (Of. 3716, du 12 septembre 1953).

⁵⁵ La preuve figure dans la Communication N° 01500, de la Surintendance aux Valeurs et aux Assurances du Chili, du 5 mai 1995, pièce N° C79. Ce fait a été manipulé dans les demandes d' ASINSA, Gonzalez, Venegas et Carrasco auprès du Ministre des Biens Nationaux en 1999 (Pièces C59 (point 2(b) et C60), et en 2000 dans la réponse du Vice-Ministre des Affaires Etrangères au « Contralor » (voir la réponse de ce dernier du 27.11.2000 jointe à la communication au Centre du 14.01.2001).

ou les fonds formés avec lesdits revenus ou avec la revalorisation des biens de l'Actif»

La Communication 3519 de la même Surintendance, du 28 août 1956, disposait:

« Distribution d'actions libérées. - En cas d'augmentation du Capital Social au moyen de l'émission d'actions libérées celles-ci devront être réparties en proportion des actions que possède chaque actionnaire(…) »

l) Les autorités du Chili ont reconnu qu'elles avaient saisi les justificatifs de tous ces virements bancaires dans le bureau de M. Pey après le 11 septembre 1973⁵⁶. Toutes ces pièces (les actions, les transferts signés en blanc, les paiements) ont été produites par les Autorités du Chili à la procédure ouverte en 1975 auprès de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago. Ceci est attesté dans les déclarations des Inspecteurs des Impôts auprès du Juge chilien⁵⁷.

m) Après le Coup d'État les nouvelles Autorités ont ordonné à la Surintendance aux Sociétés Anonymes, l'organe compétent pour surveiller les activités de ces dernières, de « vérifier le mouvement de transfert d'actions de CPP S.A. ». Une inspection a été effectuée les 28 et 29 mars et le 1^{er} avril 1974. Le Rapport des Inspecteurs constate⁵⁸ :

« 1°.- De ce qui a été étudié et de ce qui est attesté dans les Procès-Verbaux du Directoire approuvant les différents transferts d'actions il n'est pas possible de préciser l'existence d'actionnaires qui auraient agi en 'représentation de tiers' »

Les inspecteurs ne trouvèrent donc pas trace de prétendus « prête-noms ».

« Concernant les transferts dans lesquels M. Dario Sainte-Marie a agi en qualité de vendeur (27.541-27.545) et comme acheteurs MM. Ramon Carrasco et Jorge Venegas, respectivement : on observe qu'ils sont dépourvus de date de cession, sans date d'acceptation aussi bien de la part de l'acheteur que de la société, n'y figurent pas les signatures de témoins et les impôts n'ont pas été appliqués»⁵⁹

Le Rapport constate les mêmes circonstances pour tous les autres transferts et, bien entendu, il ne met pas en question la validité en Droit chilien du transfert de propriété intervenu au moyen de bordereaux de transfert signés en blanc comme ceux qui figurent aux pièces C6 à C9 jointes au Mémoire du 17 mars 1999. De la même manière que ne le mettait pas en question le Mémorandum du 3 février

⁵⁶ Voir la preuve dans les pièces C8 –Mémorandum public du Ministère de l'Intérieur, du 3 février 1975- ; C 41 à C43 –déclarations des Inspecteurs des Impôts auprès du Juge chilien (pièces C41 à C43 de la Réplique du 17.03.1999).

⁵⁷ Voir les pièces C41 à C43.

⁵⁸ Cfr Pièce C180, Rapport des Inspecteurs de la Surintendance aux Sociétés Anonymes, Mme. Carmen Venegas et M. Rubén Vidal, adressé le 2 avril 1974 au Surintendant aux Sociétés Anonymes. Ce Rapport a été produit par la défenderesse le 15.08.2002.

⁵⁹ Souligné dans l'original.

1975, du Ministère de l'Intérieur (pièce C8), ni les Décrets confiscatoires édictés par la suite.

« 2.- Il est possible d'affirmer que tout le mouvement qui a eu lieu entre les actionnaires a bien été coordonné de façon à présenter l'apparence de la correction. »

Voilà les faits vérifiés et constatés par les experts de la Surintendance des SS. AA., avant qu'ils ne soient dénaturés par la campagne de propagande échafaudée par les Autorités du Chili afin d'accompagner la confiscation. Cette campagne a été reactivée par les Autorités actuelles du Chili après le dépôt de la Requête d'arbitrage du 7 novembre 1997, comme nous démontrerons dans notre exposition sur le fond.

n) Le Juge de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago a ordonné le 29 mai 1995 que les titres de propriété de CPP S.A. soient rendus à M. Pey. La preuve figure dans la pièce annexe N° 21 à la Requête.

Il est donc incontestable que M. Pey, qui avait la libre disponibilité en Europe des 1.280.000 US\$, a, le 3 octobre 1972, réalisé son investissement dans la principale entreprise de presse du Chili, qu'il a reçu la totalité des titres de propriété de cette société (les 40.000 actions plus les transferts signés en blanc correspondants), et pris le contrôle effectif et direct des entreprises, le tout conformément à des conventions explicites et clairement arrêtées avec le propriétaire précédent M. Sainte-Marie.

IV

LA NATURE JURIDIQUE DE L'INVESTISSEMENT

Selon le principe *locus regit actum*, les règles en vigueur au Chili sur les actes passés au Chili ne s'appliquent pas à des actes passés à l'étranger.

En droit international privé chilien un acte réalisé à l'étranger et valable au plan local est également valable au Chili.

D'après le Code chilien de Droit International Privé (Code Bustamante):

« *CLASIFICATION DES BIENS*

« *Art. 105.- Les biens, quelle qu'en soit la catégorie, sont soumis à la loi du lieu* »

« *Art. 110.- À défaut de toute autre règle et, en outre, pour les cas non prévus dans le présente Code, il s'entendra que les biens meubles de toute catégorie sont situés au domicile de leur propriétaire, ou, à défaut, à celui du détenteur* »

« *Art. 112.- On appliquera toujours la loi territoriale pour distinguer entre les biens meubles et immeubles, sans préjudice des droits acquis par des tiers* »

« *Art. 113.- C'est à la loi du territoire que seront soumises les autres classifications et qualifications juridiques des biens.* »

DE DIFERENTES MANIÈRES D'ACQUÉRIR

CHAPITRE I

RÈGLE GÉNÉRAL

Art. 140: C'est le droit local qui s'applique aux manières d'acquérir à l'égard desquelles il n'y aurait pas dans le présent Code de dispositions contraires.

DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL

Art. 164: "La notion d'obligation et les classifications qui y ont trait sont soumises à la législation territoriale."

Art. 165 « Les obligations découlant de la loi sont régies par la loi qui les aurait instituées. »

Art. 166 : « Les obligations qui naissent des contrats ont force de loi entre les parties contractantes et doivent être remplies selon la teneur desdits [contrats], sous réserve des limitations stipulées dans le présent code. »

Art. 169: « La nature et les effets des diverses sortes d'obligation, ainsi que leur extinction, sont régies par la législation relative à l'obligation dont il s'agit ».

Art. 170: « Nonobstant ce que dispose l'article précédent, c'est la législation locale qui règle les conditions de paiement et la monnaie dans laquelle il doit être effectué.

Art. 172 : « La preuve des obligations est soumise, quant à son admissibilité et son efficacité, à la loi qui régit l'obligation elle-même. »

IV.1.

La législation applicable à l'investissement

Le Tribunal arbitral tire sa légitimité de la Convention de Washington de 1965 -- arts. 41(2) et 42(1)-- et du Traité bilatéral de Protection des Investissements du 2 octobre 1991 (art. 10.4).

La législation applicable doit être déterminée conformément au consentement des parties (art. 10.4 de l'API du 2 octobre 1991):

« 10.4. 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. »

Système de « renvoi » en cas de conflit négatif entre les textes : au Chili il est stipulé par le Code Bustamante. Il est également envisagé par la Convention de la Haye de 1931 sur les effets de commerce, et la Convention de la Haye du 15.06.1955 en cas de conflit entre la loi nationale et celle du domicile. [En Suisse cela était exclu dans le seul cas des obligations⁶⁰.]

IV.2

L'interprétation du contrat convenu à Estoril le 13 mai 1972

Le Code Bustamante dispose:

Art. 184: « *L'interprétation des contrats doit se faire, en règle générale, conformément à la législation qui les régit.*

Toutefois dans l'hypothèse où cette législation serait soumise à discussion ou devrait résulter de la volonté tacite des parties, on appliquera presomptivement la législation qui est définie pour ces cas par les arts. 185 et 186, même si cela amène à appliquer au contrat une législation différente [de celle ressortant de l'alinéa précédent] comme résultat de l'interprétation de cette volonté. »

“Art. 185. En dehors des règles déjà stipulées et de celles consignées ci-dessous pour des cas particuliers, dans les contrats d'adhésion il sera présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre ou [les] prépare

Art. 186: « *Dans les autres cas ainsi que pour le cas prévu à l'article précédent, on appliquera, en première indication, la loi personnelle commune aux contractants, et à défaut celle du lieu de la passation [du contrat]. »*

Le Code Civil du Portugal dispose:

Art. 232º Âmbito do acordo de vontades

⁶⁰ Selon M. Aubert, American Journal of Comparative Law, V, 1955, pp 478 et ss.

O contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo.⁶¹

Art. 234º Dispensa da declaração de aceitação

Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta⁶².

Art. 236º Sentido normal da declaração

1. *A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.*

2. *Sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.⁶³*

Art. 238º Negócios formais

1. *Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso.*

2. *Esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.⁶⁴*

IV.3

Le précédent de l'affaire The Baar

Dans l'affaire **The Baar** (1933) un armateur chilien avait contracté des obligations pécuniaires envers un armateur hollandais après une collision en haute mer qui, de ce fait, étaient régies par la loi anglaise. La défenderesse avait reconnu ses obligations.

⁶¹ Code Civil du Portugal, **Art. 232.** - « *Étendue de l'accord des volontés. Le contrat n'est pas considéré conclu dans la mesure où les parties ne seraient pas convenues de toutes les clauses sur lesquelles l'une ou l'autre aurait estimé un accord nécessaire.* »

⁶² Code Civil du Portugal, **art. 234.** - « *Dispense de déclaration d'acceptation. Lorsque la proposition la nature même ou les circonstances de l'affaire, ou les usages rendent dispensable une déclaration d'acceptation, le contrat sera tenu pour conclu lorsque la conduite de l'une ou l'autre partie démontrera l'intention d'accepter la proposition.* »

⁶³ Code Civil du Portugal, **art. 236.** - « *Sens normal de la déclaration. 1 La déclaration en matière commerciale vaut selon le sens qu'une personne normale à qui la déclaration serait faite, et placée dans la position de la personne réelle à qui elle a été faite, pourrait déduire du comportement du déclarant, sauf si ce dernier ne pourrait raisonnablement y être tenu. 2. Dès lors que la personne à qui la déclaration a été faite connaît la volonté réelle du déclarant, c'est en accord avec elle que vaut la déclaration émise.* »

⁶⁴ Code Civil du Portugal, **art. 238.** - « *Transactions formelles. Dans la transaction formelle la déclaration ne peut valoir dans un sens qui ne présente pas une correspondance minimale avec le texte du document correspondant, quand bien même il serait imparfaitement exprimé.* »

Un tel sens peut, toutefois, être valable s'il correspond à la volonté réelle des parties et si les raisons déterminantes de la forme de la transaction ne s'opposent pas à cette validité. »

La Cour chilienne avait ordonné le paiement d'une indemnisation dont le montant exact devait être déterminé par une cour anglaise.

La défenderesse a cru avoir accompli son obligation lorsqu'en conformité de la loi chilienne, elle a consigné le montant provisoirement calculé de l'indemnisation auprès de la Cour chilienne, en monnaie locale en vertu du contrôle des changes.

L'Arrêt de première instance en Angleterre considérait que l'obligation devant être exécutée au Chili elle devait être accomplie en conformément à la loi chilienne.

L'Arrêt final et définitif a rejeté l'appel de la défenderesse. Il en a été décidé ainsi par le Juge Greer en raison de l'*estoppel*, et pour le Juge Maugham parce qu'il était

« unable to see that Chilean law has anything to do with the matter before the Court ».

F. A. Mann a résumé cette affaire dans les termes suivants:

*« Greer's reasoning appears to be the most convincing. (...) the decisive factor appears to be that, the collision having occurred on the high seas and the obligation therefore being governed by English law, the question whether and how the ensuing claim could be discharged was also governed by English law. »*⁶⁵

IV.4

Le contrat d'achat et vente de CPP S.A.

1.- Comme nous l'avons déjà exposé, le contrat d'achat de CPP S.A. a été convenu au cours de négociations qui se sont succédées entre janvier et octobre 1972.⁶⁶

Les termes du contrat furent matérialisés sous forme de documents signés les 29 mars⁶⁷ et 6 avril 1972 à Santiago⁶⁸, le 13 mai 1972 à Estoril (Portugal)⁶⁹ et le 2 octobre 1972 à Genève (Suisse)⁷⁰.

2.- En ce qui concerne le contrat convenu le 13 mai 1972 à Estoril -- après que le vendeur eût établi sa résidence habituelle en Espagne-- le Code Civil Portugais dispose

⁶⁵ MANN (F.A.): The Legal Aspect of Money. Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 333-335.

⁶⁶ Voir la déclaration judiciaire de M. Sainte-Marie, pièce C113..

⁶⁷ La preuve du premier paiement pour 500.000 US figure dans les pièces C65, C67 et N° 21 annexe à la Requête.

⁶⁸ Pièces C64., C80, C113.

⁶⁹ Pièce C65.

⁷⁰ Pièce C66.

que la loi régulatrice des obligations sera celle convenue par les parties (art. 41), et que dans l'absence de dispositions à cet effet il sera fait application de l'art. 42:

“Art. 42º Critério supletivo

1. *Na falta de determinação da lei competente, atende-se, nos negócios jurídicos unilaterais, à lei da residência habitual do declarante e, nos contratos, à lei da residência habitual comum das partes.*

2. *Na falta de residência comum, é aplicável, nos contratos gratuitos, a lei da residência habitual daquele que atribui o benefício e, nos restantes contratos, a lei do lugar da celebração.”⁷¹*

3.- Le contrat convenu à Estoril fut définitivement parachevé à Genève le 2 octobre 1972. L'accord final entre les parties fut mis à exécution dans cette même ville le 3 octobre 1972, où l'acheteur payait au vendeur le reste de la totalité du prix stipulé à Estoril – 1.280.000 US\$-- et le vendeur remettait à l'acheteur le reste de la totalité des titres sociaux de CPP S.A. -- 40.000 actions et leurs transferts correspondants signés en blanc.

D'après la Loi fédérale suisse sur le Droit International Privé :

«Art. 177. A défaut d'élection de droit [choisi par les parties]

¹ A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits.

² Ces liens sont réputés exister avec l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.

³ Par prestation caractéristique, on entend notamment:

a. La prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation (...)

« Art. 125. (...) Modalités d'exécution ou de vérification [d'un contrat].

Les modalités d'exécution ou de vérification sont régies par le droit de l'État dans lequel elles sont effectivement prises. »

Les 2 et 3 octobre 1972, le domicile du vendeur M. Sainte-Marie était en Espagne⁷².

⁷¹ Code Civil du Portugal, **Art. 42.-** « Critère supplétif

1. *À défaut de détermination de la loi compétente, on s'en remettra, dans les transactions juridiques unilaterales, à la loi de la résidence habituelle du déclarant, et dans les contrats, à la loi de la résidence habituelle commune des parties.*
2. *À défaut de résidence commune, sera applicable dans les contrats à titre gratuit, la loi de la résidence de la partie qui attribue le bénéfice, et dans les autres contrats le lieu où le contrat a été passé. »*

⁷² C. Civil suisse, **art. 23:** *“Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir. Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles ”.* L'art. 82 du Code Civil du Portugal dispose : “ *Domicílio voluntário geral. 1. A pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual; se residir alternadamente em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles. 2. Na falta de residência habitual, considera-se domiciliada no lugar da sua residência ocasional ou, se esta não puder ser determinada, no lugar onde se encontrar”* (« *Domicile volontaire général. 1. La personne est domiciliée au*

4.- La monnaie du contrat et du paiement était la devise des États Unis d'Amérique. Cela a été matérialisé au moyen d'ordres de paiement donnés par M. Pey à la Manufacturers Trust Co., de Londres, et à la Bank für Handel und Effekten, de Zürich.

Ce sont des faits à considérer au moment de déterminer la qualité d'investissement étranger.

IV.5 La capacité des parties à contracter

C'est la législation personnelle des intervenants qui s'applique (art. 15 C. Civil du Chili).⁷³

I.1 Le vendeur, M. Dario Sainte-Marie, était né en Bolivie, ensuite il a été naturalisé chilien et en avril 1972 il a fixé sa résidence habituelle en Espagne, lieu où il a vécu jusqu'à son décès le 16 février 1982 (pièce C72). La loi personnelle du vendeur est celle de sa nationalité chilienne. En mai et octobre 1972 son statut personnel était celui d'un citoyen de nationalité chilienne qui avait sa résidence en Espagne.

I.2. L'acheteur était né à Madrid (Espagne). Il est devenu ingénieur, ayant reçu son diplôme à l'Université de Barcelone (Espagne), et responsable des Industries du Gouvernement Autonome de la Catalogne entre 1936 et février 1939. Immigré au Chili en 1939. En 1972 il était chef d'entreprise domicilié et résidant à Santiago du Chili, ayant eu recours depuis 1958 au bénéfice de la Convention sur la Double Nationalité entre l'Espagne et le Chili du 24 mai 1958. La loi personnelle qui lui était applicable en 1972 était la loi chilienne --arts. 3 et 4 de la Convention bilatérale du 24.05.1958); art. 5.3 de la Constitution chilienne⁷⁴; art. 56 du Code Civil chilien⁷⁵; art. 10-11 du Code Bustamante⁷⁶;

lieu de sa résidence habituelle ; si elle réside alternativement en plusieurs lieux elle sera tenue pour domiciliée en l'un quelconque d'entre eux. 2. À défaut de résidence habituelle elle sera considérée comme domiciliée au lieu de sa résidence occasionnelle ou, si cette dernière ne peut être déterminée, au lieu où elle se trouverait »).

⁷³ Art. 15 du C.Civil chilien: « C'est aux lois nationales réglant les obligations et les droits civils que demeureront soumis les chiliens, nonobstant leur résidence en pays étranger. 1º Pour ce qui a trait à l'état des personnes et à leur capacité d'exécuter certains actes destinés à produire un effet au Chili 2º Pour les obligations et droits qui naissent des relations de famille ; mais seulement à l'égard des conjoints et parents chiliens ».

⁷⁴ Pièce N° 24 annexe à la Requête d'arbitrage.

⁷⁵ Art. 56 du C. Civil chilien: « Sont chiliens les personnes que la Constitution de l'État déclare tels. Les autres sont étrangers ».

⁷⁶ Code Bustamante: Art. 10: « Aux questions sur la nationalité d'origine où ne serait pas intéressé l'État où elles sont débattues, il sera appliquée la loi de celles des nationalités en discussion où la personne

art. 9 de Code Civil espagnol⁷⁷; art. 25 du Code Civil portugais⁷⁸; art 22 du Code Civil suisse--.

IV.6 La forme du contrat

Le principe *locus regit actum* est d'application en l'espèce.

Dans le cas d'espèce est applicable la liberté de forme, d'après le Code Civil chilien, art. 17⁷⁹; le Code Bustamante, art. 180⁸⁰; la loi fédérale suisse sur le Droit International Privé, art. 124⁸¹; l'art. 11 du Code suisse des Obligations⁸²; la Convention de la Haye du 15 avril 1956, art. 3 *in fine*.

Art. 14 de la loi fédérale suisse sur le Droit International Privé :

« *II. Renvoi*

¹ *Lorsque le droit applicable renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger, ce renvoi n'est pris en considération que si la présente loi le prévoit.* »

IV.7 Le fond du contrat

L'art. 16.2 du Code Civil du Chili renvoie aux dispositions des contrats passés valablement dans un pays étranger.⁸³

dont il est traité a son domicile » **Art. 11** : « *À défaut d'un tel domicile seront appliqués au cas envisagé à l'article précédent les principes acceptés par la loi de la personne appelée à juger* ».

⁷⁷ Code Civil espagnol, **art. 9**: « *1. La loi personnelle qui s'applique à la personne physique est celle déterminée par sa nationalité. Ladite loi régira la capacité et l'état civil, les droits et devoirs de famille et la succession pour cause de décès* ».

⁷⁸ Code Civil du Portugal: **Art. 25º**: « *L'étendue de la loi personnelle. L'état des individus ou la capacité des personnes, les relations de famille et les successions pour cause de décès sont régies par la loi personnelle des sujets respectifs, sauf les restrictions établies dans la présente section* ». *”Ámbito da lei pessoal. O estado dos indivíduos, a capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões por morte são regulados pela lei pessoal dos respectivos sujeitos, salvas as restrições estabelecidas na presente secção”*.

⁷⁹ C. Civil du Chili, **art. 17**: « *La forme des instruments publics est déterminée par la loi du pays où ils ont été passés. (...)* »

⁸⁰ Code Bustamante, **art. 180**: « *On appliquera simultanément la loi du lieu du contrat et celle de son exécution à la nécessité de passer des écritures ou un document public pour que prennent effet des conventions déterminées, et la nécessité d'en faire prendre acte par écrit* ».

⁸¹ **Art. 124**: « *Forme. 1. Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions fixées par le droit applicable au contrat ou par le droit du lieu de conclusion.* »

⁸² Code Suisse des Obligations, **art. 11**: « *Forme des contrats. I. Règle générale et portée des formes prescrites. 1 La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi.* »

⁸³ Code Civil chilien: **Art. 16**: « *Les biens situés au Chili sont soumis à la législation chilienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Chili.*

Cette disposition s'entendra sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats passés valablement dans un pays étranger.

Le 3^{ème} paragraphe de ce même article 16 dispose que les contrats passés dans un pays étranger, pour être exécutés au Chili, doivent se conformer aux lois chiliennes.

Néanmoins l'art. 13 du Code de Commerce du Chili accorde la primauté aux dispositions des parties pour ce qui concerne les actes d'exécution des contrats passés à l'étranger et qui doivent être accomplis au Chili. Les dispositions du Code de Commerce concernant les obligations et les contrats prévalent sur celles du Code Civil.⁸⁴

L'art. 164 du Code Bustamante dispose que

*« La notion d'obligation et les classifications qui y ont trait sont soumis à la législation territoriale »*⁸⁵,

et l'article 169 que

*« La nature et les effets des diverses sortes d'obligation, ainsi que leur extinction, sont régies par la législation relative à l'obligation dont il s'agit. »*⁸⁶

Le contrat passé à Estoril le 13 mai 1972 est régi, pour le fond et la forme, par la loi du Portugal. Le Code Civil du Portugal dispose:

Art. 219º Liberdade de forma

*A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir.*⁸⁷

Art. 405º Liberdade contratual

1. *Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprovarem.*

2. *As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.*⁸⁸

Mais les effets des contrats passés dans un pays étranger pour être exécutés au Chili se conformeront aux lois chiliennes. ».

⁸⁴ Code de Commerce du Chili, **art. 96**: *“Les prescriptions du Code Civil relatives aux obligations et aux contrats en général sont applicables aux transactions commerciales, sous réserve des modifications établies par le présent Code.”*

⁸⁵ Code Bustamante, **art. 164** : *“La notion d'obligation et les classifications qui y ont trait sont soumis à la législation territoriale.”*

⁸⁶ Code Bustamante, **art. 169** : *“La nature et les effets des diverses sortes d'obligation, ainsi que leur extinction, sont régies par la législation relative à l'obligation dont il s'agit. »*

⁸⁷ *“Liberté de forme. La validité de la déclaration commerciale ne dépend pas d'une observance de forme spécifique, sauf quand la loi l'exige. »*

⁸⁸ *“Liberté contractuelle. 1 Dans les limites de la loi les parties ont la faculté de fixer librement le contenu des contrats, de passer des contrats différents de ceux prévus dans le présent code ou d'y inclure les clauses qu'ils approuveraient. 2. Les parties peuvent même réunir dans le même contrat les termes de deux ou plusieurs transactions totalement ou partiellement réglementées par la loi. »*

Art. 874º Noção

*Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço.*⁸⁹

Art. 224º Eficácia da declaração negocial

1. A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida; as outras, logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada.

2. É também considerada eficaz a declaração que só por culpa do destinatário não foi por ele oportunamente recebida.

3. A declaração recebida pelo destinatário em condições de, sem culpa sua, não poder ser conhecida é ineficaz.⁹⁰

Art. 376º Força probatória

1. O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento.

2. Os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante; mas a declaração é indivisível, nos termos prescritos para a prova por confissão.

3. Se o documento contiver notas marginais, palavras entrelinhadas, rasuras, emendas ou outros vícios externos, sem a devida ressalva, cabe ao julgador fixar livremente a medida em que esses vícios excluem ou reduzem a força probatória do documento.”⁹¹

(.)

Art. 408º Contratos com eficácia real

1. A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as excepções previstas na lei.

⁸⁹ “*Définition. L'achat et vente est un contrat par lequel on transmet la propriété d'une chose, ou un autre droit, pour un prix.* »

⁹⁰ “*Effet de la déclaration commerciale. 1.La déclaration commerciale qui a un destinataire prend effet lorsqu'elle parvient en son pouvoir ou qu'elle est connue de lui ; les autres, lorsque la volonté du déclarant est manifesté de la façon adéquate. 2. Il est également considéré que prend effet la déclaration qui n'aurait pas été reçue en temps voulu par la seule faute du destinataire. 3. La déclaration reçue par le destinataire dans des conditions telles que, sans faute de sa part, elle ne puisse être connue, est dépourvue d'effet.* »

⁹¹ “*Valeur probante. 1.Le document particulier dont l'authenticité est reconnue selon les termes des articles précédents vaut pleinement preuve quant aux déclarations attribuées à son auteur, sans préjudice de la contestation et de la démonstration de la fausseté du document.2.Les faits inclus dans la déclaration sont considérés démontrés dans la mesure où ils seraient contraires aux intérêts du déclarant ; toutefois la déclaration est indivisible, selon les termes prescrits pour la preuve qui s'attache aux aveux.3. Si le document contient des notes marginales, des mots entre les lignes, des ratures, des corrections ou autres vices extérieurs, sans la réserve requise, il appartient au juge de fixer librement la mesure dans laquelle ces vices excluraient ou réduiraient la valeur probante du document.* »

(Contrats à effet réel

La constitution ou la transmission de droits réels sur une chose déterminée résulte du simple effet du contrat, sauf les exceptions prévues par la loi.)

Art. 885º Tempo e lugar do pagamento do preço

1. *O preço deve ser pago no momento e no lugar da entrega da coisa vendida.*
2. *Mas, se por estipulação das partes ou por força dos usos o preço não tiver de ser pago no momento da entrega, o pagamento será efectuado no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento.*⁹²

Art. 1317º “Momento da aquisição

O momento da aquisição do direito de propriedade é:
a) *No caso de contrato, o designado nos artigos 408º (...).*⁹³

IV.8

La conclusion du contrat

La « *traditio* » des parts sociales est régie par la loi du lieu où le contrat a été parachevé et exécuté. L'acheteur a effectué le paiement final et, en échange, le vendeur la remise du reste de la totalité des parts sociales de CPP S.A. en Suisse. Elle est donc régie par la loi du Canton de Genève.

L'art. 100 de la Loi fédérale suisse sur le Droit International Privé dispose à l'égard des contrats:

« *Meubles*

a. Principe

¹ *L'acquisition et la perte de droits réels mobiliers sont régies par le droit du lieu de situation du meuble au moment des faits sur lesquels se fonde l'acquisition ou la perte.*

² *Le contenu et l'exercice de droits réels mobiliers sont régis par le droit du lieu de situation du meuble. »*

Et l'art. 187 du Code suisse des Obligations :

« *A. Objet*

1 La vente mobilière est celle de toutes choses qui ne sont pas des biens-fonds ou des droits immatriculés comme immeubles au registre foncier. (...)

⁹² *“Moment et lieu du paiement du prix. 1. Le prix doit être payé au moment et au lieu de la remise de la chose vendue. 2. Toutefois si par stipulation des parties ou par la force de l'usage le prix ne devait pas être payé au moment de la remise, le paiement sera effectué au lieu du domicile qui était celui du créancier au moment de l'achat. »*

⁹³ *“Moment de l'acquisition. Le moment de l'acquisition du droit de propriété est : Dans le cas d'un contrat celui désigné aux articles 408º (...).”*

Voir dans le même sens les arts. 7⁹⁴, 10⁹⁵, 714, 919, 922, 930 du Code Civil suisse, et l'art. 74 du Code Suisse des Obligations.⁹⁶

Leur teneur coïncide avec les arts. 670⁹⁷, et suivant, du Code civil chilien, avec les paragraphes 1^o et 3^o de l'art. 139, et suivant, du Code de Commerce chilien⁹⁸, en particulier les arts. 144⁹⁹ et 155¹⁰⁰ de ce dernier.

D'après l'art. 714 du Code Civil suisse, pour les biens meubles la mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière. Celui qui, étant de bonne foi, est mis, à titre de propriétaire, en possession d'un meuble en acquiert la propriété. La propriété lui est acquise dès qu'il est protégé selon les règles de la possession.

Le Code Civil suisse dispose :

Art. 919 : « *Celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession.* »

Art. 922 : « *La possession se transfère par la remise à l'acquéreur de la chose même ou des moyens qui la font passer en sa puissance.* »

La tradition est parfaite dès que la chose se trouve, de par la volonté du possesseur antérieur, en la puissance de l'acquéreur. »

Art. 930 : « *Le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. Les possesseurs antérieurs sont présumés avoir été propriétaires de la chose pendant la durée de leur possession.* »

IV.9

⁹⁴ Code Civil suisse, **art. 7**: « *Les dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit civil.* »

⁹⁵ Code Civil suisse, **art. 10** : « *La loi cantonale ne peut faire dépendre de formes spéciales la preuve des droits et des obligations dont la validité n'est subordonnée à aucune forme par la législation fédérale.* »

⁹⁶ Code suisse des obligations, Art. 74: « *Lieu de l'exécution [du contrat]. 1 Le lieu où l'obligation doit être exécutée est déterminé par la volonté expresse ou présumée des parties.* »

⁹⁷ Code Civil chilien, **art. 670** : « *La tradition est un mode d'acquisition de la pleine propriété des choses, elle consiste en la remise qu'en fait le propriétaire à une autre personne, ayant la faculté et l'intention de transmettre la pleine propriété et l'autre la capacité et l'intention de l'acquérir. Ce qui est dit de la propriété s'étend à tous les autres droits réels.* »

⁹⁸ Code chilien du Commerce : « *Du prix. Art. 139 : Il n'y a pas d'achat ou de vente si les contractants ne conviennent soit du prix soit de la façon de le déterminer; mais, si la chose vendue a été remise, il sera présumé que les parties ont accepté le prix courant qui était le sien au jour et au lieu où le contrat a été passé. Au cas où il y aurait diversité de prix le même jour au même lieu, l'acheteur devra payer le prix moyen. Cette règle est également applicable au cas où les parties feraient référence aux prix de la chose en un moment et un lieu différents du moment et du lieu du contrat.* »

⁹⁹ Code chilien du Commerce, « *Les obligations du vendeur et de l'acheteur. Art. 144 : Une fois le contrat parfait le vendeur doit remettre les choses vendues dans le délai et au lieu convenus. S'il n'y a pas d'indication de délai, le vendeur devra tenir les marchandises vendues à la disposition de l'acheteur dans les vingt quatre heures suivant la passation du contrat. À défaut de désignation de lieu de la remise, elle se fera au lieu où les marchandises se trouvaient au moment où le contrat d'achat et vente a été parfait.* »

¹⁰⁰ Code chilien du Commerce, **art. 155.** : « *Une fois la chose mise à disposition de l'acheteur et ce dernier s'en estimant satisfait, il devra payer le prix en temps et lieu stipulés. S'il n'y a pas de terme et de lieu indiqués pour le paiement du prix, l'acheteur devra l'effectuer au lieu et au moment de la remise, et il ne pourra exiger que celle-ci se fasse autrement qu'en payant le prix au cours de l'opération.* »

La consommation du contrat

Elle est également régie, selon les législations convergentes, par la loi du lieu où a été crédité au vendeur le prix des actions de CPP S.A.

Le lieu de paiement de l'investissement a été Madrid, pour 500.000 US\$ --le 4 avril 1972-- et Genève pour 780.000US\$ --le 3 octobre 1972.

Un virement de 500.000 US\$ a été effectué sur le C/c. du vendeur au Banco Hispano Americano, à Madrid, date valeur 4 avril 1972.¹⁰¹

Dans le contrat passé à Estoril le 13 mai 1972 il avait été convenu du paiement d'une partie du prix, 250.000 US\$ « *au même lieu et sous la même forme que le dépôt antérieur de US\$ 500.000* »¹⁰². Ce lieu était le compte bancaire du vendeur à Madrid.¹⁰³ Cet accord a été modifié à Genève le 2 octobre suivant, et le lendemain la totalité des moyens de paiement du reste du prix convenu à Estoril a été remise au vendeur à Genève.¹⁰⁴

Le deuxième paiement, de 250.000 US\$, a été effectué par le moyen d'un ordre de paiement en faveur du C/c du vendeur au Citibank, Genève, le 3 octobre 1972.¹⁰⁵

C'est également à Genève qu'a été remise en main propre au vendeur une lettre de change pour 20.000 US\$¹⁰⁶ et un ordre de paiement pour 10.000US\$.¹⁰⁷

Le dernier paiement, de 500.000 US\$, a été effectué par le moyen d'un ordre de paiement remis au vendeur à Genève.¹⁰⁸

Le Directeur du Service des Impôts Internes avait constaté dans sa plainte du 1^{ère} septembre 1975¹⁰⁹:

"(...) le prix (...) payé en dollars et à l'étranger, conformément aux directives fournies par Saint Marie à Víctor Pey au moyen d'un document intitulé (...) « Protocole d'Estoril » -dont je joins photocopie-. (...) La réalisation de cette transaction est attestée, au surplus, au moyen de photocopies des dépôts effectués à la BANK FÜR HANDEL UND EFFEKTEN, Postfach 337 Zürich, en Suisse, et à la ZIVNOSTENSKA BANKA N.C., Bureau de Londres, Angleterre, en faveur dudit Saint Marie ».

¹⁰¹ Pièce N° 21 annexe à la **Requête** du 7 novembre 1997.

¹⁰² Pièce C65.

¹⁰³ Pièce N° 21 annexe à la **Requête** du 7 novembre 1997.

¹⁰⁴ Pièces C66, C67 et N° 21 annexes à la **Requête** du 7 novembre 1997.

¹⁰⁵ Pièces C67 et N° 21 annexes à la **Requête** du 7 novembre 1997.

¹⁰⁶ La preuve figure dans l'annexe 21 à la **Requête** et dans les pièces C66 et C41, page 2.

¹⁰⁷ Pièce ci-jointe C161.

¹⁰⁸ Pièce C67.

¹⁰⁹ Pièce C42, page 6 de l'original espagnol.

Les photocopies auxquelles fait référence le Directeur du Service des Impôts Internes montrent plutôt que les virements à l'ordre de M. Sainte-Marie ont été effectués sur des comptes bancaires de ce dernier à Madrid et à Genève.

Lorsque le lieu de paiement a été fixé par les parties, d'une manière expresse ou implicite, c'est là lieu du paiement (art. 113 du Code de Commerce chilien *in fine*, déjà cité, et l'art. 180 du Code Bustamante¹¹⁰).

En l'absence d'une telle détermination le lieu du paiement, pour l'art. 74 du Code suisse des Obligations, est le lieu de résidence du créditeur à la date du contrat. Le lieu de résidence du vendeur était à Madrid le 3 octobre 1972.

Pour le Code Civil du Portugal :

*“Art. 885º Tempo e lugar do pagamento do preço
O preço deve ser pago no momento e no lugar da entrega da coisa vendida.
Mas, se por estipulação das partes ou por força dos usos o preço não tiver de ser pago no momento da entrega, o pagamento será efectuado no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento”.*

Pour le Code suisse des Obligations, art. 184 :

*“A. Droits et obligations des parties: en général
1 La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer.
2 Sauf usage ou convention contraire, le vendeur et l'acheteur sont tenus de s'acquitter simultanément de leurs obligations.
3 Le prix de vente est suffisamment déterminé lorsqu'il peut l'être d'après les circonstances.”*

IV.10

Le régime juridique de la transmission des actions sociales nominatives

Sera également pris en compte, pour ce qui concerne la Loi du lieu de résidence du vendeur, le fait que selon le Droit espagnol en vigueur en 1972 :

« en [matière de] transmission d'action sociale nominative il n'est

¹¹⁰ Code Bustamante, “Des obligations en general. Art. 180: “Pour ce qui est de la nécessité de passer des écritures ou [de dresser] un document public, voire [même] de consigner par écrit certaines conventions, afin d'assurer leur effet, on appliquera simultanément la législation du lieu du contrat et celle du lieu de son exécution.”

pas nécessaire d'observer un formalisme ou une solennité déterminée, la règle générale de l'art. 51 du Code de Commerce étant applicable »¹¹¹.

Cette règle dispose:

« Seront valables et entraîneront obligation et action en justice les contrats commerciaux, quelle que soit la forme et la langue où ils seraient passés, la classification à laquelle ils pourraient correspondre et le montant qu'ils pourraient avoir pour objet, du moment que leur existence soit attestée par l'un des moyens que le Droit civil a institués. (...) ».

Selon le régime légal en vigueur en Espagne, au Portugal, en Suisse¹¹² et au Chili les actions nominatives

1. étaient transférables sans acquiescement préalable de la société émettrice. En ce cas l'auteur du transfert devait se borner à notifier à cette dernière la cession, afin qu'elle soit inscrite au Livre-Registre des actionnaires aux fins de relation éventuelle avec la Société, et de publicité à l'égard des tiers,
2. leur transfert par acte juridique pouvait avoir lieu par la remise du titre endossé à l'acquéreur. En l'espèce cela a pris la forme d'une variante de cet endossement avec la remise du titre original à l'acquéreur joint à une lettre signée de « transfert des actions » (*traspaso de acciones*).

Pour la loi espagnole, la transmission devait être communiquée par écrit à la société, sans que cela constitue une obligation étant donné l'absence de mesure punitive en cas de non-accomplissement. L'annotation de la transmission au Livre Registre des actions était en effet dénuée de valeur constitutive. Cette inscription n'affectait pas l'essence de l'acte. Une fois le transfert notifié c'est la société qui avait le devoir de l'inscrire dans le Livre.

IV.11 La monnaie du contrat et du paiement

Pour ce qui est de la monnaie de paiement employée les arts. 113 et 114 du Code de Commerce chilien en relation avec la Loi du 10.09.1892 disposent «*le paiement en monnaies du Chili(...)* à moins que les contractants en aient décidé autrement».

La monnaie du contrat et de paiement a été la même, le US\$ dollar.

L'acheteur a payé au vendeur le prix des titres acquis par le débit des comptes bancaires dont le premier disposait en Europe.

¹¹¹ Sentences de la Cour Suprême d'Espagne des 16 octobre 1896 et 4 juillet 1927.

¹¹² Code suisse des Obligations, art. 6841.

Cette opération est qualifiée d'investissement étranger selon la législation espagnole de 1972, dans la mesure où le mode de paiement a été la devise des USA à partir d'un patrimoine qui était considéré « non résident » en Espagne (c'est à dire un dépôt bancaire en pays étranger).

Le moyen de preuve de « l'apport monétaire extérieur » est constitué, en Espagne, par le document bancaire approprié¹¹³. En l'espèce, les virements bancaires et les ordres de paiement d'ordre de M. Pey en faveur de M. Sainte-Marie.

Selon la Loi espagnole, l'Espagnol qui fixait sa résidence en pays étranger convertissait tout son patrimoine en patrimoine extérieur. L'art. 4.2.2^o de la Loi de Contrôle des Changes de 1975 était conforme avec les normes en vigueur avant cette date:

« ils seront considérés non-résidents pour ce qui concerne le patrimoine constitué hors d'Espagne, antérieurement à la fixation de la résidence, ainsi que les revenus qui en parviendraient ».

Le simple transfert entre comptes bancaires étrangers n'était pas considéré comme un paiement effectué en Espagne.

En 1972 l'espagnol non résident qui transférait sa résidence en Espagne n'était pas obligé d'amener son patrimoine en Espagne, il pouvait le conserver à l'étranger et effectuer, avec ce patrimoine, des investissements dans des sociétés, des immeubles, ou autre, qui de ce fait sont classés étrangers. La Loi sur les Investissement Étrangers qui s'appliquait ne traitait pas de ce cas, et la Loi sur le Contrôle des Changes non plus.

Dans l'hypothèse d'une personne physique étrangère qui, résident l'étranger, devient résidente en Espagne, les investissements qu'il réalise en Espagne par le débit de son patrimoine extérieur étaient considérés investissements étrangers.

IV.12 Absence d'impact de la Décision 43 sur la nature de l'investissement

Tous les bénéficiaires de la Décision du 28 avril 2000, du Ministère des Biens Nationaux, sont extérieurs au contrat d'achat et de vente de CPP S.A. en 1972, de sa passation aussi bien que de son exécution.

Ils ne sont concernés par aucune des obligations découlant du contrat d'après la Loi du contrat, la Loi de l'obligation et celle régissant la monnaie de paiement et le mode de paiement.

¹¹³ Décision de la Direction Générale aux Transactions Extérieures du 28 avril 1982.

V
La qualité d'investissement étranger

L'investissement est conforme aux exigences de la Convention CIRDI et de l'API hispano-chilien

Au point 119, le Tribunal Arbitral relevait "*la question fondamentale de l'existence d'un investissement conforme aux exigences posées par la Convention CIRDI et le Traité hispano-chilien*".

Les demanderesses souhaitent faire remarquer en guise de préliminaire que :

- Il n'est pas acceptable d'inventer *a posteriori* des contraintes et des restrictions contraires aux normes et à la pratique en cours à l'époque de l'investissement.
- Les normes chiliennes sur le contrôle des changes ne s'appliquent pas dans un contrat d'achat d'actions sociales convenu et parfait à l'étranger dans une devise étrangère.
- La prétendue exigence de payer en territoire chilien l'achat des actions d'une entreprise chilienne comme condition pour accéder au CIRDI, et le prétendu sens de l'expression « *transfert de capitaux* » avancés par la République du Chili, ne sont pas pertinents dans le cadre de l'API Espagne-Chili et de l'ensemble des API existant à ce jour.
- La République du Chili vise à créer la confusion autour des concepts d'« investissement », de « capital », d'« admission de capitaux internationaux » dans l'État hôte et celui de « transfert de capitaux » qui désigne l'exportation de capitaux investis vers l'extérieur du pays hôte. Dans la législation portant sur les investissements internationaux et leur protection ces concepts sont nettement différents. Le Chili fait un amalgame entre « admission des investissements en capitaux internationaux » (art. 2 de l'API) et « transfert des capitaux » investis (art. 6 de l'API et Préambule).¹¹⁴

V.1
Considérations relatives au droit du Fond Monétaire International

En rapport avec les dispositions internes chiliennes, la défenderesse a insisté sur sa prétention à appliquer au contrat d'achat des actions de CPP S.A. certaines des conditions stipulées dans les normes internes chiliennes à l'égard du contrôle des changes. Or, au plan de la cohérence avec les règles du FMI, de telles dispositions ne sauraient imposer de restrictions à l'investissement dont il s'agit ici.

¹¹⁴ Voir les faits et les arguments développés dans notre Note du 15 octobre 2001, la Réponse du 17.03.1999, Réplique du 7.02.2000 et nos dossiers de plaidoirie.

Ces normes sont en effet en rapport ou relèvent de l'art. VIII(2)(a) des Statuts du FMI, et les conditions permettant d'éventuelles restrictions ne sont pas du tout remplies par un investissement ayant les caractéristiques du cas d'espèce.

La raison principale réside dans le fait que

- a) le contrat d'achat des actions de CPP S.A. a été convenu et parfait hors du Chili, la monnaie du contrat et les ressources attachées au paiement étant des capitaux internationaux ;
- b) les normes internes sur le contrôle des changes en 1972 ne pouvaient comporter aucune restriction à ce type d'opération, et même ne faisaient pas de différence entre les étrangers et les chiliens, ni entre les résidents et non résidents, dans la mesure où l'on se rapportait à des capitaux internationaux.

L'explication se trouve dans les principes dont font état les Directives de la Banque Mondiale concernant les investissements étrangers :

« Arrangements for the eventual repatriation of investment capital and returns, for example, are typically made with foreign investors only in mind. However, the situations of foreign and local investors may be similar to each other in many more respects. Experience indicates that, to the extent the circumstances of foreign and local investors are thus essentially similar, their equal treatment and hence competition on an equal footing, are important factors in creating a sound investment climate. »¹¹⁵

Depuis 1945 les Statuts du FMI constituent le principal instrument juridique multilatéral réglementant les restrictions de change.

Le Chili était tenu d'agir en conformité des normes du FMI depuis qu'il avait approuvé le 29 décembre 1945 la Loi N° 8.403¹¹⁶.

D'ailleurs, la plupart des pays qui ont conclu des Conventions API sont également membres du Fond. En règle générale, les clauses des API ont pour objet de confirmer, compléter, ou suppléer aux règles du Fond, qu'elles s'y réfèrent ou non.

L'art. VIII, section 2(a) des Statuts du FMI dispose:

«a) Sous réserve des dispositions de la section 3, paragraphe b), de l'article VII et de la section 2 de l'article XIV, aucun membre n'impose, sans l'approbation du Fonds, de restrictions sur les paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes. »

¹¹⁵ World Bank: Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol. II: Guidelines. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. 1992, pages 16-17.

¹¹⁶ Pièce ci-jointe C107.

Cette disposition est la clé de voûte du régime relatif au contrôle des changes pour les États membres du FMI. Or elle est totalement étrangère aux faits définissant le cas d'espèce, qui n'entre pas dans la catégorie des “transactions internationales courantes” passibles de restrictions sans approbation du Fond. Cela pour des raisons analogues à celles que F. A. Mann avait déjà posées :

*“Convertibility or transferability in the factual sense (...) is guaranteed by Art. VIII(2)(a) for the benefit of non-residents. If a resident trader is to be paid by another resident for the sale of goods or other property abroad this is not an international transaction within the meaning of the Articles, whatever local exchange control regulations may provide (...) The provision [does not] touch the fate of payments after receipt. Member States are free to impose the duty upon exporters to surrender foreign currency received by them. »*¹¹⁷

Au plan des pratiques du FMI, l'acte de paiement en Europe de l'achat des actions de CPP S.A., ayant été fait en devises des EE.UU. et entre des banques européennes, n'a aucun point de contact avec les normes internes sur le contrôle des changes au Chili. Elles n'ont donc pu être enfreintes sous aucune forme. Voilà une raison de plus pour expliquer que les Autorités actuelles occultent au Tribunal l'échange de lettres entre M. Pey et le Gérant de la Banque Centrale du Chili en 1972, M. Jaime Barrios.¹¹⁸

L'affirmation selon laquelle l'investisseur n'aurait pas respecté les normes internes chiliennes sur les régimes cambiaires (le Décret-Loi N° 1.272, du 7 septembre 1961, et le Décret-Loi N° 258, du 30 mars 1960), est donc déjà dépourvue de tout fondement au plan de la cohérence avec les dispositions du FMI.

En outre, en relation avec l'API Espagne-Chili, l'analyse de Mann nous aide à résoudre la question posée par la défenderesse, car les Conventions de Protection des Investissements

*“usually constitute lex specialis : they are made notwithstanding, rather than subject to, any powers of the Fund. The rule of customary international law suggested in the text is, therefore, non inconsistent with Bretton Woods. Moreover, by its approval under Art. VIII(2)(a) the Fund only sanctions a system of restrictions. It is not concerned with the application of the system to specific cases. »*¹¹⁹

V.2

¹¹⁷ Mann (F.A.): The Legal Aspects of Money, cit., pages. 519-520, souligné par nous.

¹¹⁸ Voir l'attestation du Président de la Banque Centrale du Chili en 1972, pièce C 44. L'ingénieur commercial M. Jaime Barrios avait été arrêté au Palais Présidentiel par les troupes insurgées le 11 septembre 1973. Il a été torturé à la caserne du Régiment Tacna, de l'Armée de terre. Depuis lors il se trouve sur la liste des 1.992 personnes que les Autorités *de facto* ont arrêtée sans mandat judiciaire et qui demeurent « disparues », également *de facto*, selon un Rapport publié par le Gouvernement du Chili en 1991 (Rapport Rettig, I, page 133).

¹¹⁹ Mann (F.A.): ibid., page 529.

Ni la Convention de Washington ni l'API n'établissent des procédures d'acceptation ou d'autorisation d'entrée du capital étranger

L'API Chili-Espagne n'envisage aucune procédure d'acceptation ou d'enregistrement des investissements étrangers (art. 2).

L'art. 4 de l'API accorde aux investisseurs étrangers le même traitement qu'aux ressortissants du Chili qui investissent au Chili. Et l'art. 4.2 le traitement de la nation la plus favorisée. Sans dérogation aucune.

V.3

Ni la Convention de Washington ni l'API Espagne-Chili n'établissent des procédures d'autorisation du transfert du capital investi

La seule procédure d'autorisation préalable mentionnée dans l'API Espagne-Chili concerne les investissements qui donneraient lieu au rapatriement des rémunérations des travailleurs étrangers. L'art. 6 *in fine* dispose la possibilité de transférer librement hors du pays seulement

« les traitements, salaires et autres rémunérations reçues par les nationaux de l'une des Parties, qui auraient obtenu de l'autre Partie les autorisations correspondantes, et les permis de travail en rapport avec un investissement ».

Mais aucune restriction semblable n'est stipulée même pour des investissements qui donneraient lieu à rapatriement du capital ou des revenus des capitaux étrangers investis. Cela a son explication. Les salaires et, plus généralement les rémunérations du personnel étranger associé à un investissement, bénéficient rarement du niveau de liberté de transfert accordé aux revenus du capital.

La Convention de Washington:

Lorsque le Chili a ratifié la **Convention de Washington**, il n'a pas exigé l'approbation, l'admission ou l'enregistrement administratifs préalables des investissements étrangers. Le Chili aurait pu le faire après, en conformité de l'art. 25.4, et il ne l'a pas fait.

L'API Espagne-Chili

À la différence d'autres accords de protection des investissement signés par le Chili, **celui entre l'Espagne et le Chili du 2 octobre 1991** n'envisage pas pour les capitaux étrangers susceptibles de bénéficier de l'API,

1. de procédures d'admission ni d'enregistrement préalable

Lorsque le Chili a souhaité établir une procédure d'admission des investissements, il l'a fait. Par exemple dans l'API entre le Chili et la Malaisie du 11 novembre 1992, dont l'art. 1.b) dispose :

b) le terme 'investissement' mentionné sera référence à tous les investissements approuvés par les Ministères ou autorités pertinentes des Parties Contractantes, conformément à leurs législations et politiques nationales. »¹²⁰

2. ni de dispositif d'exclusion visant les investissements antérieurs à la date d'entrée en vigueur de l'API.

Lorsque le Chili a voulu exclure de l'API un investissement antérieur à son entrée en vigueur, il l'a fait. L'art 8 de l'API avec l'Argentine dispose:

Domaine d'application

1. *Le présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des ressortissants ou des sociétés d'une Partie Contractante dans le territoire de l'autre. Toutefois il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie Contractante respective, seraient, enrégistrés comme investissement étranger.*
2. *Il ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur, ou liées à de faits survenus antérieurement à son entrée en vigueur ou faisant référence au simple maintien de telles situations préexistantes.*¹²¹
3. La défenderesse n'a pas produit la moindre preuve de l'existence d'une quelconque norme interne qui rendrait obligatoire (*mandatory*) l'approbation ou l'enregistrement d'un investissement espagnol au Chili, comme c'est le cas, par exemple, dans l'API Chili-Malaisie ou Chili-Argentine, ou dans l'API Pays-Bas-Egypte :
*« (...) Nationals of the Kingdom of the Netherlands who intend to make an investment in the territory of the Arab Republic of Egypt have to obtain prior approval of the competent Egyptian investment authority on the application for the investment concerned. Before having obtained that approval, there is no liability on the part of the Government of the Arab Republic of Egypt. »*¹²²
4. Cette même question avait été étudiée dans l'affaire **Eudoro A.**

¹²⁰ Pièce C114. Souligné par nous.

¹²¹ Pièce C115. Souligné par nous.

¹²² Souligné par nous. Dans le même sens les Conventions Belgique-Indonésie (art. 1(2) et Italie-Egypte (Protocole I).

Olguin c. République de Paraguay¹²³: Le Tribunal arbitral avait conclu:

« Il n'existe aucune règle dans le CBI qui obligerait à ce que les investissements qui seraient réalisés par un ressortissant d'un autre État contractant dussent être admis ou reconnus par l'État dans lequel ils sont réalisés. »

Cette Sentence constatait (points n° 28 et 30) que l'API en question ne disposait pas que les investissements dussent être « acceptés » ou « reconnus » par l'État où ils ont été faits pour avoir la qualité d'investissements étrangers.

Il n'y a pas de raison pour que le même principe ne soit pas appliqué dans le cas de l'API Espagne-Chili.

5. L'art. 4(1) de l'API Espagne-Chili garantit un traitement égal des investissements espagnols avec les nationaux. Les investissements chiliens au Chili ne sont pas soumis à une procédure d'admission préalable, ceux des espagnols par conséquent non plus.
6. Le Chili a essayé de pallier l'inexistence d'une norme limitant l'admission des capitaux étrangers en se procurant à Madrid, onze mois après le dépôt de la **Requête** d'arbitrage, un « *compte-rendu des réunions techniques* » du 1^{er} octobre 1998 imposant, selon la défenderesse, une telle condition. Ce « *compte-rendu* » n'a jamais été ratifié par les instances compétentes ni publié, il n'a aucune valeur dans le présent litige, il ne dit pas ce que le Chili souhaite lui faire dire.¹²⁴

V.4

Les dispositions légales chiliennes en 1972

Préliminaires

En 1972

1. M. Pey était un **ressortissant espagnol**. Ce fait n'est pas contesté. Il jouissait en plus des bénéfices de la double nationalité chilienne.

¹²³ ICSID Case N° ARB/98/5, *Decisión sobre la excepción de jurisdicción* de 8 de agosto de 2000, point 29, publiée à la page web du CIRDI.

¹²⁴ Mémoire sur l'Incompétence, pièce N° 15. Les demanderesses ont fait objection à ce *compte-rendu* dans la **Réponse** du 19.03.1999 (III); dans la **Réplique** du 17.02.2000 (Section II.I.2) et dans les dossiers de plaidoirie des 3-5 mai 2000 et du 30 octobre 2001.

2. Ni les normes du FMI ni la législation chilienne n'établissaient **aucune limitation à l'admission** des investissements faits en devises des EE.UU. par un espagnol qui bénéficiait des avantages de la Convention de Double Nationalité du 24 mai 1958.
3. La loi chilienne permettait aux chiliens aussi bien qu'aux étrangers
 - d'investir au Chili des capitaux internationaux avec une liberté pratiquement totale, sans distinguer entre investisseurs nationaux et étrangers¹²⁵, y compris des chiliens ayant leur résidence au Chili investissant des capitaux internationaux. Les dérogations à cette liberté étaient expresses et exceptionnelles. Le Chili n'a pas rapporté la preuve d'une quelconque dérogation applicable à un investisseur espagnol qui en 1972 aurait bénéficié des avantages de la Convention de double nationalité ;
 - de conclure au Chili et/ou à l'étranger un contrat d'achat et de vente d'actions d'une société localisée au Chili, dont l'exécution pouvait avoir lieu à l'étranger et dont la monnaie du contrat et du paiement pouvait être une devise étrangère¹²⁶ ;
 - aucune norme interne n'interdisait de convenir à l'étranger du paiement en devises, également à l'étranger, en règlement du prix de vente des actions d'une société chilienne.
 - aucune norme interne ne faisait dépendre la qualité d'investissement étranger de la destination que le vendeur aurait pu donner au prix reçu, ainsi que l'a exposé le Président de la Banque Centrale du Chili en 1972 au présent Tribunal arbitral :

« 8.- Un autre aspect intéressant à considérer dans cette transaction, est la destination ou la direction prise par les devises reçues à la

¹²⁵ Voir les Décrets N° 258, de 1960 (art. 14), et N° 1272, de 1961 (art. 1^{er}), dans les pièces N° 16 et 17 annexes au Mémoire d'Incompétence. La version française y est incomplète et dénature le sens des textes. Nous avons soulevé une objection à ce propos. Voir leur version française intégrale dans les pièces ci-jointes C111 et C112.

¹²⁶ Art. 16 du Code Civil : « *Les biens situés au Chili sont soumis à la législation chilienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Chili. Cette disposition s'entendra sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats passés valablement dans un pays étranger. Mais les effets des contrats passés dans un pays étranger pour être exécutés au Chili se conformeront aux lois chiliennes.* ». L'art. 113 du Code de Commerce chilien dispose : « « *Tous les actes concernant l'exécution de contrats passés en pays étranger et devant être accompli au Chili sont régis par la loi chilienne, conformément à ce qui est prescrit dans l'alinéa final de l'art. 16 du Code Civil. Ainsi la remise et le paiement, la monnaie dans laquelle il devra se faire, les mesures de toute sorte, les reçus et leur forme, les responsabilités imposées par leur manquement à accomplir ou l'accomplissement imparfait ou tardif, et toute autre opération relative à la simple exécution du contrat devront être agencés selon les dispositions des lois de la République, à moins que les contractants en soient convenus autrement* ». Le deuxième paragraphe a été abrogé par la Loi du 10 septembre 1892, qui dispose : « *Article 1^{er}. À partir de la date de promulgation de la présente loi, les obligations qui seraient contractées en monnaie d'or ou d'argent, nationale ou étrangère, seront exigibles dans la monnaie convenue, sauf stipulation contraire.* » La Loi N° 8.403, du 29 décembre 1945, a incorporé au système législatif chilien les Conventions Internationales de Bretton Woods (pièce C107).

demande du vendeur pour les 40.000 actions du capital de CPP. Nous ne disposons pas d'éléments à cet égard. En tous cas c'est une question qui ressortit à la responsabilité du vendeur eu égard aux lois de l'État Chilien, et tout spécialement face aux dispositions légales en matière de change et d'impôts, et, à coup sûr, la responsabilité de l'investisseur n'est pas en jeu. Ce fait n'invalider pas, selon ma conception, la transaction réalisée et ne met pas en doute la qualité « d'Investissement Étranger » de l'opération. »¹²⁷

- L'impôt sur la cession des actions et sur le Timbre étaient dûs au Chili au moment où leur transfert était inscrit sur le Livre-Registre des Actionnaires.¹²⁸

Dans le développement qui suit, les demanderesses vont traiter des questions soulevées dans les **points N° 112 et 114** de la Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002.

Il faut rappeler tout d'abord qu'aucune norme interne chilienne ou internationale n'interdisait en 1972 que le contrat d'achat-vente d'actions d'une société chilienne, et son paiement, aient lieu dans un pays étranger et avec des capitaux étrangers au Chili.

La défenderesse a essayé de semer la confusion

1. En présentant au Tribunal des traductions incomplètes des Décrets N° 258, de 1960, et N° 1.272, de 1961¹²⁹, qui en altèrent la portée, voire le sens ;
2. En fournissant des traductions incomplètes de la « Décision N° 24 » du Groupe de Carthagène¹³⁰, du 31 décembre 1970, qui en altèrent également le sens ;
3. En se fondant sur la « Décision N° 24 » du Groupe de Carthagène, du 31 décembre 1970
 - a. qui n'était pas appliquée au Chili en 1972 ;
 - b. qui, même si elle l'avait été, ne concernait pas les investissements réalisés par des chiliens dans des entreprises chiliennes ;

Il sera démontré ci-après comment le Président actuel de la Banque Centrale du Chili a déformé cette Décision dans une attestation produite après l'audience du 5

¹²⁷ Pièce C44.

¹²⁸ La preuve se trouve dans la pièce C42 : la plainte du Service des Impôts portait sur le fait que MM. Carrasco, Gonzalez et Venegas n'avaient pas payé les impôts correspondant à l'inscription sur le Livre-Registre des actionnaires.

¹²⁹ Pièces N° 16 et 17 annexes au Mémoire d'Incompétence.

¹³⁰ La « Décision N° 24 » du Groupe de Carthagène, Décret N° 482, du 25 juin 1971, pièce N° 20 annexe au Mémoire d'Incompétence.

mai 2000¹³¹ (alors que, rappelons-le, il n'était pas permis aux demanderesses de répondre);

4. Enfin, la défenderesse

- a occulté la version originale du DFL 600, de 1974, en la remplaçant par une version de 1991¹³² sans aucun rapport avec les circonstances de l'investissement de 1972;
- a invoqué des normes qui n'étaient en aucune manière applicables à l'investissement de 1972, soit parce que l'investisseur jouissait alors pleinement des avantages de la Convention de Double Nationalité¹³³, soit parce que ces normes portaient sur le transfert en 1989¹³⁴ de capitaux vers l'extérieur du Chili, ou sur des accords sans rapport aucun avec le cas d'espèce¹³⁵ ;

En contraste, les demanderesses ont démontré l'absence au Chili, aussi bien en 1972 qu'aujourd'hui, d'une définition interne de la notion d'investissement étranger autre que celle qui tombe sous le sens, et qui ressort de l'API.¹³⁶ Ceci est confirmé par le Président de la Banque Centrale du Chili en 1972 dans son rapport:

*« 9.- Les textes légaux actuels relatifs aux Investissements Étrangers ne contiennent pas une définition précise de la notion « d'Investissement Étranger ». Le Décret Loi (DL) 600 de 1974, qui fixe le texte refondu, coordonné et systématisé concernant le Statut de l'Investissement Étranger au Chili ne fait pas état d'une conception ou d'une définition à cet égard. Il stipule simplement la manière dont pourraient être placés les capitaux étrangers et comment ils devront être mis en valeur; il détermine aussi les Droits et obligations auxquels lesdits capitaux doivent se soumettre ».*¹³⁷

L'absence de mécanismes d'acceptation ou d'enregistrement obligatoire des investissements en devises a également été démontrée, ainsi que la possibilité d'une option offerte à ceux qui en 1972 (comme aujourd'hui) investissaient des capitaux internationaux au Chili et souhaitaient bénéficier de franchises en matière de contrôle des changes au moment du rapatriement de leurs bénéfices.¹³⁸

Des preuves complémentaires de la non-soumission des investissements étrangers dans l'espace économique du Chili à une autorisation obligatoire en 1972, sont rapportées ci-après.

¹³¹ Voir nos explications à cet égard pendant les audiences du 21 juin, 29 et 30 octobre 2001.

¹³² Ibid., pièce N° 18. Voir la version originale de 1974 dans la pièce C 104.

¹³³ Ibid., pièce N° 21, Loi 15.576 sur les abus de publicité.

¹³⁴ Ibid., pièce N° 19

¹³⁵ Ibid., pièce N° 22, Traité de Commerce entre le Chili et le Mexique, du 17 avril 1998.

¹³⁶ Point 4.10 de la Réponse du 18 septembre 1999 et pièce D10.

¹³⁷ Pièce C44, souligné par nos.

¹³⁸ Voir les points 4.3.18 à 4.3.19.4 du Mémoire du 17 mars 1999; les points 4 à 4.13.5.1 de la Réponse du 18 septembre 1999; les pages 29-35 de la Réplique du 7 février 2000.

V.4.1

Les Décret ayant Force de Loi (DFL) N° 258, de 1960, N° 1.272, du 11 novembre 1961, et le droit du FMI¹³⁹

La défenderesse a amputé la version française des Décrets N° 258, de 1960, et N° 1.272, du 11 novembre 1961, en détournant le sens afin de soutenir son interprétation. Les demanderesses ont soulevé une objection concernant ces traductions en application de l'art. 30(4) du Règlement Administratif et Financier.¹⁴⁰

La version française intégrale montre que le but des deux textes était d'organiser le contrôle des changes et des transferts de capitaux en accord avec les Statuts du Fond Monétaire International. Il s'agit non d'obligations mais d'offres proposées aux investisseurs étrangers entrant dans certaines catégories.

L'article N° 30 du Décret-Loi N° 1.272 disposait que la Loi 8.043, du 29 décembre 1945, portant approbation des Conventions Internationales de Bretton Woods, prévaudrait en tout cas sur celles de la norme interne (la défenderesse a omis de traduire cet article 30).

Il faut donc interpréter ces Décrets-Lois dans le contexte de l'application de l'art. VIII des Accords constitutifs du FMI, dont le paragraphe (2)(a) concerne seulement « *la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes* » :

ARTICLE VIII

Obligations générales des États membres

Section 1. Introduction

Outre les obligations assumées en vertu d'autres dispositions des présents Statuts, chaque État membre s'engage à respecter les obligations énoncées au présent article.

Section 2. Non-recours aux restrictions sur les paiements courants

a) Sous réserve des dispositions de la section 3, paragraphe b), de l'article VII et de la section 2 de l'article XIV, aucun État membre n'impose, sans l'approbation du Fonds, de restrictions à la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes.

b) Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État membre

¹³⁹ Pièces N° 16 et 17 du Mémoire d'Incompétence. La version française a été objectée, la partie traduite altère le sens de la partie produite (art. 30(4) du Règlement Administratif et Financier).

¹⁴⁰ Voir le Mémoire d'Incompétence: pp. 3.2.2.4; 3.2.2.5; 3.3.1; 3.3.3.4; la Réplique: pp. 3.1.1; 3.1.2; 3.1.3; 3.1.4.2, et le dossier de plaidoirie du Chili des 3 et 5 mai 2000, p. 5.

maintenue ou imposée conformément aux présents Statuts ne sont exécutoires sur les territoires d'aucun État membre. En outre, les États membres peuvent, par accord mutuel, coopérer à des mesures destinées à rendre plus efficace la réglementation du contrôle des changes de l'un d'eux, à condition que lesdites mesures et réglementations soient conformes aux présents Statuts.”

On rappellera ici ce qu'on a dit plus haut (V.I.), à savoir que l'art. VIII(2)(a) ne s'applique pas au cas spécifique de l'investissement de M. Pey dans CPP S.A. Car d'après l'art XXX des Statuts du FMI

« Par paiements pour transactions courantes, il faut entendre les paiements qui n'ont pas pour objet le transfert de capitaux; ils comprennent notamment :

- 1) *tous les paiements dus au titre du commerce extérieur et des autres opérations courantes, y compris les services, ainsi que les facilités normales à court terme de banque et de crédit;*
- 2) *les paiements dus au titre d'intérêts sur des prêts ou de revenus nets d'autres investissements;*
- 3) *les paiements d'un montant modéré pour l'amortissement d'emprunts ou la dépréciation d'investissements directs;*
- 4) *les envois de fonds d'un montant modéré pour charges familiales »*

Un autre article des Statuts du FMI, le N° VII (3), oblige les États membres à interdire les accords et les pratiques discriminatoires dans les échanges de capitaux :

« Section 3. Avoirs du Fonds en une monnaie rare

a) Si le Fonds constate que la demande dont fait l'objet la monnaie d'un État membre risque sérieusement de le mettre dans l'impossibilité de fournir cette monnaie, il doit, qu'il ait ou non publié le rapport prévu à la section 2 du présent article, déclarer officiellement que cette monnaie est rare, et répartir dorénavant les montants en la monnaie rare dont il dispose ou disposera en tenant dûment compte des besoins relatifs des États membres, de la situation économique internationale et de toutes autres considérations pertinentes. Il publie aussi un rapport sur les mesures qu'il a prises.

b) Une déclaration officielle effectuée conformément au paragraphe a) ci-dessus constitue une autorisation pour tout État membre d'imposer à titre temporaire, après consultation avec le Fonds, des restrictions à la liberté des opérations de change sur la monnaie rare. Sous réserve des dispositions de l'article IV et de l'annexe C, chaque État membre est seul compétent pour déterminer la nature de ces restrictions, mais celles-ci ne sont pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour limiter la demande de la monnaie rare aux montants de cette monnaie qu'il détient ou qui lui échoient; et lesdites restrictions sont assouplies et supprimées aussi rapidement que les circonstances le permettent.”

L'article VI des Statuts du FMI fait référence au « *transfert de capitaux* ». Ce concept est décrit dans les termes suivants :

« Section 1. Utilisation des ressources générales du Fonds pour les transferts de capitaux. »

a) Aucun État membre ne peut faire usage des ressources générales du Fonds pour faire face à des sorties de capitaux importants ou prolongées, sauf en vertu des dispositions de la section 2 du présent article. »

« Section 2. Dispositions spéciales concernant les transferts de capitaux »

Tout État membre a le droit d'effectuer des achats dans la tranche de réserve pour faire face à des transferts de capitaux. »

“Section 3. Contrôle des transferts de capitaux”

Les États membres peuvent prendre les mesures de contrôle nécessaires pour réglementer les mouvements internationaux *de capitaux*, mais aucun État membre ne peut appliquer lesdites mesures de contrôle d'une manière qui aurait pour effet de restreindre les paiements au titre des transactions courantes ou de retarder indûment les transferts de fonds effectués pour le règlement d'engagements pris, sauf dans les conditions prévues à la section 3, paragraphe b), de l'article VII, et à la section 2 de l'article XIV. »

La section 2 de l'article XIV dispose:

“Section 2. Restrictions de change”

Nonobstant les dispositions de tout autre article des présents Statuts, les États membres qui ont notifié au Fonds qu'ils entendent se prévaloir des dispositions transitoires visées au présent article peuvent maintenir et adapter aux changements de circonstances les restrictions aux paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes qui étaient en vigueur à la date à laquelle ils sont devenus membres. Les États membres doivent cependant, dans leur politique de change, avoir constamment égard aux buts du Fonds; dès que les conditions le permettent, ils doivent prendre toutes les mesures possibles pour mettre en place des dispositions commerciales et financières avec les autres États membres qui soient de nature à faciliter les paiements internationaux et la promotion d'un système stable de taux de change. En particulier, les États membres suppriment les restrictions maintenues en vigueur en application de la présente section dès qu'ils s'estiment en mesure d'équilibrer, sans ces restrictions, leur balance des paiements, d'une manière qui n'obérit pas indûment leur recours aux ressources générales du Fonds. ”

Il ressort donc clairement que, sauf spécification contraire, « *transfert de capitaux* » signifie « *sortie de capitaux* » du pays concerné, en l'espèce vers l'extérieur du Chili.

La Décision N° 1034 des Directeurs Exécutifs du FMI, du 1^{er} juin 1960, avait d'ailleurs établi que :

“the guiding principle in ascertaining whether a measure is a restriction on payments and transfers for current transactions under Art. VIII(2), is whether it

*involves a direct governmental limitation on the availability or use of exchange as such ».*¹⁴¹

La raison d'être des deux Décrets-Lois chiliens était donc de réglementer l'offre de franchises à l'égard du régime du contrôle des changes en vue du transfert des capitaux vers l'extérieur du Chili.

La rédaction de ces deux Décrets-Lois montre également qu'il était facultatif de demander à en bénéficier, car cela ne concernait que la demande (facultative, et pour cause, ne serait-ce que dans l'intérêt de l'économie nationale !) d'accès aux franchises en vue de l'exportation hors du Chili du capital investi dans l'espace économique chilien. Contrairement à ce qu'affirme la délégation du Chili.¹⁴²

Il était donc logique que les deux Décrets-Lois ne fassent pas de différence entre les investisseurs étrangers et chiliens qui souhaiteraient en toute liberté demander à bénéficier des franchises, dans la mesure où l'investissement des étrangers et des chiliens était réalisé «*en devises en provenance de l'étranger* ».

V.4.2

Le Décret ayant Force de Loi (DFL) N° 258, de 1960

L'art. 1er et suivants du Décret-Loi N° 258 montrent qu'il était facultatif pour l'investisseur de demander à bénéficier des franchises accordées à ceux « *qui désirent adopter les franchises qui sont établies dans le présent décret ayant force de loi* ».

S'il optait pour ces franchises l'investisseur était contraint de signer le contrat prévu à l'article 25 dudit Décret-Loi (que la défenderesse a bien entendu omis de traduire) :

« (...) *un contrat dans lequel il sera entendu que sont inclus de plein droit les bénéfices, franchises et exemptions mentionnés dans le décret supérieur qui approuve l'investissement. En conséquence la personne physique ou morale admise à recourir à ses dispositions jouira desdits bénéfices, franchises et exemptions pour la durée et selon les conditions dans lesquelles ils lui auront été conférés et qui ne pourront être modifiées qu'avec le consentement de deux parties* »¹⁴³

V.4.3

Le Décret ayant force de Loi N° 1.272, du 11 novembre 1961¹⁴⁴

La défenderesse a dénaturé le sens du Décret-loi N° 1.272.

¹⁴¹ IMF. Selected Decisions of the Executive Directors (1987), p. 298, souligné par nous.

¹⁴² Réplique sur l'Incompétence: pp. 3.5.10.3; 3.5.10.6.

¹⁴³ Pièce C111, souligné par nous.

¹⁴⁴ Doc. N° 16 du Mémoire d'Incompétence. La version française a été objectée, la partie traduite altère le sens de la partie produite (art. 30(4) du Règlement Administratif et Financier).

La version française complète de ce décret permet de constater qu'il s'agit d'un texte relatif aux organismes de contrôle compétents et des modalités réglementaires visant plus particulièrement

- les opérations liées au « commerce extérieur », portant sur l'exportation ou l'importation de ressources naturelles ou de biens d'équipement et l'ensemble des transactions qui s'y rattachent (assurances, garanties, indemnisations, courtages, commissions, etc.) ;
- les opérations « d'échanges monétaires internationaux » (*cambios internacionales*), c'est-à-dire impliquant des transactions de commerce de devises (ou d'or) effectués au Chili .

Sur la nature des opérations définies comme «échanges monétaires internationaux », et passibles à ce titre de restrictions énoncées dans le Décret, l'article 12^{ème} dispose :

«Les opérations de changes internationaux, qu'ils soient réalisés comme actes de commerce des devises habituels ou occasionnels, ne pourront être effectués que par la Banque Centrale du Chili... » ;

- les entrées de devises dans le territoire chilien hors opérations de commerce extérieur, la vente et l'achat de ces devises et le rapatriement éventuel de capitaux et/ou bénéfices correspondants ;

Notons enfin que les éventuelles restrictions sont d'application strictement locales. Bien entendu, un décret interne n'a pas en effet d'application extra-territoriale. Mais, en outre, cela ressort, indépendamment de l'article 12^{ème} cité plus haut, de l'article 3^{ème}, qui désigne en termes généraux les « *opérations de changes internationaux* ».

À cet égard l'identification globale contenue dans le 2^{ème} alinéa de l'article 3^{ème} est révélatrice : son caractère universel est dépourvu de sens hors de ce contexte territorial chilien (la défenderesse semble prétendre que pratiquement toutes les transactions de la Planète, impliquant des monnaies non chiliennes, seraient soumises au Décret-Loi N° 1.272!).¹⁴⁵

Ce même contexte est d'ailleurs réaffirmé dans le 4^{ème} alinéa, excluant toute restriction visant

«...les transactions portant sur des valeurs et actions de sociétés dont les titres sont exprimés en monnaie étrangère ».

Cela démontre clairement que les transactions visées par d'éventuelles restrictions ne sont que celles se déroulant sur le territoire chilien (il ne fait aucun sens de « libérer » l'achat et vente d'actions de sociétés chiliennes dont le lieu du contrat et de son exécution

¹⁴⁵ Mémoire d'Incompétence, p. 3.3.3.5; Réplique: pp. 3.1.3; 3.1.4.3.

serait en dehors du Chili, et dont la monnaie du contrat et de l'obligation serait non chilienne !).

V.4.3.1

Concernant les modalités de transferts de capitaux, l'article 14^{ème} du Décret-Loi N° 1.272 indique clairement :

« Les personnes physiques ou morales, ressortissants ou étrangers, qui transféreraient au Chili des capitaux sous forme de devises étrangères, et qui s'inscriraient à la Banque Centrale du Chili, pourront vendre librement (...) Les personnes qui ont adopté cette exception pourront réexporter librement, de façon totale ou partielle, lesdits capitaux (...) ».

Cela démontre sans ambiguïté que l'investissement de capitaux étrangers au Chili, ainsi que le « transfert de capitaux au Chili »,

- n'est pas conditionné par un apport sous forme de devises, et l'investissement de capitaux étrangers sous d'autres formes n'est donc nullement rejeté;
- n'est pas conditionné par une inscription à la Banque Centrale, laquelle n'est envisagée que de façon éventuelle comme contrepartie à des autorisations de vente libre et de rapatriement éventuel des capitaux et des bénéfices ;
- en outre, cette inscription n'est envisagée que pour les apports en devises, et au surplus la première des franchises concédées en contrepartie [vente libre de devises] est dénuée de sens dans un contexte d'apport de capitaux immobilisés.

Le Président de la Banque Centrale du Chili en 1972 indique dans son Rapport, mis à la disposition du Tribunal arbitral, que:

« 4 .- L'article 14 de la Loi sur les Changes Internationaux en vigueur en 1972 ainsi qu'il a été indiqué, stipule que: 'Les personnes physiques ou morales, nationales ou étrangères qui transféreraient des capitaux au Chili en devises étrangères et qui s'inscriraient auprès de la Banque Centrale du Chili, pourront vendre librement lesdites devises ... A cet effet la Banque Centrale leur accorde un Certificat d'inscription nominal et intransférable. Les personnes qui auraient eu recours à ce régime exempté pourront réexporter librement, de façon totale ou partielle, lesdits capitaux...' La rédaction de cet Article, non obligatoire, laisse place pour l'investisseur [à l'alternative consistant] à opter ou non pour ladite inscription du capital.

« 5.- En procédant comme il l'a fait l'investisseur espagnol ne se rend pas bénéficiaire des franchises envisagées dans l'Article 14 cité plus haut et dans le Décret ayant Force de Loi (DFL) numéro 258 du 30 mars 1960, autre instrument juridique optionnel dont bénéficiaient les Investissements Étrangers à cette époque-

là. Dans le cas de l'Article 14, concrètement, les franchises consistaient à avoir accès au marché officiel des devises, à acquérir les devises à un taux de change préférentiel et à réexporter tout ou partie du capital apporté ainsi que les intérêts et bénéfices qu'ils produiraient.

*« 7.- L'important, selon moi, est que la contrepartie de l'Investissement visé se trouve au Chili, encore qu'elle fût confisquée arbitrairement en 1973 par le Gouvernement, et qu'elle est clairement identifiable tant du point de vue matériel que du point de vue juridique. Elle se révèle ainsi être un investissement étranger beaucoup plus authentique que d'autres qui ont recours aux franchises existantes. Je fais référence particulièrement à ces investissements en provenance des capitaux qualifiés de «spéculatifs» ou capitaux «hirondelles», qui, canalisés au travers d'instruments légaux existants très favorables aux investisseurs, furent placés dans l'acquisition de valeurs mobilières comme des actions, des bons et autres valeurs négociées en Bourse, lesquelles vendues par la suite à des prix supérieurs, furent réexportées, engendrant pour l'investisseur spéculateur un profit important mais qui n'ont représenté pour le pays aucun bénéfice, visible, par exemple en ce qui concerne la création d'emplois, ou pour le développement économique en général. De telles pratiques, heureusement, se sont vues sensiblement réduites depuis qu'en 1991 les autorités monétaires ont imposé des règles spéciales à ce type de capitaux étrangers, telles que l'application d'encaissements [encajes] et d'autres genres de réglementations. »*¹⁴⁶

V.4.3.2

On rappellera que le vendeur de CPP S.A. avait exigé de recevoir le prix de la vente des actions en dehors du Chili.¹⁴⁷

L'investisseur, M. Pey, et l'Autorité monétaire compétente, le Gérant de la Banque Centrale M. Jaime Barrios, avaient échangé des lettres faisant état du fait que l'investissement dans l'achat de CLARIN devant être payé à l'étranger, en devises et par l'intermédiaire de banques étrangères, aucune norme n'exigeait de M. Pey qu'il l'inscrive à la Banque Centrale du Chili.

En outre, M. Pey ne demandait pas à bénéficier de franchises en vue du transfert éventuel des bénéfices futurs hors du Chili. Le Gérant de la Banque Centrale avait d'ailleurs donné son accord par écrit car

- i. le capital à investir dans CPP S.A. était étranger,
- ii. cet investissement ne touchait pas les réserves en devises ni la balance de paiements de l'État chilien,
- iii. l'État chilien n'y assumait pas d'obligations futures en monnaie étrangère,

¹⁴⁶ Pièce C44, souligné par nous.

¹⁴⁷ Voir le contrat signé à Estoril el 13 mai 1972 (pièce C65) et la déclaration des Inspecteurs des Impôts auprès du Juge de Santiago le 1^{er} septembre 1975 (pièce C42, page 6 de l'original).

- iv. aucune Autorité chilienne ne pouvait imposer à un investisseur en devises, qu'il soit chilien ou étranger, de demander à bénéficier des franchises.

Les Autorités actuelles se servent de leur *potestas* pour refuser de produire auprès du Tribunal arbitral cet échange de lettres¹⁴⁸ entre le Gérant de la Banque Centrale et M. Pey¹⁴⁹, alors que cette correspondance est visée par l'ordre de production de documents du Tribunal arbitral.

Face à cette rétention de documents il est légitime de faire appel à un expert en la matière, à savoir le Président de la Banque Centrale du Chili en 1972. M. Alfonso Inostroza amène au Tribunal l'*auctoritas* que lui confère le fait d'avoir été la plus haute autorité monétaire du Chili à la date de l'investissement. Il qualifie lui-même clairement l'achat de CPP S.A. d'investissement étranger selon les normes internes du Chili.¹⁵⁰

V.4.4

Le Décret ayant Force de Loi n°600, du 11 juillet 1974

Nous avons produit également la version française intégrale du Décret ayant Force de Loi N° 600, du 11 juillet 1974, Statut de l'Investissement Étranger, dans sa version originale publiée au J.O. du 13.07.1974¹⁵¹.

Son article transitoire N° 2 reconnaît l'existence de capitaux internationaux investis au Chili avant 1974, n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation administrative. Les auteurs de ces investissements étaient soumis aux conditions prévues à l'art. transitoire 1.

En cachant au Tribunal la version de 1974 la défenderesse

- a fait disparaître la version originale pertinente des articles transitoires,¹⁵²
- a occulté des données essentielles pour éclairer le Tribunal arbitral.¹⁵³

En effet, la version originale¹⁵⁴ du DFL N° 600 montre que:

¹⁴⁸ Les demanderesses ont demandé la production de ces lettres les 9 février, 22 juillet 1999 et le 7 mai 2001.

¹⁴⁹ Voir la communication du Président actuel de la Banque Centrale jointe à la Note de la défenderesse du 15 octobre 2001, la version française ayant été communiquée au Centre le lendemain. Le prétexte pour ne pas produire les lettres échangées avec le Gérant de la Banque Centrale est le même que celui utilisé pour ne pas produire le Mémorandum du Ministère de l'Intérieur du 3 février 1975 (publié dans tous les journaux du pays) et les livres comptables des entreprises confisquées.

¹⁵⁰ Pièce C44.

¹⁵¹ Pièce C104.

¹⁵² Pièce N° 18 annexe au Mémoire d'Incompétence.

¹⁵³ Les demanderesses ont fait connaître leur objection à la version du DFL N° 600 produite par la défenderesse. Voir la communication au Centre du 23 juillet 1999 et les points 1.23.4.3 de la Réponse du 18 septembre 1999 au Mémoire d'Incompétence. Voir aussi ce dernier au p. 3.2.2.7.

¹⁵⁴ Journal Officiel du 13.VII.1974.

1. son **Préambule** fait état des normes régissant jusqu'au 13 juillet 1974 les investissements de capitaux internationaux, tel que le DFL 1.272 de 1961, mais ignore le Décret N° 482 du 25 juin 1971 (« Décision 24 » du Groupe de Carthagène). Ce qui confirme que ce Décret N° 482 de 1971 n'était pas encore considéré comme étant d'application à l'intérieur du Chili.
2. Le DFL N° 600 traite subtilement, dans son **Préambule**, « *des engagements internationaux valablement obligatoires au Chili* ». Or, le Décret N° 482 de 1971 n'ayant pas été approuvé par une Loi, la mise en application de la « Décision 24 » n'était pas obligatoire pour les particuliers, ainsi que l'expliquaient, encore en septembre 1974, les fonctionnaires du Chili au Directoire du Groupe de Carthagène (XVème Période de Sessions).¹⁵⁵
3. Le Statut de l'Investissement Étranger figurant dans le DFL 600 de 1974 avait, comme les Statuts antérieurs, un caractère optionnel et volontaire pour ceux qui souhaitaient bénéficier des franchises qui y étaient associées, afin de transférer vers l'extérieur du Chili du capital investi. Ainsi,
 - a. L'art. 13 dispose: « *Les investissements étrangers et les étrangers qui adopteront les conditions du présent Statut, devront (...)* »;
 - b. et la rédaction de l'**art. Transitoire N° 2** confirme que l'investissement en 1972 de M. Pey dans CPP S.A. avait la qualité d'investissement étranger et que d'autres investissements en capitaux étrangers se trouvaient dans une situation similaire. Il était en effet impossible d'inscrire à la Banque Centrale du Chili un paiement effectué en dehors du Chili avec des capitaux internationaux.

Cet article transitoire témoigne du fait qu'il se trouvait au Chili des investissements pour lesquels aucun contrat tel que mentionné à l'art. 25 du Décret-Loi N° 258 de 1960 n'avait été souscrit ni enregistré à la Banque Centrale afin de bénéficier des franchises prévues pour leur éventuel transfert en dehors du Chili.

On remarquera également que cette disposition transitoire n'établissait aucune discrimination selon la nationalité ou la résidence des « *titulaires de capitaux provenant de l'étranger* »:

« *Art. 2º Les capitaux d'origine étrangère qui, entrés au pays sous les normes en vigueur à la date de l'importation et sous forme d'apport à une entreprise, dont les titulaires n'auraient pas droit au rapatriement de cet apport et de ses bénéfices, pourront demander au Comité des Investissements Étrangers, à bénéficier des avantages de ce Statut. En outre la demande devra remplir les conditions suivantes :*

- a) *confirmation au moyen de documents officiels ou de la comptabilité correspondante, du capital entré dans le pays et de son apport à des entreprises établies, et*

¹⁵⁵ Pièce C100 et C101.

b) *Inscription des titulaires au Comité des Investissements Étrangers dans un délai maximal d'un an à compter de la date de publication du présent Statut au Journal Officiel.*

La demande sera présentée sous forme d'un nouvel investissement, son approbation exigera l'unanimité des membres titulaires du Comité (...) ».

On rappellera à cet égard les propos de M. Inostroza, Président de la Banque Centrale du Chili en 1972 (pièce C44) :

« 6.- Il est nécessaire de remonter aux circonstances de cette époque pour apprécier la signification de telles franchises. En effet à ce moment il existait une pénurie aigüe de monnaies étrangères et leur utilisation était sévèrement limitée par la Banque Centrale au moyen de quotas préalables de devises autorisées, et ce au cas par cas. C'est à tout cet ensemble de garanties que renonçait l'investisseur étranger qui ne canalisait pas son apport de capitaux à travers le Marché Officiel. Toutefois, à mon avis, ces capitaux ne laissent pas de présenter la qualité « d'Investissement Étranger» du fait que leur propriétaire aurait choisi une procédure différente pour effectuer son apport, ce qui n'empêchait nullement l'investisseur d'exercer ses responsabilités au sein de l'Entreprise CPP S.A. qu'il avait acquise. »

Pour sa part, l'art. 40 du DFL 600, dans sa version originale de 1974 (pièce C104), démontre, tout en abrogeant le DFL N° 258, du 4 avril 1960, que ce dernier Décret était celui en vigueur et appliqué à la date de l'investissement de M. Pey en 1972 :

« *Art. 40.- Le DFL N° 258, du 4 avril 1960, qui établit la réglementation sur les investissements de capitaux étrangers au Chili et toute autre disposition légale relative à la procédure d'entrée au Chili d'investissements étrangers, au titre d'apports au capital d'une entreprise, sont abrogés.*

Les extraits du DFL N° 258 ou de ses dispositions, contenues dans la législation en vigueur, seront censées faire partie du présent Statut et de ses dispositions ».

V.4.5

Le Décret ayant Force de Loi N° 746, du 6 novembre 1974

Le Décret ayant force de Loi N° 746, du 6 novembre 1974¹⁵⁶, est la première norme ayant rang de Loi incorporant à l'ordonnancement juridique chilien la « Décision N° 24 »

¹⁵⁶ Pièce C135

du Groupe de Carthagène, du 31.XII.1970. Celle-ci avait uniquement été publiée sous forme de **Décret** du Ministère des AA. EE. le 25 juin 1971.¹⁵⁷

Ce Décret avait été contesté à l'époque par l'Organe de Contrôle (« *Contraloria* »)¹⁵⁸. Cependant l'Exécutif avait passé outre en 1971 par la voie, légale mais extraordinaire, du « *Décret en réitération* » (*Decreto de Insistencia*)¹⁵⁹. Le « *Contralor* » ayant indiqué que l'incorporation à la législation du Chili de la Décision N° 24 du Groupe de Carthagène devait faire l'objet d'une **Loi**, le Décret du 25 juin 1971 n'a pas eu force obligatoire au Chili. Les Autorités du Chili expliquaient elles-mêmes aux États membres du Groupe Andin ce point à l'époque, comme nous l'avons démontré¹⁶⁰, contrairement à ce qu'affirment le Président actuel de la Banque Centrale du Chili et la défenderesse.¹⁶¹

Les termes du DFL N° 746, du 9 novembre 1974, (et les antécédents historiques que nous avons produits), prouvent que c'est seulement **en novembre 1974** qu'il a été mis fin à la situation de légalité douteuse du Décret N° 482, du 25 juin 1971, motif pour lequel il n'était pas appliqué pour ce qui concerne les particuliers (à savoir, mise en vigueur par un « *décret en réitération* » ou *decreto de insistencia*, comme nous venons de l'exposer).

Ceci ressort de l'explication officielle fournie **en septembre 1974** (donc avant la promulgation du DFL N° 746, de 1974) par les Autorités chiliennes à l'occasion de la XVème Période de Sessions Ordinaires de la Commission du Groupe de Carthagène, qui s'est tenue à Lima (Pérou). Les autres pays membres du Groupe (Bolivie, Pérou, Équateur, Colombie, Vénézuela) critiquaient alors la législation en vigueur au Chili, à savoir le DFL N° 600 du 15 juillet 1974, au motif que ce décret:

- « *est contraire aux principes et à la philosophie du régime établi par la « Décision 24 »*,
- « *enfreint la « Décision 24 » et aussi l'art. 27 de l'Accord de Carthagène* »,
- « *ne fait pas mention à la « Décision 24 » mais fait seulement référence aux obligations internationales dont la mise en application est valablement obligatoire pour le Chili*,
- « *d'après les explications officielles formulées par des fonctionnaires Chiliens, puisque la « Décision 24 » a été mise en vigueur par le moyen d'un décret en réitération, n'importe quelle personne peut introduire à son encontre un recours demandant sa non application.* »¹⁶²

Ceci dit, contrairement à ce qu'affirme la défenderesse¹⁶³, même si la « Décision N° 24 » du Groupe de Carthagène avait été effectivement appliquée en 1972, elle n'était

¹⁵⁷ Ce Décret figure dans l'annexe N° 20 du Mémoire d'Incompétence. La version française a suscité une objection, son sens y est dénaturé.

¹⁵⁸ Voir la pièce N° 20 annexe au Mémoire d'Incompétence, *in fine*.

¹⁵⁹ Dans le régime constitutionnel chilien le “*Decreto de Insistencia*” devait être signé par la totalité des Ministres du Gouvernement, qui engageait de la sorte sa responsabilité collective devant le Parlement.

¹⁶⁰ Pièces C100 et C101.

¹⁶¹ Mémoire d'Incompétence: pp. 3.2.2.6; 3.3.3.2; 3.3.3.3; 3.3.4.2. Réplique: p. 3.1.4.4.

¹⁶² Pièces C100 et C101.

¹⁶³ Mémoire d'Incompétence, pp. 3.3.3.5; Réplique: pp. 3.1.3; 3.1.4.3 et 3.5.14.

pas applicable à l'investissement de M. Pey, de par son objet même, comme il va être maintenant démontré.

V.4.6

La Décision N° 24 du Groupe de Carthagène

Il ressort des publications relatives aux investissements étrangers au Chili en 1972 que le principe de liberté d'investir en capitaux internationaux prévalait et n'impliquait pas de règlements administratifs préalables d'admission si l'investisseur n'optait pas pour les franchises du contrôle des change relatives au transfert hors du pays des capitaux et/ou des bénéfices.

Ainsi, il apparaît à la lumière des documents communiqués par les demanderesses que:

1. LAU (S.F.): The Chilean Response to Foreign Investment. New York, Praeger Publishers, 1972, constate le caractère facultatif des franchises du DFL N° 258 et du Décret N° 1.272, l'égalité de droits et d'obligations entre les investisseurs nationaux et étrangers, la non-application de la Décision N° 24 du Groupe de Carthagène (« *the legal force of Decision 24 in the individual nations is yet unclear* »), l'absence de régulation des investissements étrangers.¹⁶⁴
2. SCHLIESSE(P.)-VOLNAY(S.) : « Régime des investissements étrangers à l'intérieur du Marché commun andin », Journal de Droit International, 1972, N° 3, pp. 558-571, constate en mai 1972 (la date où M. Pey achetait CPP S.A. à Estoril) que les Autorités du Chili « *n'avaient pas pris les dernières décisions nécessaires pour que les mesures prévues par le Code [Andin] puissent être appliquées* » ;¹⁶⁵
3. JOUVIN (Jean-Jacques) : « Le Bloc Andin : Structures, objectifs, perspectives », dans Notes et Études Documentaires, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, N° 3949-3950, 20 décembre 1972, explique comment la caractéristique principale de la « Décision N° 24 » était de permettre que les investisseurs privés ayant la nationalité chilienne (ou d'un autre pays membre du Groupe Andin) prennent progressivement le contrôle de la majorité du capital d'une entreprise primitivement étrangère.¹⁶⁶
4. CARRAUD (M.) : « Nature et portée de l'accord d'intégration sous-régionale andin », Notes et Études Documentaires, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE,

¹⁶⁴ Pièce C116, pages 17, 27, 28 et 30.

¹⁶⁵ Pièce C117, pages 558 à 571.

¹⁶⁶ Pièce C118., page 71.

¹⁶⁷ Voir pièces C64, C68

N° 4421-4422-4423, 21 octobre 1977, constate qu'avant 1974 la Décision N° 24 du Groupe Andin n'avait pas été effectivement appliquée;¹⁶⁸

5. Les documents officiels du Groupe de Carthagène à propos de la Décision N° 24 du 31 décembre 1970, produits lors de l'audience du 29 octobre 2001, démontrant que le témoignage du Président actuel de la Banque Centrale du Chili, produit par la défenderesse après la clôture de la procédure le 5 mai 2000, était erroné. Il s'agit des documents suivants :
 - 5.1 le “Rapport du Directoire [du Pacte de Carthagène] sur les dispositions légales prises par les Pays membres en relation avec la Décision 24”, en date du 8 septembre 1974 (pièce C100) ;
 - 5.2 le “Compte rendu final de la XVème Période de Sessions Ordinaires de la Commission de l'Accord de Carthagène”, du 10 au 14 et du 19 au 20 septembre 1974 (pièce C101);
 - 5.3 le “Compte rendu final de la XXème Période de Sessions Ordinaires de la Commission de l'Accord de Carthagène”, 4 août et 30 octobre 1976 (pièce C102);
 - 5.4 le “Compte rendu final de la XIIIème Période de Sessions Extraordinaires de la Commission de l'Accord de Carthagène”, du 27 mai au 5 juin 1974 (pièce C103);
 - 5.5 le Décret-Loi N° 600, du 13 juillet de 1974, de la République du Chili, relatif aux Investissements Étrangers (version originale promulguée dans le J.O. du 13 juillet 1974, pièce C104).

IV.4.7.

Les dispositions réglementant les investissements pour ce qui a trait au transfert hors du Chili du capital et des bénéfices

Il n'existait pas au Chili en 1972, pas plus qu'il n'existe aujourd'hui, une quelconque norme interne qui rende obligatoire (*mandatory*) l'approbation ou l'enregistrement d'un investissement espagnol au Chili. La page web du Comité des Investissements Étrangers précise :

“Does every foreign investor need to sign a contract with the State of Chile?
No. A foreign investor can choose between two mechanisms:
a) The Foreign Investment Statute (DL 600) or
b) Chapter XIV of the Compendium of International Exchange Regulations, published by the Central Bank of Chile.
The latter establishes that all loans, deposits, investments and equity contributions

¹⁶⁸ Pièce C119, page 64.

of over US\$ 10,000 -made through the formal Exchange Market- must be reported to the Central Bank. ^{“¹⁶⁹}

On reviendra ci-après sur la fonction spécifique du Chapitre XIV de la Banque Centrale dans le contrôle des changes, son caractère facultatif, sa coexistence légale au sein du Chili avec le Marché des Changes Informel, et l'impossibilité d'assimiler ces concepts avec celui tout différent d' « investissement étranger » et encore moins avec la définition que fait de ce dernier l'art. 1.2 de l'API Espagne-Chili.

IV.4.8

Absence de pertinence des dispositions relatives aux investissements recherchant le droit de transférer les capitaux hors du Chili

La défenderesse n'a produit aucune preuve de ce qu'une norme interne aurait obligé en 1972 les investisseurs internationaux à demander à bénéficier des franchises de contrôle des changes relatives au rapatriement du capital investi, droit dont l'octroi aurait requis l'enregistrement de l'investissement. Cette demande était alors, tout comme aujourd'hui, facultative.

La défenderesse cherche à créer une confusion lorsqu'elle applique les normes relatives aux franchises sur le transfert de capitaux vers l'extérieur du Chili –qui en 1972 étaient soumises au régime de contrôle des changes- à une opération financière totalement différente, non réglementée, comme l'était l'achat d'une entreprise chilienne convenu à l'étranger et payé en devises des EE.UU. sur le compte bancaire étranger du vendeur.

M. Pey n'ayant pas demandé en 1972-73 à transférer le capital investi dans CPP S.A. vers l'extérieur du Chili, les normes alors en vigueur sur le contrôle de change ne lui sont pas opposables.

IV.4.9

La Jurisprudence chilienne sur le contrôle des changes

La Cour Suprême du Chili a eu l'occasion d'étudier les mêmes questions qui ont été soulevées par la défenderesse. Il s'agissait d'un contrat d'achat-vente, convenu en 1932, portant sur une propriété située dans le territoire du Chili, entre deux personnes physiques résidant au Chili et dont le prix devait être en partie payé en Europe avec des reichmarks que l'acheteur disait avoir en Allemagne. La Cour a étudié la Loi chilienne de contrôle des changes N° 5107 (anologue pour ce qui importe ici à celle en vigueur en 1972), et a statué que

« le paiement de la somme [due] n'était pas subordonnée à l'intervention de l'organisme en charge du contrôle des changes internationaux des monnaies chiliennes avec les étrangères, parce que les opérations que la loi situe sous sa vigilance et son autorisation sont celles qui ont pour objet l'achat ou la vente de

¹⁶⁹ La page web peut être consultée dans www.cinver.cl.

monnaies et d'or de toute sorte, sous toutes ses formes, et les lettres, chèques, virements, cartes de crédit, ordres télégraphiques ou documents de toute nature comportant transfert de fonds à l'étranger à partir du Chili et vice-versa (...) le paiement des reichsmarck ne signifie pas une opération de changes soumise aux démarches prescrites dans la Loi N° 5107 (...) Le paiement d'une partie du prix en monnaie étrangère ne peut pas être qualifiée comme une opération de change (...) rendant indispensable l'autorisation de la Commission de Contrôle des changes. »¹⁷⁰

Cette doctrine légale n'a pas été modifiée depuis lors.

Pour autant que ce soit pertinent la République du Chili n'a produit aucune preuve

- que le vendeur, M. Sainte-Marie, un ressortissant du Chili, n'aurait pas rapatrié au Chili tout ou partie du prix reçu en 1972 pour la vente de CPP S.A. (1.280.000US\$),
- qu'il aurait existé une norme interne prescrivant au vendeur d'actions de rapatrier tout ou partie du prix de leur vente, ou de le déclarer aux Autorités chiliennes compétentes;
- que, le cas échéant, il aurait été enjoint à M. Sainte-Marie de rapatrier tout ou partie des 1.280.000 US\$;
- qu'il aurait été engagé une action judiciaire à l'encontre du vendeur
 1. soit pour avoir vendu les actions en devises à l'étranger,
 2. soit pour avoir rapatrié le prix perçu sans observer une norme interne du Chili,
 3. soit pour ne pas l'avoir rapatrié.

Notons à cet égard qu'une plainte a été déposée contre M. Sainte-Marie en septembre 1975, pour présomption de fraude fiscale. L'opération de vente de l'entreprise a été examinée à la loupe sans qu'aucune référence ait été faite à une quelconque infractions de cette nature.¹⁷¹

V.4.10

Ni l'API Espagne-Chili, ni la Loi interne en 1972, ni celle aujourd'hui en vigueur, n'exigent qu'un contrat d'achat d'actions d'une entreprise chilienne, convenu à l'étranger en devises US, requière que le paiement du prix soit effectué à l'intérieur des frontières du Chili.

Les définitions du terme **investissement** dans les Conventions bilatérales ou multilatérales ne font pas la moindre référence à une exigence de paiement dans le territoire du pays hôte. La défenderesse prétend le contraire¹⁷² sans en apporter la moindre preuve.

¹⁷⁰ Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 12 septembre 1936, **affaire Ianiszewski c. Meisel**, Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo XXXIII, Segunda Parte, Sección Primera. pièce C168.

¹⁷¹ Pièce C42.

¹⁷² Réplique sur l'incompétence: p. 3.5.12.

En effet, pour ce qui concerne le paiement de l'investissement en capitaux internationaux, le Chili n'a pas produit le moindre élément laissant présumer qu'une exigence selon laquelle l'acte de paiement du prix d'un investissement de cette nature devrait nécessairement être réalisée dans le territoire de l'État où est située la société dont l'investisseur acquiert des actions

- a) serait une pratique commune des États ayant signé des API,
- b) figurerait dans les Loi en vigueur au Chili en 1972,
- c) figurerait dans celles en vigueur maintenant,
- d) figurerait, ce qui importe le plus, dans l'API Espagne-Chili.

Par contre, nous produirons ci-après la preuve du fait que des actions de sociétés chiliennes sont achetées et vendues chaque jour à New York par des investisseurs qui règlent leur prix hors du Chili, comme c'est le cas des American Depository Receipts (ADR).

V.5

LES « TRANSFERTS DE CAPITAUX »

Au point 115 de sa Décision, le Tribunal Arbitral s'interroge sur la nécessité d'un tel transfert et sur la réalité de ce transfert en l'espèce.

V.5.1

Le droit du Fonds Monétaire International et l'API Espagne-Chili

Le droit issu des accords bilatéraux en matière de régime de libre-transfert des capitaux est concordant avec le droit du FMI. Cependant, s'agissant des transferts des capitaux proprement dits, le droit bilatéral va sensiblement au-delà des obligations du Fonds, comme le constatait Mann.¹⁷³

Dans les Conventions bilatérales, le terme **transfert** est généralement utilisé pour désigner les mouvements sortant.

Dans le cadre du FMI, la limitation des restrictions administratives s'applique à la fois aux « paiements » et aux « transferts ». Ainsi, une taxe sur des bénéfices destinés à des actionnaires non-résidents peut être prélevée soit au moment du paiement du dividende, soit au moment de la conversion en monnaie étrangère de ce dividende. Dans les deux cas,

¹⁷³ MANN (F.A.): The Legal Aspect of Money, Oxford, Clarendon Press, 3ème ed., 1971, p. 124 et n. 20.

selon le FMI, il s'agit d'une restriction de change. En règle générale, les API ne se prononcent pas sur ce point.

L'expérience historique accumulée depuis 1945 a infléchi sur divers aspects les règles mentionnées du FMI. En premier lieu, la distinction entre transactions courantes et transferts de capitaux ne s'est pas révélée des plus aisées ; dans la pratique, elle ne possède pas le caractère tranché que les Statuts du Fond lui ont prêté.¹⁷⁴

Ainsi, lorsqu'un exportateur reçoit des fonds en paiement de marchandises, sur un compte bancaire à l'étranger, il s'agit à priori d'une transaction courante ; mais si ces fonds sont placés sur un compte à terme, où investis en valeurs mobilières, la transaction courante se transforme en un transfert de capitaux. Il est donc difficile pour des autorités monétaires de maintenir étanches un régime de liberté sur les transactions courantes et un système de restrictions sur les transferts de capitaux.¹⁷⁵ Le maintien de restrictions sur les capitaux entraîne des contrôles, sinon des restrictions, sur les paiements courants. Inversement, lorsque des États se sont soumis aux obligations de l'Article VIII, ils ont été amenés à alléger le régime des transferts de capitaux, au-delà de ce qui était parfois prévu.

Or, le Chili est lié par les obligations de l'article VIII depuis que les Conventions Internationales de Bretton Woods ont été incorporées à sa législation interne par la Loi N° 8.403, du 29 décembre 1945. Conventions qui étaient d'application prioritaire sur les dispositions du Décret-Loi N° 1.272 de 1961, selon l'art. N° 30 de ce dernier.¹⁷⁶

Aux termes des articles VII, section 3(b)¹⁷⁷, déjà cité, et XIV, section 2¹⁷⁸, du FMI, un État-membre peut maintenir ou adopter des restrictions, y compris sur les transactions

¹⁷⁴ MANN, op. cit., pp. 544-5; GOLD (JOSEPH): "International Capital Movements under the Law of the International Monetary Fund", IMF Pamphlet Series, N° 21, 1977, pp.11-2.

¹⁷⁵ MANN, op. cit., p. 542

¹⁷⁶ Voir la traduction intégrale dans la pièce C112.

¹⁷⁷ "Art. VII. Section 3. Avoirs du Fonds en une monnaie rare. a) Si le Fonds constate que la demande dont fait l'objet la monnaie d'un État membre risque sérieusement de le mettre dans l'impossibilité de fournir cette monnaie, il doit, qu'il ait ou non publié le rapport prévu à la section 2 du présent article, déclarer officiellement que cette monnaie est rare, et répartir dorénavant les montants en la monnaie rare dont il dispose ou disposera en tenant dûment compte des besoins relatifs des États membres, de la situation économique internationale et de toutes autres considérations pertinentes. Il publie aussi un rapport sur les mesures qu'il a prises. b) Une déclaration officielle effectuée conformément au paragraphe a) ci-dessus constitue une autorisation pour tout État membre d'imposer à titre temporaire, après consultation avec le Fonds, des restrictions à la liberté des opérations de change sur la monnaie rare. Sous réserve des dispositions de l'article IV et de l'annexe C, chaque État membre est seul compétent pour déterminer la nature de ces restrictions, mais celles-ci ne sont pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour limiter la demande de la monnaie rare aux montants de cette monnaie qu'il détient ou qui lui échoient; et lesdites restrictions sont assouplies et supprimées aussi rapidement que les circonstances le permettent."

¹⁷⁸ Art. XIV. Section 2. Restrictions de change. Nonobstant les dispositions de tout autre article des présents Statuts, les États membres qui ont notifié au Fonds qu'ils entendent se prévaloir des dispositions transitoires visées au présent article peuvent maintenir et adapter aux changements de circonstances les restrictions aux paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes qui étaient en vigueur à la date à laquelle ils sont devenus membres. Les États membres doivent cependant, dans leur politique de change, avoir constamment égard aux buts du Fonds; dès que les conditions le permettent, ils doivent prendre toutes les mesures possibles pour mettre en place des dispositions commerciales et financières avec les autres États membres qui soient de nature à faciliter les paiements internationaux et la

courantes ; mais il ne peut introduire de nouvelles restrictions sans l'approbation du FMI. Or, de par leur nature de telles restrictions éventuelles (demeurant sans aucune relation avec une transaction ne comportant ni transfert de fonds hors du pays ni demande de change d'aucune sorte), ne s'appliquent pas au paiement des 1.280.000 US\$ que M. Pey a acquitté en Suisse en 1972, en exécution des contrats passés à Estoril –le 13 mai 1972- et à Genève –le 2 octobre 1972.

Ce que le Chili a prétendu dans la présente procédure arbitrale est contraire à l'API Espagne-Chili, à la normative du FMI, à celle interne au Chili, qui est pleinement cohérente avec cette dernière, et à la pratique financière internationale.

V.5.2

Le « transfert de capitaux » dans l'API Espagne-Chili

Un investissement en capitaux étrangers engendre généralement un flux de ressources. En cohérence avec le droit du FMI cité ci-dessus, on qualifie de « transfert de capitaux» l'exportation de ce flux de ressources et du capital investi vers l'extérieur du pays hôte de l'investissement.

Cette situation est celle de l'API Espagne-Chili. Ceci indépendamment du fait que les règles de transfert de capitaux stipulés dans les Conventions d'investissement sont dérogatoires au droit international général :

« (...) c'est un principe généralement reconnu que tout État a le droit de déterminer lui-même ses monnaies. »¹⁷⁹

V.5.2.1

Le transfert de capitaux et le Préambule de l'API de 1991

La défenderesse a entretenu une confusion délibérée tout au long de la procédure autour du concept de « *transfert de capitaux* ». Ce concept a dans les API une signification très différente de celle que, sans aucun fondement, lui attribue la délégation du Chili.

Dans les API l'expression transfert de capitaux prend en compte les considérations suivantes:

« un investissement en territoire étranger [qui] engendre généralement un flux de ressources en retour, qualifié de 'transfert'. Les transferts peuvent être périodiques, lorsqu'il s'agit par exemple du remboursement d'emprunts et du paiement de

promotion d'un système stable de taux de change. En particulier, les États membres suppriment les restrictions maintenues en vigueur en application de la présente section dès qu'ils s'estiment en mesure d'équilibrer, sans ces restrictions, leur balance des paiements, d'une manière qui n'obéit pas indûment leur recours aux ressources générales du Fonds ».

¹⁷⁹ CPIJ, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, Série A, Nos. 20/21 (1929), p. 44. Ce *dictum* constitue toujours la base du droit des gens en matière monétaire.

redevances. Ils sont ponctuels dans d'autres cas ; ainsi, lorsqu'un investisseur liquide définitivement son investissement, et décide de rapatrier les fonds correspondants. Le domaine du transfert met directement en cause les droits d'un investisseur étranger de rapatrier des avoirs ; en outre, il concerne les relations entre les monnaies d'au moins deux pays, et plus globalement un rapport de ressources économiques entre eux, exprimé en termes monétaires et financiers ».¹⁸⁰

C'est dans ce sens que l'API Espagne-Chili, du 2.X.1991, se réfère à la notion de « transfert de capitaux » dans son Préambule :

*« Se proposant de créer des conditions favorables pour les investissements réalisés par les investisseurs de chacune des parties dans le territoire de l'autre impliquant des **transferts de capitaux** ».*

Ce qui, notons-le, n'implique nullement que ledit API ne serait pas amené à couvrir d'autres investissements, afin de créer « *des conditions favorables* ».

Plus particulièrement, cet accord vise, à son article 6, les transferts :

*« Article 6. **Transfert**.*

*Chaque Partie accordera aux investisseurs de l'autre Partie, pour ce qui concerne les investissements réalisés dans son territoire, la possibilité de **transférer** librement les revenus de ces investissements et autres versements en rapport avec eux, et en particulier, mais non exclusivement, les suivants:*

Les revenus de l'investissement, ainsi qu'ils ont été définis dans l'article 1;

Les indemnisations prévues à l'article 5;

L'amortissement des emprunts;

Le produit de la vente ou de la liquidation totale ou partielle d'un investissement.

*Les **transferts** se feront en devises librement convertibles.*

La Partie réceptrice de l'investissement facilitera à l'investisseur de l'autre Partie, ou à la société à laquelle il participe, l'accès au marché officiel des devises d'une façon non discriminatoire.

*Les **transferts** seront réalisés nets d'impôts une fois que l'investisseur se sera acquitté des obligations fiscales stipulées par la législation en vigueur chez la partie réceptrice de l'investissement.*

*Les Parties s'engagent à faciliter les démarches nécessaires pour effectuer lesdits **transferts** sans retard excessif ni restriction. En particulier, il ne devra pas s'écouler un délai de plus de trois mois entre la date où l'investisseur aura présenté en due forme les demandes requises pour effectuer le **transfert** et le moment où ledit **transfert** se réalise effectivement.*

¹⁸⁰ LAVIEC (J.P.): Protection et promotion des investissements, op. cit., page 117 et suivantes. Dans le même sens: DOLZER (R.)-STEVENS (M.): ICSID.Bilateral Investment Treaties. The Hague, Martinus Nijhoff Pub., 1995, pp. 85-95.

De même, chaque Partie accordera la possibilité de transférer librement les traitements, salaires et autres rémunérations reçues par les nationaux de l'une des Parties, qui auraient obtenu de l'autre Partie les autorisations correspondantes, et les permis de travail en rapport avec un investissement. »

Tout comme ailleurs, le concept « *transfert de capitaux* » n'a donc aucun autre sens dans l'API Espagne-Chili, le doute n'est pas permis. Ainsi, il ne peut s'agir que du transfert vers l'**extérieur** de l'État hôte de l'investissement.

Or la délégation du Chili prétend de manière erronée que dans le Préambule de l'API Espagne-Chili cette expression désignerait l'introduction de capitaux dans l'espace économique chilien.¹⁸¹

Après avoir démontré ci-dessus que l'interprétation de l'expression « *transfert de capitaux* » avancée par le Chili est contraire au droit du Fonds Monétaire International, nous constatons maintenant qu'elle se révèle également contraire au dispositif de l'API Espagne-Chili.

En tout état de cause, et à titre subsidiaire, le dispositif du traité aurait prévalu sur les formules plus larges du préambule s'il y avait eu de doute (ce qui n'est pas le cas ici). Ainsi, dans l'affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), la Cour a statué que :

*« ...si les deux États avaient exprimé de manière générale, dans le préambule du compromis, leur désir de parvenir à un règlement de leur différend, ils n'y avaient consenti que dans les termes prévues à l'article 2 du compromis. »*¹⁸²

Le prof. Eric Suy, ancien Secrétaire général adjoint et Conseiller Juridique des NN.UU., membre de l'Institut de Droit International, de conclure :

*« de façon générale le dispositif offrira, en raison de sa plus grande précision, plus de clarté, de sorte qu'un recours à l'interprétation au moyen du préambule s'avérera sans effet réel. (...) Le préambule des traités semble être d'une importance secondaire ; il est rédigé après le dispositif ».*¹⁸³

V.5.2.2

Le « transfert de capitaux » dans d'autres API signés par le Chili

¹⁸¹ Voir Mémoire d'Incompétence, pp. 3.2.2; 3.2.2.1; 3.2.2.9; 3.2.2.10; 3.2.2.11; 3.4; 3.5.6; 3.5.16; 6.3.2; 6.3.7.2. Réplique: 3.1.1; 3.1.2; 3.1.3; 3.5; 3.5.2; 3.5.5; 3.5.7.8; 3.5.7.9, et le dossier de plaidoirie des 3 et 5 mai 2000, p. 3.

¹⁸² *Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), Arrêt, C.I.J., Recueil 1991, p. 72.*

¹⁸³ Suy (E.): “Le préambule”, in Liber amicorum M. Bedjaoui, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 262 et 268. À noter d'ailleurs que cette circonstance rend matériellement impossible la reprise dans le préambule d'une expression récurrente dans le corps du traité, avec l'attribution d'une signification opposée.

A titre indicatif, il est utile d'analyser également les dispositions d'autres accords bilatéraux.

Au plan du renvoi à la législation interne de l'État hôte

On remarquera que l'API Espagne-Chili, à la différence d'autres API, ne renvoie pas le régime du « *transfert de capitaux* » au droit de l'État d'accueil¹⁸⁴, comme c'est le cas par exemple de l'article N° 6 de la Convention Suisse-Mauritanie:

« *Chaque Partie s'engage à autoriser, conformément à la législation en vigueur, le transfert du produit du travail ou de l'activité exercée sur son territoire par les ressortissants, fondations, associations ou sociétés de l'autre Partie, ainsi que le transfert des bénéfices, intérêts, dividendes, redevances et autres revenus, des amortissements et, en cas de liquidation partielle ou totale, du produit de celui-ci.* »¹⁸⁵

L'API Espagne-Chili applique le « principe de libre-transfert », sans restrictions (sauf en ce qui concerne « *les obligations fiscales stipulées par la législation en vigueur chez la Partie réceptrice de l'investissement* » et les salaires des travailleurs).

Lorsque le Chili a souhaité renvoyer le régime du « transfert de capitaux » au droit de l'État d'accueil, il l'a stipulé expressément. Par exemple, dans l'API Chili-Malaisie déjà cité (pièce C114):

« ARTICLE 5

Rapatriement de l'Investissement

1. *Chaque Partie Contractante, sous réserve de ses lois, règlements et politiques nationales, autorisera sans retard injustifié le transfert en n'importe quelle devise librement convertible de (...)*

Dans l'API Espagne-Chili le principe du libre transfert des capitaux investis revêt une forme positive --au lieu d'une interdiction d'interdire le transfert des capitaux-- et il ne se réfère pas au droit interne. L'Espagne et le Chili ont suivi le modèle de l'API convenu entre l'Allemagne et l'Indonésie, dont l'art. 4 dispose :

« *Either Contracting Party shall in respect of investment guarantee to nationals or companies of the other Contracting Party the free transfer of the capital, of the returns from it and, in the event of liquidation, of the proceeds from such liquidation.* »¹⁸⁶

¹⁸⁴ P. ex. La Convention Suède-Chine, art. 4: “Each Contracting Party shall, subject to its laws and regulations, allow without undue delay the transfer in any convertible currency of (...).” Dans le même sens la Convention Suisse-Mauritanie, art. 6, et la Convention Pays-Bas-Malaisie, art. IX(1).

¹⁸⁵ Pièce C120. Souligné par nous.

¹⁸⁶ Dans le même sens Conv. Suisse-Équateur, art. 2; Belgique-Egypte, art.4;France-Malte, art. 7(1); Pays-Bas-Thaïlande, art. VIII(1); Royaume-Uni-Roumanie, art. 5.

Modalités techniques ou administratives

L'API Espagne-Chili, à la différence de la Convention Chili-Malaisie ou Suisse-Indonésie, par exemple, ne distingue pas entre la norme --le libre transfert des capitaux-- et les « *modalités techniques ou administratives* » du transfert qui sont soumises au droit de l'État territorial.

L'art. 5 de l'API Suisse-Indonésie dispose :

« 1. *Chaque Partie Contractante sur le territoire de laquelle des investissements ont été effectués par des ressortissants ou sociétés de l'autre Partie Contractante accordera à ces ressortissants ou sociétés le libre transfert.*

« 2. Les modalités techniques ou administratives d'un tel transfert sont soumises à la législation ou aux ordonnances et règlements en vigueur sur le territoire dans lequel l'investissement a été effectué. »¹⁸⁷

La forme inconditionnelle du libre transfert des capitaux établi dans l'API Espagne-Chili semble refléter une position de principe à l'encontre de toute mesure restrictive dans le domaine monétaire. Elle est affirmée avec le plus de netteté dans certaines Conventions conclues par la Suisse¹⁸⁸, comme entre la Suisse et la Jordanie

« *Art. 3 Libre transfert*

1. *Chaque Partie Contractante sur le territoire de laquelle des investissements ont été effectués par des ressortissants ou sociétés de l'autre Partie Contractante accordera à ces ressortissants ou sociétés le libre transfert :*

a) des intérêts (...) »¹⁸⁹,

et entre la Suisse et le Mali :

« *Art. 4 Libre transfert*

Chacune des Parties Contractantes, sur le territoire de laquelle des ressortissants ou sociétés de l'autre Partie Contractante ont effectué des investissements, accordera à ces ressortissants ou sociétés le libre transfert :

a) des intérêts (...) »¹⁹⁰,

et également dans l'API conclu par le Chili avec le Royaume Uni (J.O. 23.06.1997) :

« **ARTICLE 6**

Rapatriement des Investissements et Revenus

¹⁸⁷ Pièce C121 Souligné par nous.

¹⁸⁸ Quelques clauses de Conventions conclues par la Suisse sont intitulées “Libre transfert”; le principe y est formulé de manière inconditionnelle, cf. p.ex. Conv. Suisse-Jordanie, art. 3; Suisse-Mali, art. 4.

¹⁸⁹ Pièce C122.

¹⁹⁰ Pièce C123.

Concernant les investissements chaque Partie Contractante garantira aux investisseurs de l'autre Partie Contractante le libre transfert de ses investissements et revenus. Les transferts seront

Effectués sans retard dans la monnaie convertible dans laquelle le capital a été investi initialement ou dans la monnaie convertible qui aurait été convenu par l'investisseur et la Partie Contractante en question.

*Les transferts seront effectués au taux de change applicable à la date du transfert conformément aux règles de change en vigueur. »*¹⁹¹

Ainsi lorsque le Chili a souhaité incorporer une restriction au libre transfert des capitaux elle a été spécifiée dans l'API correspondant, comme dans les points (4) et (5) de l'art. 5 de l'API Chili-Suède du 6 décembre 1995:

« Article 7

Transfers

(1) Each contracting Party shall allow without delay the transfer in a freely convertible currency of

a) the returns

b) the proceeds from a total or partial sale or liquidation of any investment by an investor of the other Contracting Party ;

c) funds in repayment of loans related to an investment,

(...)

(4) Transfers concerning investments made under the Chilean Special Program of Foreign Debt Equity Swaps are subject to special regulations.

*(5) Equity capital can only be transferred one year after it has entered the territory of a Contracting Party unless its legislation provides for a more favorable treatment. »*¹⁹²

C'est également le cas dans l'API Chili-Malaisie déjà mentionné:

« Article 5

Rapatriement, de l'investissement

*Chaque Partie Contractante, sous réserve de ses lois, règlements et politiques nationales, autorisera (...).*¹⁹³

Aucune de ces limitations ne se trouve pas dans l'API Espagne-Chili, qui suit le modèle des API où le principe du libre transfert revêt une forme positive et ne se réfère pas au droit interne (à l'exception de ce qui concerne les obligations fiscales préalables au transfert des capitaux investis).

¹⁹¹ Pièce C124.

¹⁹² Cfr. la version intégrale de l'API Chili-Suède dans l'annexe VI au dossier de plaidoirie des demanderesses du 29 octobre 2001.

¹⁹³ Pièce C114.. Souligné par nous.

Au plan du lien entre transfert de capitaux et contrôle de l'introduction de l'investissement

Dans certains API, toujours à la différence de celui convenu avec l'Espagne, le Chili a établi un lien entre le contrôle de l'admission de l'investissement dans l'État hôte et le transfert des capitaux vers l'extérieur, comme dans l'API Chili-Philippines (J.O. 06.11.1997):

« *Le Gouvernement de la République du Chili et le Gouvernement de la République des Philippines, ci-après les « Parties Contractantes » ;*

Désirant intensifier la coopération économique au bénéfice mutuel des deux pays ;

Dans l'intention de créer et de maintenir des conditions favorables pour les investissements des investisseurs d'une « Partie Contractante » qui impliqueraient le transfert de capitaux vers le territoire de l'autre « Partie Contractante » (...)

ARTICLE I

Définitions

Aux effets du présent accord :

(...) 2) « investissement » signifie toute catégorie d'actifs, autorisée conformément aux lois et règlements de l'autre Partie Contractante et inclura, en particulier, encore que non exclusivement (...)

ARTICLE V

Libre Transfert

a. Chaque Partie Contractante autorisera sans retard, les investisseurs de l'autre Partie Contractante à réaliser le transfert des fonds liés à un investissement en monnaie librement convertible, en particulier :

- i. *des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus ;*
- ii. *des amortissements d'un contrat de prêt lié à l'investissement ;*
- iii. *du capital ou du produit de la vente ou de la liquidation totale ou partielle des investissements ; et*
- iv. *de la compensation pour expropriation ou perte décrites à l'Article VI du présent Accord*

Le transfert sera réalisé aux taux de change en vigueur à la date du transfert conformément aux lois, règles et règlements de la Partie Contractante qui aurait admis l'investissement.¹⁹⁴

Et dans l'API Chili-Ukraine (J.O. du 29.08.1997):

“Article I

Définitions

Aux effets du présent Accord :

(...) 2) « investissement » signifie toute catégorie d'actifs, pourvu que l'investissement ait été autorisé conformément aux lois et règlements de l'autre Partie Contractante (...)

ARTICLE V

Libre transfert

¹⁹⁴ Pièce C126. Souligné par nous.

Chaque Partie Contractante autorisera sans retard les investisseurs de l'autre Partie Contractante à transférer en monnaie librement convertible les fonds liés à un investissement (...).»¹⁹⁵

V.5.3 The World Bank Guidelines

Les Directives de la Banque Mondiale concernant les investissements étrangers considèrent, pour leur part, que “*transfert de capitaux*” signifie “*the transfer of investment capital and returns*” à partir du pays hôte de l’investissement vers le pays et la destination librement choisis par l’investisseur.¹⁹⁶

La Directive III.6 prévoit:

- “6. (1) Each State will, with respect to private investment in its territory by nationals of the other States:
 - (a) *freely allow regular periodic transfer of a reasonable part of the salaries and wages of foreign personnel; and, on liquidation of the investment or earlier termination of the employment, allow immediate transfer of all savings from such salaries and wages;*
 - (b) *freely allow transfer of the net revenues realized from the investment;*
 - (c) *allow the transfer of such sums as may be necessary for the payment of debts contracted, or the discharge of other contractual obligations incurred in connection with the investment as they fall due;*
 - (d) *on liquidation or sale of the investment (whether covering the investment as a whole or a part thereof), allow the repatriation and transfer of the net proceeds of such liquidation or sale and all accretions thereto all at once; in the exceptional cases where the State faces foreign exchange stringencies, such transfer may as an exception be made in instalments within a period which will be as short as possible and will not in any case exceed five years from the date of liquidation or sale, subject to interest as provided for in Section 6 (3) of this Guideline; and*
 - (e) *allow the transfer of any other amounts to which the investor is entitled such as those which become due under the conditions provided for in Guidelines IV and V.*
- (2) *Such transfer as provided for in Section 6 (1) of this Guideline will be made (a) in the currency brought in by the investor where it remains convertible, in another currency designated as freely usable currency by the International Monetary Fund or in any other currency accepted by the investor, and (b) at the applicable market rate of exchange at the time of the transfer.*
- (3) *In the case of transfers under Section 6 (1) of this Guideline, and without prejudice to Sections 7 and 8 of Guideline IV where they apply, any delay in*

¹⁹⁵ Pièce C127. Souligné par nous.

¹⁹⁶ World Bank: Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol. II: Guidelines. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. 1992, pages 19–24, 38-41.

effecting the transfers to be made through the central bank (or another authorized public authority) of the host State will be subject to interest at the normal rate applicable to the local currency involved in respect of any period intervening between the date on which such local currency has been provided to the central bank (or the other authorized public authority) for transfer and the date on which the transfer is actually effected.

(4) The provisions set forth in this Guideline with regard to the transfer of capital will also apply to the transfer of any compensation for loss due to war, armed conflict, revolution or insurrection to the extent that such compensation may be due to the investor under applicable law.”

V.5.3.1

M. Ibrahim F. I. Shihata commentait dans son livre Legal Treatment of Foreign Investment: ‘The Wordl Bank Guidelines’(1993) :

“With respect to the treatment of foreign investments and particularly the issue of free transfer of funds, some variety was found in the source materials by the authors. Two types of trends were discerned in bilateral investment treaties. In both approaches adopted by these treaties, states undertook to accord foreign investors treatment which is “fair and equitable.” This provision was often coupled with a reference to the most favored nation or national treatment standard. All the investment treaties reviewed allowed for free transfer of funds without delay or undue delay. (...) Most national investment codes allowed the transfer of capital and profits in accordance with the host state’s foreign exchange and other regulations, while some included minimum performance requirements. The survey of arbitral awards found that some tribunals had interpreted the treatment provisions of investment treaties quite broadly.” (pp. 50-52);

“Thus, the word “foreign” can be understood to include not only investments made by investors which are nationals of a state other than the host country but also investments made by local investors using funds transferred from outside the host country or foreign exchange savings regardless of their location at the time of the investment. The MIGA Convention, in an attempt to meet concerns relating to the repatriation of flight capital, adopted a provision which extended eligibility for MIGA insurance coverage to nationals of the host country, if the assets to be used in the investment are transferred from abroad”. (p. 68)

“Section 6 of draft guideline III dealt with the issue of the free transfer of funds out of the host country, which is a particularly critical area in the treatment of foreign investment. (...)The draft guideline reflected the trend which has evolved in other instruments and provided investors with the greatest possible freedom in this regard. Such an approach follows the global liberalization of capital flows and the increasing relaxation or lifting of exchange restrictions in many countries.” (p. 81)

“In the background studies, it was found that many of the bilateral investment treaties and several national investment codes which were surveyed guaranteed the transfer of amounts required to make debt service payments. Id. At 35 to 120.

“Of the 253 bilateral investment treaties surveyed, more than 40 recognized that the balance of payments position of developing countries may make it difficult for them to allow immediate transfers of large sums of foreign exchange and therefore allowed for such transfers to be broken down into installments, with 24 bilateral investment treaties providing for the payment of interest for delayed transfers. (...) In the case of national investment codes, 12 out of the 48 codes reviewed expressly provided for the transfer of capital in installments or after the expiry of a specified period.” (p. 83)

“(…), states could only refuse admission to investments in those sectors reserved by law to the state’s nationals for reasons of economic development objectives. This phrasing removed the discretionary element at the time of admission and adopted a sectoral negative list approach.” (p. 108)

V.5.3.2

Les Directives de la Banque Mondiale concernant le cadre juridique pour le traitement des investissements étrangers

De même, *The Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, de la Banque Mondiale, qui sont complémentaires des API, s’appliquent

“to investments that are made by local nationals, an in that case domestic, but with funds brought in from abroad. Compare Article 13© of the MIGA Convention which opens the possibility of equating local nationals to foreign investors eligible for the Agency’s guarantee where the local nationals are investors transferring to the host country assets from abroad.”¹⁹⁷

V.6

L’investissement étranger dans le programme de conversion de la dette externe chilienne et les API signés par le Chili

L’art. 5.5 de la version anglaise de l’API Chili-Suède --joint au dossier de plaidoirie des demanderesses du 30 octobre 2001-- fait usage du terme « *equity capital* ». Lors de l’audience du même jour, il a été question de la portée de cette notion.

Tout d’abord, on peut remarquer dans les API passés entre le Chili et la Finlande (signé le 27 mai 1993), et le Chili et le Danemark (signé le 28 mai 1993), que les points 4 et

¹⁹⁷ World Bank: Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol. II: Guidelines. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. 1992, page 15 et note 13.

5 de cet art. 5 de l'API Chili-Suède (signé le 24 mai 1993)¹⁹⁸ étaient réunis en un seul point :

« Transfers concerning investments made under the Chilean Special Program of Foreign Debt Equity Swaps are subject to special regulations. Equity capital can only be transferred one year after it has entered the territory of a Contracting Party unless its legislation provides for a more favourable treatment. »

Le sens de ces dispositions ressort clairement de l'examen du programme de conversion de la dette externe mis en vigueur vers la fin des années 80.

Dans l'étude ci-jointe datant de décembre 1989, élaborée par un Cabinet d'avocats chilien spécialisé en investissements étrangers au Chili¹⁹⁹, il apparaît que

- a) Les investissements étrangers peuvent entrer librement au Chili ;
- b) il est facultatif d'adhérer à l'Acte sur les Changes de la Banque Central (*Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central*), aussi bien qu'au « Statut de l'Investisseur Étranger » (Décret ayant force de Loi N° 600, du 13.07.1974), permettant de bénéficier des priviléges monétaires et de changes, sous le contrôle de la Banque Centrale du Chili, pour tout ce qui concerne le rapatriement des bénéfices ;
- c) le Chapitre XIX de l'Acte sur les Changes offre aux non-résidents des mécanismes facultatifs de conversion de la dette externe chilienne en actionnariat (*equity investments*) ;
- d) un investisseur originaire d'un pays qui n'aurait pas passé un API avec le Chili peut, bien entendu, adhérer au Statut du DFL N° 600, s'il le souhaite ;
- e) les garanties offertes par les API signés par le Chili à partir des années 90 sont indépendantes de celles offertes par le « Statut de l'Investisseur Étranger » (Décret ayant force de Loi N° 600, du 13.07.1974) ;
- f) un investisseur étranger qui n'aurait pas adhéré à l'Acte sur les Changes (Chapitre XIX) et audit Statut de l'Investisseur (DFL 600), peut toujours avoir accès au « marché parallèle » de devises pour rapatrier le capital investi au Chili. Ce marché parallèle, dit aussi « informel », est parfaitement légal au Chili.

Une étude du Fond Monétaire Internationale de 1998 expliquait l'état de ce programme facultatif de conversion de la dette externe chilienne.²⁰⁰ Elle fait état de

¹⁹⁸ La version originale en anglais et en espagnol a été communiquée au Tribunal par les demanderesses le 8 novembre 2001.

¹⁹⁹ Pièce C128. L'étude a été publiée dans la page web --<http://www.hg.org/1046.txt>

²⁰⁰ Pièce C129 : World Economic and Financial Surveys. International Capital Markets. Developments, Prospects, and Key Policy Issues. Annex IV : “Chile’s Experience with Capital Controls », par

l'existence d'autres modalités d' « *equity investments* », et montre que toutes ne sont pas sous le contrôle des autorités de la Banque Centrale : « *their results suggest that capital controls were effective in the six months following their introduction, but ceased to be effective afterward* » (page 178).

V.6.1

Le régime normatif actuel des investissements étrangers au Chili

Le Président de la Banque Centrale du Chili en 1972, l'éminent économiste Alfonso Inostroza, en ce qui concerne le Décret-Loi N° 600 de 1974, portant sur les investissements étrangers à ce jour, notait :

« 10.- *Il est intéressant de faire remarquer que l'Article premier de ce texte légal énonce à la lettre: 'Les personnes physiques ou juridiques étrangères, et les chiliennes dont la résidence et le domicile [seraient] à l'extérieur, qui transféreraient des capitaux au Chili et, passerait un Contrat d'investissement étranger, seront régies par les règles.... ' La rédaction est claire et l'on peut en déduire qu'il est possible qu'existent des capitaux et des investisseurs qui ne passerait pas un Contrat, lesquels naturellement ne seraient pas en mesure de réclamer les bénéfices du Statut, circonstance qui n'infirme pas la qualité d'Investissement Étranger que possèdent ces capitaux.*

11.- *Ce même Statut stipule que les capitaux placés antérieurement continueront à être régis par les règles existant au moment de leur placement.*²⁰¹

V.6.2

Les normes relatives au contrôle des changes

Les règles de transfert de capitaux établies dans les Conventions d'investissement sont également dérogatoires au droit interne général. Nous ferons néanmoins une synthèse de leur application pratique par la Banque Centrale du Chili.

Le Président de la Banque Centrale entre 1971 et 1973, a indiqué que :

« 12.- *La nouvelle Loi Organique Constitutionnelle de la Banque Centrale du Chili de 1991, qui accorde «l'autonomie» à cette institution de l'État, n'a inclus aucune référence à la notion d'Investissement Étranger. Au Paragraphe Huit de cette Loi se trouvent établies les prérogatives de la Banque Centrale en matière «d'Opérations de Change Internationales», et l'on définit la notion de Marché Officiel des Changes, lequel, à l'effet de cette loi, sera considéré constitué des entreprises bancaires et, sur autorisation expresse de la Banque [Centrale], d'autres entités voire de [certaines] personnes. Il n'est pas fait non plus référence, dans cette Loi Organique au Marché Informel des Changes, lequel toutefois fonctionne de façon entièrement normale à présent et où se négocient librement*

Ch. Adams, D.J. Mathieson ; G. Schinasi ; B. Chaha, IMF, Sept. 1998. L'intégralité de cette étude est accessible sur la page <http://www.imf.org/external/pubs/ft/icm/icm98/pdf/file10.pdf>.

²⁰¹ Pièce C44.

toute espèce de monnaies étrangères sans limitations d'aucune sorte. Les banques commerciales, institutions et entreprises de même que les particuliers, peuvent accéder sans restrictions à ce marché, au travers duquel ils peuvent réaliser toutes formes de transactions ne relevant pas du Marché Officiel de Changes, contrôlé directement par la Banque Centrale.

13.- A ce Marché Informel actuel peut donc accéder tout particulier ou entité qui désire importer, vendre ou acheter des monnaies étrangères sans limitation, au taux de change du jour et sans obligation de recourir au Statut de l'Investisseur. »²⁰²

V.6.3

L'analyse de la norme en vigueur en 1991 est utile pour apprécier la situation en 1972.

La règle N° 13 du « Chapitre XIV » de la Banque Centrale du Chili²⁰³ aujourd’hui en vigueur s’applique à un investissement en devises seulement dans la mesure où ce dernier

« donnerait ou pourrait donner naissance à une obligation de paiement en devises à l’extérieur de la part d’une personne domiciliée ou résidant au Chili ».

La défenderesse n'a pas produit la version française de la norme N° 13 du « Chapitre XIV », qui dispose:

« Pour les effets du présent chapitre [XIV] il s’entendra que les crédits, investissements et apports de capitaux proviennent de l’extérieur lorsque les obligations qui les engendrent ou dont elles émanent, naissent ou procèdent de quelque acte, convention ou contrat, nommé ou non, qui donne ou peut donner lieu à une obligation de paiement en devises à l’extérieur de la part d’une personne physique ou morale, domiciliée ou résidant au Chili, ou qui donne ou peut donner naissance au droit de transférer vers l’extérieur les capitaux investis ou des apports et les bénéfices correspondants »

« A. NORMES GÉNÉRALES (...) 2.3. Investissements :

Tout acte, convention ou contrat en vertu duquel une partie reçoit des devises provenant de l’extérieur ou le produit de leur liquidation dans le pays, avec pour objet l’acquisition de la pleine propriété, l’usage, la jouissance ou la possession ou la simple détention de valeurs mobilières, effets de commerce, droits portant sur des sociétés et tout autre catégorie de titres ou valeurs, ou biens mobiliers ou immobiliers ».

²⁰² Pièce C44, souligné par nous.

²⁰³ La défenderesse a produit la version de 1993 du Chapitre XIV, et elle a omis de traduire la norme N° 13 (pièce N° 19 annexe au Mémoire sur l’Incompétence)

Les critères établis dans ce « Chapitre XIV » définissent, en termes rigoureusement compatibles avec l’investissement qui a eu lieu en 1972 dans CPP S.A., « *les apports de capitaux provenant de l’étranger* », c’est à dire –sauf spécifications contraire inexistantes— si les mots ont un sens « *les investissements étrangers* ».

Or, concernant cette règle N° 13, le «Chapitre XIV » exclut lui même que son régime soit applicable au cas d’espèce dès le moment que l’investisseur avait choisi en 1972 de ne pas demander à bénéficier des franchises en matière de contrôle des changes.

V.6.4

D’autre part, en ce qui concerne l’évolution récente de la législation interne, une étude publiée par le Fonds Monétaire International en 1997 et préparée par R. Barry Johnston, S. M. Darbar et Claudia Echevarria : Sequencing Capital Account Liberalization : Lessons from the Experiences in Chile, Indonesia, Korea, and Thailand²⁰⁴, constatait:

Page

- 17 « (...) during 1995-96 (...) all foreign exchange transactions were permitted unless specifically prohibited by the central bank, and the parallel foreign exchange market became an informal legal market in which the exchange rate was freely determined (...).
« Foreign inflows were also liberalized by allowing the issue of American Depository Receipts (ADRs), and in 1991 the arrangements for trading shares sold through ADRs were expanded and taxes on dividends were reduced ».²⁰⁵
- 38 « There is no strong evidence that the reintroduction of controls was particularly effective in limiting overall capital inflows. »
- 43 « 1991 (...) Chapter XXVI was modified so that shares through ADRs could be traded and quoted, not only on official foreign stock markets but privately. »
- 47 « 1995 (...) Portfolio Investment. OF: Chapter XVIII and XIX were eliminated, thus lifting the restrictions on the purchases of selected Chilean debt instruments. OF : Restriction on the remittance of profits abroad (...) was lifted ».
- 51 « There are 2 foreign exchange markets : the official market (...) and the informal market, through which all transactions not required to be channeled through the formal market take place. »
- 52 « On money market instruments. Purchase abroad by residents. The acquisition of money market instruments by individuals and nonfinancial companies is not restricted. However, the formal exchange market is not available for these operations. »
- 53 « On collective investment securities. Purchase abroad by residents. There are no restrictions for nonfinancial agents, but there is no access to the formal exchange market for these purposes. »
- 54 « Controls on credit operations. Commercial credits. By residents to non

²⁰⁴ IMF Working Paper. WP/97/157. Monetary and Exchange Affairs Department. November 1997.

²⁰⁵ Les ADR des entreprises chiliennes sont cotés à la bourse de New York. L’investisseur qui les achète en effectue le paiement à New York.

- residents. All types of nonfinancial agents (except pension funds and insurance companies) are allowed to engage in international trade lending, but these operations must be effected through the informal exchange rate. »*
- 55 « *Controls on direct investment. Inward direct investment. Capital contributions to new establishments or shares in existing ones are subject to a 1-year minimum holding period and a minimum amount of US\$10.00. Projects of significant size may be undertaken (...) ».*

V.6.5

L'éviction des règles dites de la continuité de la nationalité et de l'identité du titulaire du droit par l'art. 25 de la Convention CIRDI et l'art. 1.2 de l'API Espagne-Chili

L'exemple des ADR d'entreprises chiliennes cotées à la bourse de New York

Le Tribunal trouvera ci-joint la pièce C130, l'étude de Mark A. Saunders sur les ADR (American Depository Receipts) publiée en février 1994 dans l'International Business Lawyer.

Certaines des actions d'entreprises chiliennes cotées à la Bourse de Santiago du Chili sont vendues sous forme d'ADR à New York. Ces ADR d'entreprises chiliennes sont cotées à la Bourse de New York.

Le Préambule de l'API entre l'Espagne et le Chili, du 2.10.1991, dispose que l'API porte sur des « *investissements privés internationaux (...) entre États contractants et ressortissant d'autres États contractants* ».

La défenderesse a prétendu que les capitaux étrangers investis au Chili devaient entrer physiquement au Chili (sous forme de liquidités, de cash), et que leur admission devait être autorisée par les Autorités chiliennes pour bénéficier de l'API.

Ni l'API Espagne-Chili ni la Loi interne du Chili n'exigent que le capital investi entre au Chili nécessairement sous forme de liquidités ou cash, ni que l'admission de l'investissement étranger doive être autorisée préalablement par les Autorités.

Comme exposé au début de ce développement, il n'est pas possible de confondre ce qui a trait aux « capitaux internationaux » transférés vers l'extérieur du pays où ils ont été investis, et ce qui concerne des « fonds liquides ou cash » destinés à régler le prix d'un investissement. Ces derniers peuvent parfaitement être acquittés hors du Chili, comme dans le cas des ADR –à supposer même que la transaction en inclue--.

D'une part on peut introduire des fonds au Chili sans réaliser aucun investissement.

D'autre part on peut payer un investissement au Chili sans aucun transfert de liquidités, d'aucune sorte, au moyen de ressources immobilisées à l'intérieur des frontières

chiliennes ou ailleurs (on peut payer avec des transferts de parts de sociétés étrangères, des bons, ...des emprunts russes! dans la mesure où ils seraient acceptés par le vendeur des parts d'une société chilienne).

Pour preuve. Un investisseur espagnol, français (chilien, etc.) peut aussi payer à New York, en US dollars, des ADR sur des entreprises chiliennes, et il reçoit en échange les ADR. Il peut à son tour transférer à des tiers ce capital (les ADR), par des actes entre vifs ou *post-mortem*.

Cet investisseur espagnol ou français (chilien, etc.) n'a pas introduit physiquement, en liquide ou cash, ses US dollars au Chili pour régler son investissement dans des actions d'entreprises situées au Chili. Néanmoins il a investi son capital au Chili en achetant et payant à New York des ADR correspondant à des entreprises situées en territoire chilien. L'investisseur bénéficie de l'API signé entre le Chili et le pays dont cet investisseur est ressortissant.

En outre, le propriétaire de ces ADR, quelle que soit sa nationalité, peut à son tour les transférer à des tiers (i.e., transférer son capital investi au Chili sous forme d'ADR payées à New York), sans avoir à demander aucune permission au Chili. Ainsi, comme le remarque Mark Sanders

«For the security holder, ADRs offer the opportunity to own foreign securities by means of a mechanism that affords the advantages normally associated with ownership of securities of domestic United States issuers. (...) The holder of an ADR certificate can transfer the certification in the United States through endorsement and delivery to the depositary. The depositary, in turn, transfers the ownership of the underlying deposited securities by making an entry on the depositary's books (...).

«Upon the death of an ADR holder, the holder's beneficiaries are generally required to comply with only United States inheritance and transfer laws, and not with the laws of the foreign issuer's home country. (...) ADRs may be purchased through brokerage firms like any other security (...) deposited shares underlying the ADRs could be purchased in secondary market transactions without resgistration »²⁰⁶.

Les nouveaux propriétaires bénéficieront successivement de la protection de l'API correspondant, à condition

- a) qu'ils soient ressortissants d'un État partie à la Convention CIRDI et ayant signé un API avec le Chili, et
- b) qu'ils n'aient pas la nationalité chilienne aux dates critiques établies dans l'art. 25 de la Convention de Washington.

²⁰⁶ Pièce C130: Saunders (Mark A.) "American Depository Receipts: an Introduction to US Capital Markets for Foreign Companies, International Bussiness Lawyer, February 1994, pages 59, 60, 61.

Ce n'est là qu'un exemple parmi diverses modalités courantes d'investissements au Chili au moyen de l'achat de titres d'entreprises chiliennes payés en US\$ à New York par un investisseur.

Tout ceci est indépendant de la destination finale des US\$ payés par le premier acheteur des ADR à New York, ou des dollars versés par les acquéreurs successifs.

Il va sans dire que celui qui achète et paie un ADR à New York n'est nullement tenu de demander à celui qui les vend ce qu'il compte faire du prix qu'il reçoit, ni ce dernier de s'en expliquer.

V.6.6 Les études du FMI sur le Chili

Une étude publiée par le FMI en décembre 1998 constatait le fait que

«Chile has been implementing a dual foreign exchange market composed of the official market and the informal market. All current payments and authorized capital transactions, including loan receipts, must be transacted in the official market, while all transactions not required to be channeled through the formal market take place in the informal market. »²⁰⁷

Une autre étude du FMI d'avril 1999 avait examiné les contrôles établis par la Banque Centrale du Chili sur les entrées de capitaux internationaux. Elle constatait les faits suivants²⁰⁸ :

« Controls on Chile's inflows had only a temporary impact in reducing specific inflows because they were affected by avoidance. (...) »

« Between 1991 and 1997, the coverage of the URR [unremunerated reserve requirement] was widened and the rate of the URR increased. In 1998, the authorities suspended the URR –its rate is currently zero percent—with the objective of stimulating capital inflows and reducing pressures on the currency ». »

« The main findings are : (i) the URR has been constantly tightened as a result of avoidance and shifts of capital inflows to flows not subject to the URR ». »

« Coverage of the URR has been partial in Chile, which may have undermined its effectiveness by allowing substitution possibilities with uncovered flows. Important potentially volatile short-term flows such as trade credits and other non-debt creating capital flows were excluded from the scope of the URR. This was either for constitutional (...) or practical reasons (difficulty of directly controlling informal flows as only formal market transactions are notified to the monetary authorities). »

²⁰⁷ Pièce C131: LAURENS (B.)-CARDOSO (J.): Managing Capital Flows: Lessons from the Experience of Chile. IMF Working Paper. WP/98/168, December 1998, p. 14.

²⁰⁸ Pièce C132: NADAL-DESIMONE (F.)-SORSA (S.): A Review of Capital Account Restrictions in Chile in the 1990s. IMF Working Paper. WP/99/52, april 1999, pages 1, 4, 6, 12, 14-16, 19-21, respectivement.

« (...) while the URR may initially have been effective in reducing capital inflows, participants may soon have found ways to circumvent the restrictions over time (...) ».

« Once the rules on FDI [Foreign Direct Investment] were tightened in 1996 to exclude speculative capital, again another flow, trade credits, started to increase in 1998 as markets may have found a new channel for exempt inflows. »

« Figure 2 suggest that the amounts of net inflows, and net inflows adjusted for the above two government programs are quite different. In several years the adjusted net inflow is only about half of the non-adjusted one. »

« Official statistics on short-term debt in Chile exclude trade credits, which by underestimating the amount of short-term debt may affect the results of studies on the effectiveness of the URR on the term structure of debt. Given that these credits have increased especially in recent years, when other short-term debt has declined, any analysis based on the evolution of the official stock of Chile's short-term debt with official data from the central bank that excludes trade credits is likely to overestimate the decline in short-term debt. The inclusion of trade credits in 1997, for example, increases the stock of short-term debt from US\$ 1.2 billion to US\$ 5.2 billion. »

Une autre étude du FMI constatait que

« In April 2001. Chile completed a long and careful process of capital account liberalization, and the country is now essentially free of capital account controls. »²⁰⁹

Le 16 juillet 2001 M. Guillermo Le Fort, « Alternate Executive Director for Chile » du FMI, affirmait que

« the decision of the Central bank to eliminate all outstanding restrictions on foreign exchange operations successfully culminated a process of gradual deregulation of the forex [foreign exchange] market ». ²¹⁰

V.6.7

Par conséquent, l'investissement réalisé en 1972 par M. Pey, aux droits duquel vient la Fondation espagole, est un investissement au sens de la Convention de Washington et au sens de l'API hispano-chilien. Le Tribunal Arbitral a donc compétence pour se prononcer sur le traitement dont a fait l'objet cet investissement.

²⁰⁹ Pièce C133: IMF. Chile:2001 Article IV Consultation-Staff Report: Public Information Notice; IMF Staff Statement; and Statement by the Executive Director for Chile. July 2001, IMF Country Report N° 01/116, page 16.

²¹⁰ Pièce C134: IMF. Statement by Guillermo Le Fort, Alternate Executive Director for Chile, July 16, 2001, page 7.

Le Tribunal Arbitral est prié de se reporter à l'exposé complémentaire sur le fond s'agissant de la propriété des actions, leur statut en droit chilien et l'incidence de la « Décision N° 43 », du 28 avril 2000, du Ministère des Biens Nationaux.

LES INVESTISSEURS ET LEUR NATIONALITE EXCLUSIVE ESPAGNOLE AUX DATES ETABLIES À LA CONVENTION

Préliminaire:

- M. Pey a été dénaturisé *de facto* après le 11 septembre 1973, sans, bien entendu, que cela ne soit inscrit dans les archives publiques. La qualité juridique de national chilien lui a été déniée, aux termes de l'art. 2, par. 3 de la Convention sur la Double Nationalité du 24.05.1958.
- M. Pey a perdu son domicile au Chili *ex art. 4 de la CDN de 1958*.
- Le 4 juin 1974 M. Pey a repris officiellement sa nationalité originelle et exclusive espagnole, et il a établi son domicile et sa résidence habituelle en Espagne.
- Depuis lors le domicile légal de M. Pey est en Espagne, indépendamment des changements du lieu de sa résidence.
- Le Chili a prétendu lui imposer sa nationalité afin de se soustraire à la Convention de Washington et à l'API Espagne-Chili, d'attaquer la compétence du Tribunal arbitral et de priver M. Pey du droit d'agir.

Ces points ont été développés dans notre Note du 15 octobre 2001, produite en réponse aux 7 documents remis par le Chili le 5 mai 2000, dans la Réponse du 17 mars 1999, dans la Réplique du 7 février 2000 et dans nos dossiers de plaidoirie. Nous y ajouterons maintenant quelques remarques complémentaires afin de répondre aux observations soulevées par le Tribunal arbitral dans sa Décision du 8 mai 2002.

Pas plus qu'en 1975, le 9 octobre 1997 le Gouvernement du Chili n'affirmait pas que M. Pey était alors chilien

Rappelons tout d'abord que dans la procédure ouverte auprès de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago en 1975, le Directeur du Service des Impôts Internes qualifiait déjà M. Pey de « *ressortissant espagnol* »²¹¹.

Le 9 octobre 1997, vingt-neuf jours avant le dépôt de la Requête d'arbitrage le 7 novembre suivant, le Gouvernement du Chili envoyait à M. Pey une communication par l'intermédiaire d'un Notaire. Le Gouvernement y répondait aux offres d'accord amiable faites par M. Pey (en accord avec la Fondation espagnole) les 30 avril et 29 mai 1997.²¹²

Le Gouvernement du Chili affirmait « *après une analyse soigneuse* » que « *les autorités chiliennes compétentes étaient parvenues* » à la double conclusion

- a) qu'elles attribuaient à M. Pey la nationalité chilienne au moment

²¹¹ Voir la plainte judiciaire à la pièce C42, page 5 verso en espagnol.

²¹² Pièces C142 et N° 11 et 12 annexes à la Requête d'arbitrage du 7.11.1997.

- **de son investissement**,
 - de l'acquisition du patrimoine des deux entreprises confisqués;
- b) sans la lui attribuer en 1997, bien que M. Pey se fût manifesté sans ambiguïté comme espagnol dans ses communications des 30 avril et 29 mai 1997 adressées au Gouvernement chilien, et que l'art. 25 de la Convention de Washington barre l'accès à l'arbitrage à un double national qui serait ressortissant de l'État défendeur au moment de son consentement à l'arbitrage.

Ce n'est qu'après le dépôt de la **Requête** arbitral le 7 novembre 1997 que certains fonctionnaires de l'Administration chilienne, à l'initiative du directeur de la délégation chilienne dans la présente procédure, allaient nier les faits et commettre des actes illégaux comme la manipulation ou la modification des fiches de M. Pey dans le Registre de l'état Civil²¹³, dans le Registre électoral²¹⁴, dans le Registre de la Police des Frontières²¹⁵, et la déformation du sens des articles 11 et 12 de la Constitution du Chili dans une direction contraire à la Jurisprudence de la Cour Suprême²¹⁶. Maître Brower allant jusqu'à prétendre que M. Pey « *possède la nationalité chilienne (...) encore [aujourd'hui] en vertu de la Constitution politique du Chili* » (plaideoirie de Me Brower, audience des 3, 4 et 5 mai 2000, transcription page 39, citation au point 108 de la Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002).

VI.1 L'API

La Loi applicable à la nationalité

L'art. 1.1 de l'API Espagne-Chili définit l'investisseur seulement d'après le critère de sa **nationalité**.

Pour leur part, les normes légales chiliennes qui, en 1972, portaient sur des investissements de capitaux étrangers²¹⁷, tout en étant d'application facultative ne faisaient pas de distinction selon la nationalité ni de lieu de résidence de l'investisseur.

²¹³ Voir la fiche signalétique de M. Pey. Sa version en français se trouve annexe à notre communication du 3 décembre 2001, celle produite par le Chili est incomplète et son sens en a été altéré. La Loi chilienne du Registre de l'état Civil interdit de modifier l'inscription portant sur la nationalité sans le consentement de l'intéressé ou une décision de Justice (pièces C96 et C94).

²¹⁴ Voir la pièce N° 9 annexe au Mémoire d'Incompétence. Les lettres manuscrites "CH" n'ont pas été écrites par M. Pey. Cette photocopie non authentifiée a soulevé notre objection. L'écriture manuscrite de M. Pey figure dans la pièce C52.

²¹⁵ Voir la pièce N° 9 annexe à la Réplique sur l'incompétence, où ne figure pas que M. Pey se trouvait au Chili lors du Coup d'État du 11 septembre 1973, la date de son départ du Chili ayant été manipulée et avancée au 27 août 1973.

²¹⁶ Voir dans la pièce N° 14 annexe à la Réplique sur l'incompétence le rapport de MM. Cumplido et Ramirez.

²¹⁷ Décret N° 1.272, du 7 septembre 1961, du Ministère de l'Économie, et Décret ayant Force de Loi N° 258, du 30 mars 1961, pièces N° 16 et 17 annexe au Mémoire d'Incompétence. Les extraits en français

D'après Schreurer²¹⁸, pour déterminer la nationalité il faut appliquer d'abord la loi de la nationalité dont se réclame l'intéressé. Un Tribunal international peut cependant ignorer les dispositions de la Loi nationale, notamment en cas de nationalité non effective, ou en l'absence de réel lien entre l'État et l'individu. Il en va de même lorsque la nationalité est acquise involontairement en violation du Droit International:

Ainsi, « Whether a person is a national of a particular State is determined, in first place, by the law of the State whose nationality is claimed. Questions of nationality are not ruled by the law applicable to the dispute in accordance with art. 42 unless, of course, that law happens to be also the law of the State whose nationality is at issue. But an international tribunal is not bound by the national law in question under all circumstances. Situations where nationality provisions of national law may be disregarded include cases of ineffective nationality lacking a genuine link between the State and the individual. See the Nottebohm Case, in which the ICJ ruled : « (...) nationality is a legal bond having as its bases a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties », 1955 ICJ Reports, 23 ».

Schreurer ajoute²¹⁹ que les rédacteurs de la Convention ont pris note du besoin d'appliquer le Droit International pour déterminer la nationalité de l'investisseur, car le Tribunal devait pouvoir trancher les cas où l'État défendeur imposerait sa nationalité à l'investisseur:

“During the Convention’s preparatory work, it was generally acknowledged that nationality would be determined by reference to the law of the State whose nationality is claimed subject, where appropriate, to the applicable rules of international law (History, Vol. II, pp. 67, 286, 321, 448, 580, 705, 839). In particular, it was pointed out that the commission or tribunal would have to deal appropriately with cases where a host state imposed its nationality upon an investor (at pp. 582, 658, 705, 868, 874, 876/7).”

Et il poursuit²²⁰ en indiquant que lors de la rédaction de la Convention il a été discuté du problème de l'imposition de la nationalité comme moyen pour l'État d'éviter son obligation de soumettre le différend au CIRDI, ce qui ne pouvait pas être permis par le Tribunal:

“The host state may not impose its nationality on a foreign investor for the purpose of withdrawing its consent. During the Convention’s drafting the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed

produits par la défenderesse ont suscité notre objection du fait que l'omission du reste du texte altère le sens de la partie produite (Art. 30 du Règ. Administratif et Financier).

²¹⁸ « Commentary on the ICSID Convention : Art. 25 », ICSID REVIEW, vol. 12, num. 1, Spring 1997. Interprétation de l'art. 25(2)(a), page 70, alinéa 429.

²¹⁹ Page 70, alinéa 430.

²²⁰ Page 75, alinéa 447.

that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Center." (History V.II pp. 658, 705, 876). But it was decided that this question could be left to the decision of the conciliation commission or arbitral tribunal (at pp. 868, 874, 877). »

VI.2

Ni le domicile ni la résidence de l'investisseur ne sont des critères que l'API Espagne-Chili ait retenu aux effets de son application

Contrairement à ce que prétend la défenderesse²²¹, l'API Espagne-Chili ne restreint ni ne conditionne l'application du principe de nationalité à la résidence ou au domicile. C'est un principe partagé par la grande majorité des API :

"la résidence, le domicile ou le lieu d'établissement des ressortissants paraissent indifférents au regard des Conventions [API]. Elles s'appliquent à des avoirs de personnes physiques situées sur le territoire de l'autre Partie; il importe peu que ces personnes soient elles-mêmes établies sur le territoire de l'État d'accueil ou qu'elles demeurent sur le territoire de leur État national".²²²

L'API Espagne-Chili **est axé sur la seule nationalité** de l'investisseur, et **non sur son domicile ni sur sa résidence**. Le fait que l'investisseur ait son domicile ou sa résidence dans l'État hôte est indifférent.

Or les faits sur lesquels s'appuie la défenderesse pour démontrer que M. Pey aurait eu la nationalité conventionnelle chilienne tout au long des années 1990²²³ sont des faits qui portent sur des activités relevant d'une personne étrangère qui se trouve à Santiago –tels que le besoin de se servir d'un Rol Fiscal Unique (RUT), le droit d'être inscrit au Registre électoral et de voter aux élections municipales, etc. C'est à dire, des faits et des activités, parfaitement compatibles avec la définition du terme **investisseur** ex art. 1.1 de l'API.

Ils n'impliquent, en l'occurrence, aucune prise de position de M. Pey Casado dans le sens d'une quelconque réclamation visant à annuler la dénaturalisation dont il a fait l'objet.

On rappellera que la Loi interne du Chili accorde le droit de vote aux élections municipales aux étrangers.

Une fois établi que M. Pey a la nationalité effective et exclusive espagnole lors des deux dates prévues à l'art. 25 de la Convention CIRDI, les exemples fournis par la défenderesse, tirés de ses séjours à Santiago, s'avèrent dépourvus d'importance pour déterminer la nationalité aux effets de l'API et de la Convention de Washington.

²²¹ Mémoire d'Incompétence: p 1.2.5.2; Réplique pp. 1.1.8.1; 1.1.17; 1.1.17.3.2.

²²² J.P. LAVIEC: Protection et promotion des investissements, Paris, PUF, 1985, page 39.

²²³ C'est le 4 mai 1989 que M. Pey a fait son 1^{er} voyage au Chili depuis son départ en 1973, vid. la pièce. N° 9 de la Réplique de la défenderesse du 27.12.1999.

En d'autres termes, si, dans la Loi chilienne de 1972, les questions de la résidence et du domicile de l'investisseur ne déterminaient pas la qualité « d'investissement étranger » (art. 2.1 de l'API), elles ne peuvent pas non plus entraver en 1997 l'accès à l'API d'un investisseur de nationalité espagnole (art. 1.1 de l'API).

Pour un Tribunal International la question de la nationalité est une question de droit, non de faits. Comme il est dit dans **l'Affaire Pinson** :

*« ...car en réalité le 'fait' de la nationalité (qui, soit dit incidemment, n'est pas du tout un 'fait' mais plutôt une relation ou une situation juridique, qui n'est guère susceptible de preuves directes) est beaucoup plus compliquée »*²²⁴.

Dans l'opinion de la Cour Permanente Internationale de Justice dans l'affaire Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits) :

*« The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such, but there is nothing to prevent the court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligation towards Germany under the Geneva Convention »*²²⁵.

En l'espèce, les demanderesses soutiennent que le Chili n'a pas agi en conformité de la CDN Espagne-Chili à l'égard de M. Pey, ni à partir du 11 septembre 1973 ni après le dépôt de la Requête d'arbitrage le 7 novembre 1997.

P. Weis ajoute dans Nationality and Statelessness in International Law, Sijthoff, 1979, p. 221-222 :

« An international tribunal is free to judge the relevance of such facts for the determination of nationality, but in doing so it may have to take into account municipal rules of evidence (e.g. the amount and nature of the evidence of nationality required for entry in the electoral register, under municipal law will be taken into account by an international tribunal in order to assess the relevance of the fact of voting for the purpose of determining the nationality of de cuius). »

Le Tribunal de **l'affaire Flegenheimer**²²⁶ avait déjà conclu que:

« Mais lorsqu'une personne est investie d'une seule nationalité qui lui est attribuée, soit jure sanguinis, soit jure soli²²⁷, soit par une naturalisation valable²²⁸ et entraînant la perte certaine de la nationalité antérieure, la théorie de la nationalité

²²⁴ P.C.I.J., Séries, A, No. 7, p. 19.

²²⁵ P.I.C.J., Séries A, N° 7, p. 19.

²²⁶ Décision du 20 septembre 1958 de la Commission de Conciliation Italo-Américaine, in Annuaire suisse de droit international, vol. XVIII, 1961, pp.155-228. La citation correspond aux pp. 213-214.

²²⁷ M. Pey est espagnol iure sanguinis et iure soli, pièces N° 4 annexe à la Requête et C10.

²²⁸ Les autorités du Chili ont éjecté, *de facto*, M. Pey de la Convention de double nationalité après le Coup d'État, en le privant de tous les droits qui en constituent le .contenu.

effective ne peut être appliquée sans risque de confusion ; elle manque d'un fondement assez sûr pour pouvoir l'emporter sur la nationalité qui s'appuie sur un droit étatique. Il n'existe, en effet, aucun critérium d'une efficacité éprouvée pour déceler l'effectivité du rattachement à une collectivité politique, et les personnes qui, étant donné les facilités de déplacement dans le monde moderne, ont, par milliers, la nationalité juridiquement certaine d'un État, mais vivent dans des États étrangers où se trouvent leur domicile, le centre de leur vie familiale et économique, seraient exposées à la méconnaissance, sur le plan international, de la nationalité qu'elles possèdent incontestablement en vertu des lois de leur État national²²⁹, si cette doctrine était généralisée ».

Plus récemment, le 17 mai 2002, le Conseil de Sécurité des Nations Unies a rappelé, à l'unanimité, que le principe de l'exercice habituel des droits civils et politiques est le critère à retenir pour déterminer la nationalité lorsqu'une personne en détient plusieurs.²³⁰ D'après ce principe, quelle a été la nationalité de M. Pey depuis le 11 septembre 1973 ? Il paraît évident qu'il n'aurait pas pu être nommé à une Cour Internationale en tant que ressortissant du Chili... contrairement à ce que s'obstine à répéter la partie adverse²³¹.

VI.3

Les objections de la défenderesse à l'encontre de la nationalité exclusive espagnole de M. Pey

La défenderesse n'a pas contesté la nationalité exclusive espagnole de la Fondation demanderesse.

Par contre, la délégation du Chili a prétendu tout au long de la procédure que la nationalité de M. Pey était la chilienne aux dates prévues à l'art. 25 de la Convention de Washington.²³² Pour soutenir cela la défenderesse a soulevé les objections suivantes :

1. que l'État du Chili n'aurait jamais méconnu la nationalité conventionnelle chilienne de M. Pey,²³³
2. que la nationalité chilienne ne se perd pas par renonciation²³⁴,
3. que la Constitution du Chili n'autorise pas la renonciation à la nationalité chilienne de la part de ressortissants chiliens naturalisés²³⁵,

²²⁹ L'État espagnol a proclamé la nationalité exclusive espagnole de M. Pey dans les Notes Verbales adressées au Gouvernement du Chili (pièces C24 à C26), dans la décision de la Cour Supérieure de Justice de Madrid du 5 février 2001 (pièces annexes aux communications adressées au Centre le 14 avril 2000 et le 19 février 2001), dans les déclarations du Ministre des Affaires Extérieures Espagnol devant la Chambre des Députés des 16 et 25 juin 1999 (pièces C3 et C6). Le Chili a prétendu évincer de la présente procédure le droit de l'État espagnol à interpréter l'application de la Convention bilatérale hispano-chilienne du 25 mai 1958 à l'un de ses ressortissants dans un cas flagrant de manquement par l'autre Partie contractante.

²³⁰ Résolution 1411 (2002) du Conseil de Sécurité, du 17 mai 2002, pièce ci jointe C145.

²³¹ Pour la délégation du Chili M. Pey n'aurait jamais perdu la nationalité chilienne (Mémoire sur l'Incompétence : pp. 1.1.2.3; 1.1.2.4; 1.1.2.5; 1.1.2.6; 1.1.2.7; 1.1.2.8; 1.2.4).

²³² Mémoire d'incompétence pp. 1.1.2.3; 1.1.2.4; 1.1.2.5; 1.1.2.6; 1.1.2.7; 1.1.2.8; 1.2.4

²³³ Réplique: pp. 1.1.3; 1.1.4; 1.1.5.4

²³⁴ Mémoire d'Incompétence: pp 1.1.4; 1.2.3.11; 1.2.3.12; 1.2.3.13; 1.2.3.14; 1.2.3.15; 1.2.3.16; 1.2.7.1; 1.2.7.2; Réplique: pp. 1.1.6; 1.1.12; 1.2.1; 1.2.1.3 ; 1.1.5.4;

4. l'inscription au Registre de l'état Civil de la perte de la nationalité chilienne aurait en tout cas valeur constitutive²³⁶, et que ses effets seraient donc intervenus le 4 août 1998,
5. que cette inscription au Registre de l'état Civil peut être annulée sans autorisation préalable de l'intéressé ou, à défaut, sans que soit nécessaire une décision de Justice²³⁷, et qu'en l'espèce, la mention de cette renonciation sur les registres chiliens aurait été valablement modifiée le 23 juin 1999 par ordre du Ministère de l'Intérieur.²³⁸

Ces objections sont toutes contraires au Droit chilien et aux principes de Droit International en matière de nationalité, ainsi qu'il va être démontré.

VI.4

L'État du Chili a méconnu la double nationalité chilienne de M. Pey après le 11 septembre 1973

Point 110 de la Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002

Les autorités militaires du Chili ont exclu M. Pey du système de la double nationalité hispano-chilienne par voie de fait après le 11 septembre 1973. Cette circonstance est en rapport avec la méconnaissance par l'État du Chili de tous ses droits civils et politiques, qui allait déboucher sur la confiscation, le 10 février 1975, de son investissement dans la principale entreprise de presse du pays.

À partir du 11.09.1973 on ne peut pas envisager le statut de M. Pey sans tenir compte du fait qu'il avait été privé, et de quelle façon, de tous ses droits civils et politiques. Et cela entraîne des conséquences pour la détermination de sa nationalité.

Le 14 septembre 1973 M. Pey s'est réfugié à l'Ambassade du Vénézuela à Santiago.²³⁹ Le 27 octobre suivant il a quitté le Chili avec un sauf-conduit²⁴⁰. Le certificat que le Ministère de la Défense Nationale avait adressé au Juge de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago, le 8 octobre 1975, affirme que²⁴¹

« M. VICTOR PEY CASADO a quitté le Chili en date du 9 décembre 1974 (sic) après avoir pris asile à l'Ambassade du Vénézuela, il s'est dirigé vers cette même République par voie aérienne ».

Dans un certificat du 6 décembre 1975 adressé au même Juge, la sortie de M. Pey du Chili est située à la date du 27 octobre 1973 (pièce C13).

²³⁵ Mémoire d'incompétence: p. 1.1.4.3. Réplique: pp. 1.1.9.3

²³⁶ Vid. audiences des 29-30 octobre 2001.

²³⁷ Vid. la transcription des audiences du 3-5 mai 2000 (2); Réplique: pp. 1.2.1

²³⁸ Voir la fiche signalétique de M Pey. La version française complète a été communiquée au Centre par les demanderesses le 3 décembre 2001.

²³⁹ Pièces C137, C113

²⁴⁰ Pièces. C14, C50 et C13.

²⁴¹ Pièce ci-jointe N° C137

En 1973 M. Pey a quitté le Chili réduit à l'état d'étranger

L'art. 1^{er} du Décret N° 676, du 15 février 1966, réglementant au Chili le régime des Passeports en vigueur en 1973²⁴², définissait le passeport comme

*« un document public que le Gouvernement octroie à ses nationaux par l'intermédiaire de ses organismes compétents lorsque ceux-ci **doivent** voyager ou rester à l'étranger ».*

En 1973 M. Pey avait un passeport chilien valable²⁴³. Il n'avait pas besoin de le renouveler au Registre de l'état Civil, l'organisme compétent à cet effet selon l'art. 4(b) du Décret N° 676, du 15 février 1966.

L'art. 3^{ème} de ce Décret exigeait un passeport pour entrer et sortir du territoire de la République, ou les documents que les lois, les règlements ou les conventions internationales stipulaient à sa place.

La défenderesse n'a pas été capable de produire, et pour cause, la preuve de ce qu'en 1973 l'art. N° 6 dudit Décret N° 676, de 1966, aurait été abrogé.

Selon ce dernier article les chiliens ne pouvaient sortir du Chili que munis du passeport chilien :

*« Les Chiliens qui ont besoin de sortir du pays et ne seraient pas munis de passeports diplomatiques ou officiels, **devront** obtenir un passeport ordinaire (...) »*

Dans les heures qui ont suivi le 11 septembre 1973 les nouvelles Autorités ont saisi le passeport de M. Pey à son domicile, de même que tous ses autres documents, ses biens personnels et patrimoniaux.

En lui délivrant un sauf-conduit le 27 octobre 1973 pour le trajet allant de l'Ambassade du Vénézuela à l'aéroport de Santiago, permettant de sortir du Chili vers le Vénézuela, via Lima²⁴⁴, les Autorités du Chili traitaient M. Pey non en chilien mais en tant qu'étranger. L'article N° 20 du Décret N° 676, de 1966, prévoyait d'ailleurs:

*« Les étrangers qui souhaiteraient sortir du pays devront être munis d'un **sauf-conduit** (...) ».*

²⁴² Décret N° 676, du 15 février 1966 (J.O. du 7 avril 1966), pièce annexe C143

²⁴³ Voir la communication de la Direction de la Police du Chili du 10.11.1999, pièce N° 9 annexe à la Réponse de la défenderesse. Cette communication a suscité notre objection car elle occulte la présence de M. Pey au Chili le 11.9.1973 et son départ le 27.10.1973 sans aucune pièce d'identité.

²⁴⁴ Pièce C49.

C'est là la seule référence faite à un sauf-conduit dans ce Décret sur les Passeports. Un chilien n'aurait donc pu accéder à ce type de document.

Au point 110 de sa Décision du 8 mai 2002, le Tribunal arbitral considère que les demanderesses n'ont pas démontré que M. Pey ait été privé de sa nationalité "*en raison des évènements suivants le coup d'État militaire du 11septembre 1973 ou en raison de dispositions de caractère général ou particulier prises par le Gouvernement chilien*".

Pourtant, la remise d'un sauf conduit par les autorités chiliennes montre bel et bien que M. Pey n'était plus considéré comme chilien par les autorités de l'époque :

*« Under general international law, a dual national who has the nationalities of the host State and another State or States is considered a national of the host State unless it agrees to treat him differently ».*²⁴⁵

Ceci n'est d'ailleurs qu'une des illustrations de cette privation, puisque le Chili a persévétré dans la méconnaissance totale de ses droits en qualité d'adhérent à la CDN.

L'acte de refus du passeport constitue une « méconnaissance » de la nationalité chilienne.

Il est ici renvoyé à l'art. 12 de la Constitution du Chili et à la doctrine de la Cour Suprême du Chili dans l'Arrêt du 31 octobre 1989²⁴⁶, selon laquelle un refus de délivrance de passeport est assimilé à une privation de nationalité.

Or, M. Pey s'est heurté en septembre-octobre 1973 à un acte de refus de délivrance de passeport de la part des Autorités chiliennes. Il en avait exposé les circonstances personnellement au Tribunal arbitral le 29 octobre 2001 :

« Le passeport chilien auquel j'avais droit m'a été refusé par les autorités chiliennes dans les occasions suivantes :

- 1) lorsque, environ une fois par semaine monsieur l'Ambassadeur du Vénézuela au Chili, dans la résidence duquel je m'étais réfugié, en faisait la demande de délivrance auprès du Ministre des Relations Extérieures, durant tout mon séjour [dans sa résidence] ;
- 2) lorsque les agents de police de l'aéroport m'ont retiré, au moment de ma sortie de Santiago, l'unique document accréditant mon identité : un sauf-conduit remis par le ministre des Relations Extérieures à monsieur l'ambassadeur du Vénézuela, me laissant absolument sans papiers ;
- 3) par le Consul du Chili à Caracas, lorsque le jour suivant mon arrivée au Vénézuela je me suis présenté devant lui, sollicitant la délivrance de mon

²⁴⁵ World Bank: Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol. II: Guidelines. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. 1992, page 16, note 17.

²⁴⁶ Pièce C92.

- passéport. Le Consul a agi de la sorte après consultation des autorités supérieures au Ministère des Relations Extérieures du Chili ;
- 4) aux autorités vénézuéliennes, qui l'ont sollicité auprès des [autorités] chiliennes, avant de m'accorder une pièce d'identité définie comme « passeport D'URGENCE ».²⁴⁷

Un tel acte est assimilé dans l'art. 12 de la Constitution, dans sa prémissé et dans ses effets, à la « méconnaissance » et au « retrait » de la nationalité. Voir les Arrêts de la Cour Suprême du Chili des 31 octobre 1989; 19 janvier 2000; 25 de julio de 1998; 25 juillet 1984; 8 janvier 1993.²⁴⁸

L'art. 12 de la **Constitution en vigueur au Chili** depuis 1981²⁴⁹ assimile, depuis la Loi 12.548 du 30 septembre 1957, l'acte administratif de “méconnaissance” de la nationalité à celui de “**privation**” de cette dernière. Un recours identique, ouvert seulement auprès de la Cour Suprême, est prévu dans les deux cas:

"Toute personne concernée par un ACTE ou une décision de l'autorité administrative qui lui retire sa nationalité chilienne ou la lui MECONNAIT, pourra recourir, lui-même ou une autre personne en son nom, dans les trente jours, à la Cour Suprême; celle-ci statuera en qualité de jury et en séance plénière. La présentation de ce recours laissera en suspens les effets de l'ACTE ou de la décision objet du recours".

La Décision de la Cour Suprême du Chili du 31 octobre 1989²⁵⁰, a considéré le cas de M. Vasques, à qui les Autorités chiliennes avaient refusé le 2 mars 1989 un passeport après qu'il eût acquis la nationalité allemande, au motif que M. Vasques avait perdu la nationalité chilienne (en devenant allemand).

Sur la base de l'art. 12 de la Constitution la Cour Suprême du Chili a statué que : a) M. Vazquez était toujours de nationalité chilienne, b) les autorités administratives devaient lui accorder un passeport chilien.

VI.5

M. Pey Casado a été réduit à l'état d'apatriide

La tendance à assimiler l'apatriodie *de facto* et celle *de iure* est confirmée dans le Rapport du Secrétaire Générale des NN.UU. sur les apatrides, qui comprend ceux *de iure* comme ceux *de facto* qui “*no longer enjoy the protection and assistance of their national authorities* ». Ainsi, en 1949 les NN.UU. ont élargi la définition de l'apatriodie

²⁴⁷ Le “passeport d'urgence pour étrangers sans nationalité” figure dans la pièce C15.

²⁴⁸ Pièces C92; C146; C147; C149 (votes particuliers), respectivement.

²⁴⁹ Pièce annexe n° 7 à notre communication au Centre du 28 août 1998.

²⁵⁰ Pièce C92, publiée dans Fallos del mes, Santiago, N° 372, p. 698 et ss.

(*statelessness*) afin d'inclure aussi les apatrides *de facto* (*stateless persons*), c'est à dire ceux qui

*"having left the country of which they were nationals, no longer enjoy the protection and assistance of their national authorities, either because these authorities refuse to grant them assistance and protection, or because they themselves renounce the assistance and protection of the countries of which they are nationals."*²⁵¹.

Elle est confirmée également par les législations nationales. Par exemple la Loi fédérale suisse sur le Droit International dispose:

« Une personne est réputée apatride lorsqu'elle est reconnue comme telle en vertu de la convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides ou lorsque les relations de cette personne avec son État national sont rompues au point que sa situation équivaut à celle d'un apatride. »

P. Weis soutenait dans Nationality and Statelessness in International Law²⁵².

« Il serait plus approprié de parler de personnes privées de protection de facto, c'est à dire réfugiées, et les différencier des personnes privées de protection de iure, c'est à dire personnes sans État ».

Il écrivait également :

*« a de facto stateless person is normally regarded as a person who does posses a nationality but does not possess the protection of his State of nationality and who resides outside the territory of the State, i.e., a person whose nationality is ineffective ».*²⁵³

Nguyen, Daillier et Pellet définissent l'apatriodie conjoncturelle ainsi:

*«situation d'apatriodie résultant du retrait de la nationalité d'origine non suivi immédiatement d'une naturalisation»*²⁵⁴.

Une Conférence de Plénipotentiaires a approuvé le 28 septembre 1954 la Convention Relating to the Status of Stateless Persons²⁵⁵, qui admet aussi l'apatriodie *de facto*, de même que la Convention on the Reduction of Statelessness²⁵⁶. En 1995 le Comité Exécutif du Haut Commissariat des NN.UU. pour les Réfugiés a réaffirmé ce double aspect de la définition d'apatriodie :

²⁵¹ A Study on Statelessness, United Nations Publication 8-9, N° 1949, XIV.2

²⁵² Sijthoff, 1979, p. 164.

²⁵³ Nationality and Statelessness in International Law, édition de 1962, 1086

²⁵⁴ Le droit international public, Paris, 1999, page 492.

²⁵⁵ 360 U.N.T.S. 117, en vigueur depuis le 6 juin 1960.

²⁵⁶ 989 U.N.T.S. 175, en vigueur depuis le 13 décembre 1975.

« [Statelessness] . . . includes *de jure stateless*, which according to the 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons refers to a person who is not considered as a national by any State under the operation of its laws; also includes *de facto stateless* which refers to those persons with an ineffective nationality or those who cannot establish their nationality ».²⁵⁷

D'après Rachel Settage, cette définition de l'apatriodie *de facto* appliquée aux personnes ayant une seule nationalité justifie que l'apatriodie *de facto* entraîne la perte d'une nationalité lorsque au départ une personne en avait deux.²⁵⁸ En effet les conditions d'existence de la Convention sur la Double Nationalité sont réduites à néant.

La Conférence de 1961 des NN.UU. sur l'Élimination ou la Réduction du Nombre des Apatriades a, pour l'avenir, adopté la résolution suivante :

« *The Conference Recommends that persons who are stateless de facto, should as far as possible be treated as stateless de iure to enable them to acquire an effective nationality* »

Le Vénézuela a appliqué cette résolution en délivrant à M. Pey le 8 janvier 1974 un passeport pour étrangers sans nationalité et lui permettant, ainsi, de se procurer un visa à l'Ambassade d'Espagne pour entrer en Espagne pendant 90 jours et faire valoir sa nationalité exclusive espagnole.

L'art. 8 de la Convention pour la Réduction du Nombre des Apatriades, approuvée à N. York le 28 août 1961 (en vigueur depuis le 13.XII.1975), a établit que

"a contracting State shall not deprive a person of its nationality if such deprivation would render him stateless."

Son art. 9 stipule que les États membres

"may not deprive any person or group of persons of [. . .] nationality on racial, ethnic, religious or political grounds."

Enfin, pour la Convention des NN.UU. de 1951 sur les réfugiés et le Protocole de 1967 relatif à la qualité de réfugié, un réfugié est une personne qui :

"owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable to or, owing to such fear, unwilling to avail himself of the protection of that country."

²⁵⁷ EXCOM Conclusions No. 78, 1995, publié dans <http://unhcr.ch/refworld/index/stateless/stateless.htm>

²⁵⁸ "No Place To Call Home Stateless Vietnamese Asylum-Seekers In Hong Kong," Georgetown Immigration Law Journal, Fall, 1997; 12 Immigr. L.J. 187.

Toutes les références s'appliquent aux circonstances dans lesquelles s'est trouvé M. Pey après que l'État du Chili eût méconnu sa nationalité conventionnelle et alors que l'État espagnol estimait ne pas pouvoir encore lui accorder sa protection du fait, qu'à supposer M. Pey encore dans le cadre de la CDN, sa nationalité espagnole n'était pas effective tant qu'il n'aurait pas établi son domicile en Espagne.

Entre le 11 septembre 1973 et le 31 mai 1974, date de son entrée en Espagne, M. Pey a été privé *de facto* de la protection du Chili.

Le Vénézuela n'a reconnu à M. Pey aucune nationalité et lui a attribué un passeport dit « d'urgence » pour des « étrangers sans nationalité »²⁵⁹.

De fait, on ne saurait ignorer le caractère unilatéral, brutal, avec lequel les Autorités du Chili ont refusé à M. Pey tous les droits découlant de la Convention de Double Nationalité du 25 mai 1958. Le refus du passeport en a été le reflet, le réduisant à l'apatriodie conjoncturelle²⁶⁰.

Pour faire valoir le rétablissement de sa nationalité d'origine il lui fallait voyager en Espagne et y élire domicile, ce qu'il a fait le 4 juin 1974 en y voyageant avec un passeport pour apatrides, avec un visa pour trois mois délivré par l'Ambassade d'Espagne à Caracas²⁶¹, et en s'inscrivant au Fichier de la Municipalité de Madrid le 4 juin 1974.²⁶² Cette inscription était nécessaire pour obtenir la Carte Nationale d'Identité espagnole, dont le numéro, le 2703339, figure dans le certificat dudit Fichier Municipal du 4 juin 1974²⁶³ et également dans sa Carte Nationale d'Identité valable aujourd'hui²⁶⁴.

Il s'ensuit que l'apatriodie conjoncturelle de M. Pey a été la résultante de la méconnaissance de sa nationalité par naturalisation jusqu'à ce qu'il ait pu faire valoir sa nationalité d'origine.²⁶⁵

La privation de la protection diplomatique imposée à M. Pey

M. Pey a été privé de toute protection diplomatique entre le 11 septembre 1973 et le 31 mai 1974 (arrivée en Espagne).

²⁵⁹ Pièce. C15.

²⁶⁰ Les circonstances de ce fait ont été expliquées au Tribunal par M. Pey dans la pièce C14 et pendant l'audience orale du 29 octobre 2001.

²⁶¹ Pièce C15.

²⁶² Voir le certificat d'inscription dans la pièce N° 7 annexe à la **Requête** d'arbitrage du 7.11.1997.

²⁶³ Pièce N° 6 annexe à la **Requête** d'arbitrage. La Carte Nationale d'Identité atteste *iuris tantum* la nationalité espagnole de son titulaire (Royal Décret 1245/85, du 17 juillet, 1^{re} Disposition additionnelle). La preuve *iure et de iure* est celle établie dans le Registre de l'état Civil (art. N° 2 de la Loi du Registre de l'état Civil, pièce C97, et art. 327 du Code Civil).

²⁶⁴ Pièce N° 5 annexe à la **Requête**.

²⁶⁵ Voir pièces C14 à C16.

D'après L. V. OPPENHEIM:

*"the rules of international law relating to diplomatic protection are based on the view that nationality is the essential condition for securing to the individual the protection of his rights in the international sphere."*²⁶⁶

L.V. Oppenheim dans **l'affaire Joyce** avait décidé que

*« by a universally recognized customary rule of the law of nations every State holds the right of protection over its citizens abroad (...) this rule thus recognized may be asserted by the holder of a passport which is for him the outward title of his rights. It is true that the measure in which the State will exercise its rights lies in its discretion »*²⁶⁷.

À partir du 11 septembre 1973 l'État du Chili a enfreint à l'égard de M. Pey

- la Convention de double nationalité du 24 mai 1958,
- la Convention Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, dans ses articles N° 15 (droit à ne pas être privé arbitrairement de sa nationalité) ; N°. 13 (droit à quitter le Chili et à rentrer dans son pays) ;
- le Pacte International des Droits Civils et Politiques du 16 décembre 1966²⁶⁸, dans ses articles N° 12.3 et 12.4 ;
- la Convention Américaine des Droits de l'Homme, du 22 novembre 1969²⁶⁹, les arts. N° 20.3 (droit à ne pas être privé arbitrairement de sa nationalité et de son droit à la changer) ;
- le Traité de Coopération et d'Amitié entre l'Espagne et le Chili, du 19 octobre 1990 (BOE 17.09.1991), dont l'article 1(b) oblige les parties à *"la défense et le respect des droits de l'homme dans le cadre de l'état de droit, garantie de la dignité et de la sécurité des citoyens"*;
- l'Accord-cadre du 21 juin 1996 de coopération entre la Communauté Économique Européenne et le Chili (BOE 9.06.2000), dont l'art. 1er dispose

"Le respect envers les principes démocratiques et envers les droits fondamentaux de la personne humaine, tels qu'énoncés dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, inspire les politiques interieures et internationales des parties et constitue un élément essentiel du présent Accord"

²⁶⁶ International Law, Vol. I, 669, 1955.

²⁶⁷ House of Lords, 1946, A.C. 347, p. 371.

²⁶⁸ Ratifié par le Chili le 10 mai 1972.

²⁶⁹ Ratifiée par le Chili le 21 août 1990.

Le Gouvernement du Chili a dénié ces droits à M. Pey à partir du 11 septembre 1973, et il continue à les dénier. La déchéance de sa nationalité chilienne en 1973, et la tentative de la lui imposer le 23 juillet 1999²⁷⁰, n'en sont qu'une illustration, comme nous allons le démontrer ci-après.

Les considérations précédentes démontrent clairement que les autorités chiliennes ont privé M. Pey de sa nationalité, à la suite du coup d'État du 11 septembre 1973.

VI.6

Réponse aux observations du Tribunal du 8 mai 2002, points 52 et 55.

- 1 -

Dans sa **Décision** du 8 mai 2002, point N° 52, le Tribunal arbitral affirme que

« Victor Pey Casado s'est ensuite rendu en Espagne, où il allègue avoir élu domicile, et avoir obtenu, le 10 juin 1974, une carte nationale d'identité et un passeport espagnol ».

Cette allégation est pleinement corroborée par les preuves produites dont il va être question ci-après. La date à laquelle M. Pey a fixé son domicile légal et sa résidence à Madrid est le **4 juin 1974** (pièces C10 ; annexe N° 7 à la **Requête** d'arbitrage).

Pour obtenir un passeport, un ressortissant espagnol doit disposer d'une Carte Nationale d'Identité espagnole. Le passeport N° 64.066/74 a été délivré à M. Pey le **11 juin 1974** par la Direction à la Sûreté Nationale (Dirección General de Seguridad), Section des Passeports (Ministère de l'Intérieur). Ce passeport figure à la pièce C48.²⁷¹

- 2 -

Le Tribunal arbitral a également affirmé au **point N° 55** de sa **Décision** du 8 mai 2002 :

“Victor Pey Casado aurait requis et obtenu de l'autorité chilienne compétente (Ministère de la défense nationale[sic]²⁷²) le 20 février 1991 une autorisation d'établissement d'un passeport chilien. (...) Pour Victor Pey Casado ‘le passeport n’implique pas la nationalité’, d'autant que selon lui, comme les consulats d'Espagne en Amérique latine n’étaient pas autorisés à délivrer des passeports aux

²⁷⁰ Voir la fiche signalétique de M. Pey dans le Registre de l'état Civil du Chili (la version française intégrale figure en annexe à la communication des demanderesses du 3 décembre 2001).

²⁷¹ Voir pièce C14 la déclaration sous serment de M. Pey et également sa déclaration devant le Tribunal arbitral lors de l'audience du 29 octobre 2001

²⁷² Le Ministère chilien compétent pour délivrer les passeports est celui des AA. EE.

Espagnols double nationaux en cas de perte ou d'expiration, il n'avait d'autre choix que de se procurer un passeport chilien. »

Ceci est un fait et on en a produit les preuves.

D'un côté, ce qui prouve la nationalité au Chili et en Espagne est le certificat du Registre de l'état Civil²⁷³ (et, par voie de conséquence, la Carte Nationale d'Identité), et non pas le passeport.

D'un autre côté, dans la pièce C54 figure l'Ordre Circulaire N° 3.171, 30 janvier 1992, du Ministère espagnol des AA. EE., qui réaffirme les instructions en vigueur depuis la signature de la première Convention de double nationalité signée par l'Espagne avec un pays d'Amérique Latine (celle avec le Chili du 24.05.1958), d'après laquelle

“1. (...) les espagnols bénéficiant d'une Convention de Double Nationalité ne peuvent pas récupérer la nationalité espagnole en suivant le système établi dans l'art. 26 du Code Civil (...) mais seulement (...) en transférant leur domicile en Espagne. Aussi longtemps que cela n'aurait pas eu lieu ils ne peuvent pas obtenir à l'étranger de papiers comme ressortissants espagnols.”

Or, à l'évidence, le Consulat d'Espagne à Santiago n'était pas habilité —à la différence des autorités espagnoles compétentes— à estimer la situation de privation des droits constitutifs de la double nationalité par voies de fait.

Le Tribunal arbitral est prié de se reporter au tableau synthétique produit par les demanderesses : Le domicile légal²⁷⁴, les lieux de résidence, les Cartes Nationales d'Identité et les passeports de M. Victor Pey entre 1915 et 2002.

La professio iuris de M. Pey en juillet 1991 et en mai 1997

En février 1991 M. Pey avait égaré son passeport espagnol²⁷⁵, dont la date de validité expirait le 16 novembre 1993.²⁷⁶ La cessation soudaine, *de facto*, de l'application de la Convention de Double Nationalité que lui avait infligée à partir du 11.09.1973 la

²⁷³ Art. 327 du Code Civil espagnol: “*Les actes du Registre [de l'état Civil] seront la preuve de l'état civil.*” Art. 1^{er} de la Loi chilienne N° 4.808, sur le Registre de l'état Civil (J.O. du 10 février 1930): «*Les inscriptions des naissances, des mariages, des décès et des autres actes et contrats relatifs à l'état civil des personnes, seront faites au Registre de l'état Civil, par les fonctionnaires que la présente loi détermine.*» Voir les lois du Registre loi dans les pièces C96 et C97.

²⁷⁴ Selon l'Arrêt du Juge du Registre espagnol de l'état Civil, du 20 novembre 1997, aux “*termes et avec les effets prévus à l'article 4^o, paragraphe second de la Convention visée sur la Double Nationalité*», M. Pey «*a transporté sa résidence habituelle dans cette ville de Madrid, à la date du 4 juin 1974*» (pièces C10, C93).

²⁷⁵ Cette circonstance a été exposée au Tribunal par M. Pey personnellement pendant l'audience du 29 octobre 2001.

²⁷⁶ Pièce C48.

République du Chili n'avait évidemment pas été transcrise dans les registres administratifs. N'ayant pas eu de raison spécifique d'intervenir auprès de ce service, M. Pey figurait donc encore en 1991 inscrit au Registre Consulaire de Santiago, tout comme avant le Coup d'État, parmi les bénéficiaires de la Convention de Double Nationalité de 1958. Il n'avait pas pris la peine d'agir sur ce Registre. On comprendra qu'après son expérience de septembre-octobre 1973 il n'ait pas voulu se trouver au Chili un seul jour sans un titre de transport à portée de main. Il en a demandé un aux autorités du Chili.

Pour quelle raison M. Pey avait besoin de voyager précisément en juillet 1991 ? La réponse se trouve dans la pièce C48. Ce mois, le 31 juillet, arrivait à sa fin la validité de la Carte d'Identité du Vénézuéla attestant que sa résidence se trouvait légalement dans cette République. Et non au Chili.

C'est donc avec un titre de transport chilien que M. Pey a voyagé au Vénézuéla (via les EE.UU.) le 5 juillet 1991, au cours duquel il a renouvelé sa Carte d'Identité du Vénézuéla en qualité d'espagnol résident le 18 juillet 1991²⁷⁷.

Il s'est servi de ce même titre de transport pour un deuxième voyage, en Bolivie le 23 octobre 1994, son passeport espagnol n'étant plus valide depuis le 16 novembre 1993.²⁷⁸ Il a fait un troisième et dernière voyage en Espagne, le 25 mai 1997, où on lui a délivré le passeport qui figure dans la pièce C48.

La défenderesse attribue à M. Pey l'intention de créer la Fondation en 1989-1990 afin d'établir une connexion avec l'Espagne afin de bénéficier un jour de l'API (il n'existe pas) et de la Convention de Washington (elle n'était pas ratifiée). Cela est dénué de fondement, pour ne pas dire de sens.

La Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002 poursuit au **point 55**:

« en constituant la Fondation « Président Allende » le 15 janvier 1990, le demandeur se serait présenté dans l'acte authentique de constitution comme étant de double nationalité espagnole et chilienne, et il se serait identifié également de la sorte dans les Statuts de la Fondation. (...) Le demandeur se serait également inscrit dans les registres électoraux en date du 19 juillet 1993 en tant que ressortissant chilien. Le 2 janvier 1997, il se serait désigné comme national chilien lors de l'inscription d'une écriture publique pour la constitution de la Société Diloma Servicios Aéreos Limitada».

M. Pey ne s'est pas présenté ni identifié dans l'acte du 15 janvier 1990 comme double national. Dans le Pouvoir qu'il a conféré à cet effet le 5 octobre 1989 à Miami (Fl.,

²⁷⁷ Cf. dans la pièce C48 la Carta d'Identité du Vénézuéla, valable du 18 juillet 1991 au 31 août 1996

²⁷⁸ Une copie de ce passeport figure dans la pièce C48.

EE.UU.) il avait comparu auprès du Notaire américain en tant que ressortissant espagnol uniquement²⁷⁹.

L'inscription de M. Pey au Registre électoral du Chili n'est pas non plus un acte d'affirmation de la nationalité chilienne. La Constitution et la Loi électorale du Chili reconnaissent le droit de vote aux étrangers dans les élections municipales.

Les initiales « CH » dans la casse « nationalité », sur la pièce produite par le Chili, n'ont pas été écrites par M. Pey²⁸⁰, qui a exposé le fait dans sa déclaration par-devant Notaire du 29 juillet 1999²⁸¹.

Les demanderesses se sont élevées contre la copie de l'acte du Registre électoral produite par le Chili. Le Chili n'en a d'ailleurs produit ni l'original ni une copie authentique, se contentant de communiquer une photocopie incomplète.

M. Pey a signé les écritures de constitution de la Société Diloma en utilisant une référence fiscale, son Rol Fiscal Unique (RUT). Ce dernier ne vaut pas déclaration de nationalité. Le RUT est d'usage obligé également pour les étrangers dans les circonstances décrites aux points 2.7 à 2.7.2 de la Réponse du 18 septembre 1999, et dans les pièces C36 et C55. M. Pey a évidemment utilisé celui dont il disposait, rien de plus.

VI.7

La Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002 affirme au **point 58**:

« 58. En date du 7 janvier 1997, Victor Pey Casado s'est enquis auprès du Consulat général d'Espagne (Registre civil) à Santiago pour savoir si son dossier correspondait à sa situation réelle, à savoir qu'il était domicilié en Espagne depuis 1974 et n'était plus au bénéfice de la Convention bilatérale du 24 mai 1958. En réponse, le Consulat a, le 5 février 1997, radié l'inscription attestant du domicile chilien du demandeur au Registre des immatriculations du Consulat, sans toutefois mentionner que le demandeur était bien domicilié en Espagne depuis 1974. »

Nous souhaiterions clarifier ce point dans la mesure où

²⁷⁹ Voir ce Pouvoir dans la pièce C7, page 7.

²⁸⁰ Une objection à cet égard a été soulevée dans la Réponse du 18 septembre 1999, point 2.7.3.1, et à nouveau lors des audiences des 4 mai 2002 et 29 octobre 2001, en conformité de l'art. 30(1) du Règlement Administratif et Financier du CIRDI.

²⁸¹ Pièce C52.

1. il n'appartenait pas au Registre des Immatriculations du Consulat de Santiago de constater que le domicile de M. Pey est établi en Espagne depuis le 4 juin 1974, et
2. que cette domiciliation est établie à compter du 4 juin 1974 par les autorités compétentes espagnoles.

Le Droit espagnol admet la pluralité de résidences et un seul domicile légal.

Le Code Civil espagnol n'a pas suivi le critère du Code Civil français, dont l'art. 102 dispose qu'au cas de pluralité de résidences « *le domicile est au lieu où il a son principal établissement* ». Pour le Droit espagnol

Selon l'arrêt du Juge du Registre de l'état Civil de Madrid, du 20 novembre 1977, M. Pey a son domicile légal en Espagne depuis le 4 juin 1974 (pièce C10).

Le Consulat d'Espagne à Santiago n'a pas la compétence nécessaire pour certifier que M. Pey a son domicile en Espagne.

Ce dernier ne peut que ressortir du Registre Municipal espagnol des habitants. Le Consulat a d'ailleurs pris note du certificat établi par ce dernier et le 5 février 1997 a radié du Registre de l'état Civil du Consulat l'inscription selon laquelle depuis 1947²⁸² M. Pey aurait eu son domicile à Santiago.²⁸³

La pièce N° 4 annexe à la **Requête** contient un extrait de l'acte de naissance de M. Pey correspondant au Registre de l'état Civil de son lieu de naissance (Madrid). Avant le 20 novembre 1997 aucune inscription n'y faisait état que M. Pey avait établi son domicile au Chili. Et, d'autre part, au Registre du Consulat ne figurait pas le changement de domicile intervenu après le 11 septembre 1973. Les Registres n'avaient pas mis à jour les inscriptions.

Comme nous l'avons vu M. Pey est arrivé en Espagne le 31 mai 1974²⁸⁴ avec un « *passeport d'urgence* » pour apatrides délivré par les Autorités du Venezuela. Il a installé en Espagne son domicile et a retrouvé le plein usage de sa nationalité espagnole, conformément au principe selon lequel:

« Dans les cas régis par une Convention la nationalité espagnole devient la nationalité de plein effet lorsque telles sont les stipulations de la Convention correspondante. Et même si les termes de la Convention ne le prévoient pas directement, la nationalité espagnole passera au premier plan lorsque, pour quelque raison que ce soit, l'autre nationalité cesserait de produire ses effets. Par Décision du 29 novembre 1972 on estime 'bien fondé le fait de concéder protection et passeport à une personne qui, en ayant obtenu la nationalité péruvienne, n'aurait

²⁸² Pièce C88, communication interne entre le Consulat à Santiago et le Ministère espagnol des AA.EE., du 27.11.1996.

²⁸³ Pièce C22 *in fine*.

²⁸⁴ Doc. C48, voir le tampon avec la date du 31 mai 1974 dans le « *passeport d'urgence* ».

*pas perdu la nationalité espagnole au moment où il a eu recours à la Convention de double nationalité, dès lors que ledit pays lui refuse protection et passeport ».*²⁸⁵

Cette Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat, du 29 novembre 1972, figure à la pièce C28.

Le fait que M. Pey n'a pas eu le statut de résident au Chili lorsqu'il y a voyagé après 1989 est attesté par le Consulat d'Espagne à Santiago dans une communication interne du 27 novembre 1996 au Ministère des AA. EE. de l'Espagne :

«Il paraît que M. Pey Casado a été expulsé du Chili après l'instauration du Régime Militaire le 11 septembre 1973.

*Le présent Consulat Général possède des indications de ce que l'intéressé a effectué une ou plusieurs visites au Chili ces dernières années.»*²⁸⁶

Le domicile légal de M. Pey est en Espagne depuis 1974

M. Pey écrivait le 7 janvier 1997 au Registre de l'état Civil du Consulat d'Espagne²⁸⁷

“Le motif de la présente est de vérifier si ma situation au plan de l'enregistrement auprès de ce Consulat d'Espagne coïncide avec ma [situation] réelle. Étant domicilié à Madrid depuis le début de 1974, je vous prie de prendre note, s'il y a lieu, de mon adresse dans la capitale espagnole (...).

Dans l'hypothèse où le registre pertinent du Consulat n'attesterait pas que le soussigné N'A PAS recours aux bénéfices et aux avantages de la Convention du 24 mai 1958 (...) je vous prie d'avoir l'amabilité de mettre le registre en accord avec la réalité.”

Neuf mois avant son consentement à l'arbitrage, par lettre du 7 janvier 1997²⁸⁸ M. Pey vérifiait auprès du Consulat espagnol à Santiago que son domicile à Madrid depuis le début de 1974 avait été noté. Il y joignait le certificat d'inscription au Registre Municipal des Habitants de Madrid (arrondissement d'Hortaleza)²⁸⁹, sur lequel figure son adresse dans cette ville.

²⁸⁵ Comentarios al Código Civil, sous la direction du professeur ALBADALEJO, art. 66 de la Loi espagnole du *Registre de l'état Civil*, 1996, T. IV, Vol. 3, page 726.

²⁸⁶ Pièce C88. Souligné par nous.

²⁸⁷ Pièce C22

²⁸⁸ Pièce C22.

²⁸⁹ Voir la pièce N° 8 annexe à la Requête d'arbitrage du 7.11.1997.

C'est après avoir pris note de ce certificat que le Consulat d'Espagne a procédé à la radiation de M. Pey du Registre Consulaire²⁹⁰ « *en date du 5/2/1997 pour cause de transfert de sa résidence en Espagne.* »

Le Consulat espagnol à Santiago a délivré le certificat le 5 février 1999 et a par là accepté la preuve fournie par M. Pey de sa domiciliation légale en Espagne.

La Loi relative au Registre de l'état Civil espagnol stipule que les inscriptions portées initialement à un Registre qui n'est pas celui du lieu de naissance doivent être reportées par la voie administrative, d'office, au Registre Central en Espagne. Voir ci joint la Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat du 26 février 1999 (RJ 1999\10114, pièce C144).

L'inscription indiquant que M. Pey a son domicile en Espagne relève du Registre Municipal des Habitants de la ville de sa résidence (en l'espèce, Madrid). Ceci ressort de l'Arrêt du Juge de l'état Civil de Madrid du 20 novembre 1997, ordonnant d'inscrire le transfert de la résidence en Espagne sur la foi du fichage au recensement municipal des habitants de Madrid que M. Pey a produit auprès du Registre la veille du dépôt de la Requête arbitrale²⁹¹.

Les certifications de ces inscriptions au fichage du recensement Municipal des Habitants de Madrid figurent aux pièces N° 7 et 8 annexes à la **Requête** d'arbitrage du 7.11.1997.

En ce qui concerne l'acquisition du domicile, le Registre compétent pour établir l'acte correspondant est le Registre Municipal des Habitants. Par contre, pour l'acquisition de la nationalité le Registre compétent est le Registre de l'état Civil.

Aux effets prévus à l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Double Nationalité, le transport du domicile de M. Pey à Madrid requiert l'inscription au Registre de l'état Civil de l'acte susceptible d'attester ce fait. Elle est pratiquée sur foi de la certification²⁹² délivrée par le Registre Municipal des Habitants attestant qu'y avait été inscrite, par acte daté du 4 juin 1974, la volonté (*animus*) de M. Pey d'établir son domicile à Madrid.

²⁹⁰ Le Registre de l'état Civil des Consulats d'Espagne fait partie du Registre de l'état Civil espagnol, en conformité des arts. N° 10 et 15 de la Loi du Registre de l'état Civil. **Art. 10** : « *Le Registre de l'état Civil se compose :1° Des Registres Municipaux, dont est chargé le Juge de District, assisté du Secrétaire, sous réserve de ce que dispose l'article suivant.2° Des Registres Consulaires, dont sont chargés le Consuls d'Espagne à l'étranger,3° Du Registre Central, dont est chargé un fonctionnaire de la Direction Générale.* ». **Art. 15** : « *Au Registre il sera fait état des faits susceptibles d'inscription qui touchent les Espagnols et ceux survenus en territoire espagnol, même s'ils touchent des étrangers. Dans tous les cas seront inscrits les fait survenus hors d'Espagne, lorsque les inscriptions correspondantes doivent servir de base à des inscriptions marginales exigée par le Droit espagnol.* »

²⁹¹ Pièce C10

²⁹² La certification figure aux pièces numéro 7 et 8 annexes à la **Requête** d'arbitrage du 7.11.1997.

Selon l'art. 5 de la Convention de Double nationalité hispano-chilienne, le Registre de l'état Civil compétent est celui du lieu de naissance de M. Pey (Madrid)²⁹³. Effectivement, le Juge après avoir étudié les preuves produites par M. Pey le 6 novembre 1997, a ordonné qu'il soit inscrit en marge de son acte de naissance que

*« l'intéressé a transporté sa résidence habituelle dans cette ville de Madrid, à la date du 4 juin 1974 ; selon ce qui a été justifié par certificat de fichage au recensement. Et cela dans les termes et aux effets prévus à l'article 4°, paragraphe second de la Convention visée sur la Double Nationalité.»*²⁹⁴.

Ainsi, même selon la CDN du 24.05.1958, le domicile légal de M. Pey est donc en Espagne depuis le 4 juin 1974.

Le professeur de Droit Civil espagnol M. Federico de Castro avait confirmé en 1970²⁹⁵ la valeur “simplement informative” d'une note (“nota”) inscrite en marge de l'inscription de la naissance, d'après l'art. 38 de la Loi espagnole du Registre de l'état Civil²⁹⁶. Or, c'est justement au moyen d'une “nota marginal”, en marge de l'inscription de la naissance de M. Pey, que le Juge du Registre de l'état Civil espagnol a statué, le 20 novembre 1997, qu'il convenait d'enregistrer le fait que M. Pey avait installé son domicile en Espagne le 4 juin 1974, aux effets de l'art. 4, paragraphe 2, de la Convention de double nationalité entre l'Espagne et le Chili.²⁹⁷

La valeur de l'inscription au Registre de l'état Civil du changement de domicile est donc simplement informative et nullement constitutive. Par contre, l'inscription de ce changement de domicile a une valeur constitutive si elle a lieu au Registre Municipal des Habitants. Et c'est en vertu du fait que M. Pey a produit la preuve de cette inscription au Registre Municipal des Habitants de Madrid, que le Consul d'Espagne a inscrit le 5 février 1997, dans le Registre de l'état Civil Consulaire, que M. Pey avait « *transféré sa résidence en Espagne* ».

²⁹³ Art. 27 de la Loi espagnole du Registre de l'état Civil: “Le Responsable du registre compétent assurera l'examen pour acceptation des faits dont l'inscription est demandée, au moyen de ce qui ressort des déclarations et des documents présentes, voire du Registre lui même.”

²⁹⁴ Voir pièces C10 et C93.

²⁹⁵ Compendio de Derecho Civil, Madrid 1970, pág. 315.

²⁹⁶ Loi espagnole du Registre de l'état Civil. Art. 38 « *À la demande du Ministère Public ou de tout autre intéressé il sera annoté, avec simple valeur informative et en y faisant figurer les circonstances utiles : Premièrement, la procédure judiciaire ou gouvernementale introduite pouvant affecter le contenu du Registre. Deuxièmement, le fait dont l'inscription ne peut être pratiquée n'étant pas légalement accréditée quant à l'un de ses points. Troisièmement, Le fait relatif à des espagnols ou survenu en Espagne et affectant l'état civil selon la loi étrangère. Quatrièmement, L'arrêt ou la décision étrangère affectant également l'état civil, dans la mesure où ne serait pas obtenu « l'exequatur ». Cinquièmement, L'arrêt ou la décision canonique dont l'exécution, quant à ses effets civils, n'aurait pas encore été statué par le Tribunal correspondant. Sixièmement, Et les autres faits dont l'annotation est permise par la Loi ou le Règlement . En aucun cas les annotations ne constitueront la preuve que fournit l'inscription. »*

²⁹⁷ Pièce C10.

Les inscriptions constitutives au Registre espagnol de l'état Civil sont l'exception. Elles sont exclusivement les suivantes, d'après l'expert M. Diez del Corral²⁹⁸:

- l'acquisition survenue de la nationalité espagnole²⁹⁹;
- les déclarations sur l'appartenance à un « voisinage » (*vecindad*) civil. En Droit espagnol la « *vecindad* » est un concept différent de celui de « domicile »³⁰⁰, à telle enseigne que le « voisinage » a accès au Registre de l'état Civil mais pas le « domicile », si ce n'est que par la voie dudit art. 38 et donc à titre « simplement informatif » ;
- les autorisations gouvernementales pour changer les prénoms et les noms.³⁰¹

Les inscriptions aux Registres de l'état Civil de l'établissement du domicile à Madrid de M. Pey n'ont pas une valeur constitutive mais informative

La délégation du Chili avait prétendu que si le Registre de l'état Civil ne notifiait pas au Consulat du Chili le changement de domicile de M. Pey cela signifierait que ce changement n'avait pas produit d'effets légaux.³⁰² Elle a tort, l'inscription dans ce Registre n'a pas d'effets constitutifs, ni dans le cadre de la Convention du 24.05.1956³⁰³ ni en général.

Dans le cas d'espèce l'inscription de cet acte du 4 juin 1974 au Registre de l'état Civil du Consulat à Santiago est datée du 5 février 1997³⁰⁴, et celle au Registre de l'état Civil de Madrid le 20 novembre 1997³⁰⁵.

Date d'effet des inscriptions aux Registres espagnols

Au Registre de l'état Civil

Quelle est la date d'effet de l'inscription au Registre de l'état Civil consulaire à Santiago, et à celui de Madrid, de l'acte qui a eu lieu le 4 juin 1974 au Registre Municipal des Habitants?

²⁹⁸ DIEZ DEL CORRAL (J.): Lecciones prácticas sobre Registro Civil, Madrid, Colegios Notariales de España, 1993, p.18.

²⁹⁹ Arts. 330, 23 et 26 du Code Civil; arts. 224 et 226 du Règlement du Registre de l'état Civil – R.R.C.

³⁰⁰ Art. 14 du Code Civil et art. 226 du R.R.C.

³⁰¹ Art. 62 de la Loi du Registre de l'état Civil et art. 218 du R.R.C.

³⁰² Mémoire d'incompétence : pp. 1.2.3.2; 1.2.3.3; Réplique: pp. 1.2.2

³⁰³ Cf. C91: Virgos Soriano (M.): “Nationality and Double Nationality Principles in Spanish Private International Law System”, in Nation und Staat im Internationales Privatrecht, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990, page 248. Le prof. Virgós constate, plus loin que la solution peut être différente dans la Convention avec l'Équateur, Costa Rica et la République Dominicaine. Vid. la Convention de double nationalité entre l'Espagne et l'Équateur dans la pièce C91, *in fine*, art. 4.

³⁰⁴ Pièce C22.

³⁰⁵ Pièce C10.

Puisque l'acquisition de « domicile » n'a pas accès au Registre de l'état Civil, la réponse à cette question doit être cherchée, par analogie, dans l'art. N° 64 de la Loi du Registre de l'état Civil (L.R.C.) espagnol, du 8 juin 1957³⁰⁶, qui est la norme régissant les changements de nationalité ou d'appartenance à un « voisinage » (voire dans la pièce C150 ci-jointe la traduction des articles concernés):

« A défaut de dispositions spéciales, le fonctionnaire compétent pour recevoir les déclarations de conservation ou de modification de la nationalité ou du domicile est celui-là même que définissent les règles relatives à l'option [en vue d'acquérir] la nationalité.

« Lorsque ledit fonctionnaire n'est pas chargé du Registre où est inscrit l'acte de naissance, il dressera acte portant les données exigées pour l'inscription et les remettra au Registre compétent pour pratiquer l'inscription marginale correspondante.

*« Il sera considérée que la date de l'inscription à partir de laquelle ces déclarations produiront leurs effets est celle de l'acte dont il sera fait état dans ladite entrée »*³⁰⁷

Donc conformément à l'art. 64 de la L.R.C., la date d'effet de l'inscription au *Registro Civil* de l'établissement de domicile est celle où a été parfait l'**acte** par lequel l'intéressé a rempli les formalités requises pour sa validité (manifester son « *animus* » de s'inscrire au *Registro Municipal des Habitants* (Padrón Municipal) de son nouveau domicile), et le fonctionnaire public compétent a établi le **certificat de son fichage au recensement**. C'est à dire le 4 juin 1974. Telle est en effet la date de l'acte de volonté formulé par M. Pey d'établir son domicile à Madrid³⁰⁸ et dont a pris **acte** le fonctionnaire du *Registro Municipal des Habitants*³⁰⁹.

Rappelons-le, l'inscription au Registre de l'état Civil de cet établissement de domicile légal a valeur « simplement informative » (art. 38 de la L.R.C.).

Au Registre Municipal des Habitants

Par contre, l'inscription au Registre Municipal des Habitants de l'acte de volonté d'établir son domicile, dont fait état l'**acte** du 4 juin 1974, a une valeur constitutive. C'est l'acte de l' »*animus* » qui produit des effets constitutifs, dès le moment qu'il en a été pris **acte** dans le *Registro* compétent.

Dans le cas d'espèce, il s'agit de l'acte de volonté de M. Pey d'établir son domicile à Madrid, dont le *Registro Municipal des Habitants* a pris acte, aux effets constitutifs, le 4 juin 1974, et le *Registre de l'état Civil* consulaire le 5 février 1997 --aux effets informatifs

³⁰⁶ Le texte de la Loi espagnole figure à la pièce C97.

³⁰⁷ « *Se considera fecha de la inscripción, a partir de la cual surten sus efectos declaraciones, la del acta que constará en dicho asiento ».*

³⁰⁸ Pièce C14.

³⁰⁹ Pièce C10.

du domicile légal-- et le Registre de l'état Civil de Madrid, aux mêmes effets informatifs, le 20 novembre 1997.

Que la date d'effet de l'acte de volonté, exprimé auprès du Registre compétent pour établir son domicile, est celle de l'**acte** inscrit, et que la date de l'**acte** soit la seule qui ait des effets constitutifs, est confirmé par la Jurisprudence portant sur l'acquisition de la « nationalité » (il n'y en a pas pour ce qui concerne le « domicile », ce dernier n'a pas accès au Registre de l'état Civil si ce n'est aux effets informatifs indiqués). Il est incontestable que l'inscription de l'**acte** d'acquisition de la nationalité au Registre de l'état Civil a des effets constitutifs³¹⁰.

L'analogie avec l'acquisition de la nationalité

En effet, cette acquisition de la nationalité a lieu en trois étapes³¹¹ :

- a) L'acte comportant le serment relatif à la nationalité espagnole par-devant le fonctionnaire prévu dans le texte à cet effet³¹²,
- b) l'examen pour acceptation de cet acte par le Juge du *Registro Civil*, qui doit statuer conformément à la Loi³¹³,
- c) l'inscription dans une mention correspondant à l'étape a) au *Registro Civil*³¹⁴, en exécution de l'Arrêt du Juge du *Registro*.

L'art. 229 de l'Ordonnace du Registre de l'état Civil (R.R.G.) prévoit que les étapes a), b) et c) peuvent ne pas être immédiates dans le temps « *lorsque le Registre compétent se trouve dans une autre ville ou par n'importe quel obstacle de fait* ».

La jurisprudence espagnole est catégorique à cet égard : une fois accomplie l'étape c) ses effets rétroagissent jusqu'à la date de l'acte a). Car l'on considère que c'est lors de la manifestation de volonté de l'acte a) que

« *le bénéficiaire de l'acquisition de la nationalité a accompli l'acte fondamental exigé de lui, et parce que c'est ce qui se déduit aisément de l'art. 64 de la LRC et des arts. 224 et 229 de l'Ordonnance du R.C.* »³¹⁵

³¹⁰ Voir les articles 224 et 226 du Règlement du Registre de l'état Civil, et les articles 23, 26 et 300 du Code Civil.

³¹¹ Art. 64 L.R.C.

³¹² Art. 224 du *Reglamento* (Ordonnance) du Registre de l'état Civil, désormais R.R.C.

³¹³ Art. 27 L.C.R.

³¹⁴ Art. 229 du R.R.C.

³¹⁵ Décisions de la Direction Générale des Registres et du Notariat du 5 septembre 1994 (RJ 1994\7646), pièce ci-jointe C151, et du 18 septembre 1993 (RJ 1993\6680), pièce ci-jointe C152.

L’inscription d’un fait impérativement constitutif comme l’est l’inscription de l’acquisition de la nationalité espagnole, rétroagit quant à ses effets jusqu’à la date de la manifestation de la volonté d’acquérir la nationalité (art. 64 de la L.R.C.).

Les arts. 64 et 66 de la L.R.C. figurent dans le même sous-chapitre de la Loi du *Registro Civil* : « *Nationalité et voisinage civil* ».

Le transfert du domicile conformément à l’art. 4 de la Convention de Double Nationalité et à l’art. 64 de la Loi du Registre de l’état Civil se fait aussi en Espagne en trois étapes :

- a. le **certificat de fichage au recensement** de la Municipalité pertinente,³¹⁶
- b. l’examen pour acceptation par le Juge du *Registro Civil* de l’acte a) et du reste du dossier (art. 27 L.C.R.),
- c. l’inscription de la mention [asiento] correspondant à l’acte a) en exécution de l’Arrêt du Juge du Registre de l’état Civil³¹⁷.

L’inscription au *Registro Civil* du changement de domicile (art. 66 L.R.C. et art. 4 de la Convention de Double Nationalité) prend effets, conformément à l’art. 64 L.C.R. *in fine*, à la date où le fonctionnaire de la Municipalité de Madrid a établi l’acte manifestant la volonté de M. Pey d’y transférer son domicile (i.e., l’**acte** du 4 juin 1974 d’inscription au Registre du Fichier des habitants de Madrid).

L’analogie avec la déclaration d’option en vue d’acquérir la nationalité espagnole

Un autre exemple d’effet rétroactif d’une inscription est fourni par la déclaration d’option en vue d’acquérir la nationalité espagnole. L’art. 230 du Règlement concernant le Registre de l’État Civil établit:

« *A l’étranger, là où il n’y aurait pas d’Agent Diplomatique ou Consulaire espagnol, la déclaration d’option [en vue d’acquérir] la nationalité pourra être formulée dans un document dûment authentifié adressé au Ministre espagnol des Affaires Extérieures, lequel, en communiquant la date de remise audit Ministère, assurera le transfert, par l’intermédiaire du Ministère de la Justice, au Registre compétent pour [recevoir] l’inscription.*

« *Sera considérée date de l’inscription, à partir de laquelle cette option produira ses effets, celle de la remise au Ministère des Affaires Extérieures qui figurera dans ladite entrée* ».

³¹⁶ Ce certificat est reproduit dans les docs. N° 7 et 8 de la **Requête**

³¹⁷ Ces pièces ont été produites aux docs. n° C22 et C10.

Voir ci-joint les Décisions de la Direction Générale des Registres et du Notariat du 3 janvier 1997 (pièce C153) et du 9 juin 1999 (pièce C154).

La Jurisprudence et la Doctrine Espagnoles

En ce qui concerne la Jurisprudence et la doctrine espagnoles à l'égard de l'art. 64.3 L.R.C. on peut lire dans les Commentaires du Code Civil sous la direction du prof. ALBADALEJO³¹⁸, que les circonstances dans lesquelles est appliqué l'art. 64 L.R.C. sont également celles qui conviennent à la détermination du statut personnel découlant de l'inscription de l'acte de changement de domicile prévu à l'art. 66 de la L.R.C. et à l'art. 4 de la Convention de Double Nationalité du 24 mai 1958:

« L'intéressé peut-il également formuler les déclarations dans le Registre dans le territoire ou le ressort duquel il a une « simple » résidence (encore que le lieu de son domicile soit ailleurs ?

*Les termes de l'article 2 du Règlement du Registre de l'état Civil n'excluent pas cette possibilité ; elle n'était pas exclue non plus par l'article 18 du Code Civil dans sa version qui avait cours au moment de l'entrée en vigueur de la Loi relative au Registre de l'état Civil (cf. R. du 31 août 1972). Depuis la Loi 51/1982 il est de fait que l'on exigeait que la déclaration d'option [pour la nationalité] soit formulée « devant le Responsable du Registre [de l'état] Civil du domicile de l'intéressé » (cf. Art. 20.I, C.C., selon la version contenue dans la Loi 51/1982). Toute référence au Responsable ayant été supprimée du Code, c'est la solution non restrictive qui doit prévaloir. Il ne doit pas être mis d'obstacle formel qui, sans raison sérieuse, aboutirait à priver d'efficacité une décision d'une aussi grande importance dans [la détermination de] l'état civil de l'intéressé et qui, peut [même] avoir été adoptée alors que la personne était sur le point de décéder (**et voulait mourir en étant espagnol, ou soumis à un statut personnel déterminé auquel elle a droit**), ou alors que le délai de déclaration était sur le point d'expirer. Cette solution est expressément acceptée dans les Rs. du 12 janvier et du 11 juin 1996 (...).*

« III. DATE À LAQUELLE PRODUISENT LEURS EFFETS LA DÉCLARATION ET L'INSCRIPTION

*Lorsque la déclaration cause l'acquisition (ou la réacquisition) de la nationalité espagnole (exercice du droit d'opter, exercice du droit d'acquisition conféré par l'octroi pour résidence, ou une lettre de naturalisation, exercice du droit de récupération), cause l'acquisition du voisinage civil, cette acquisition de la nationalité ou du voisinage civil a seulement lieu si l'inscription est effectuée. Les effets –s'opposant à l'acquisition automatique d'un autre voisinage civil pour résidence- qu'entraîne la déclaration d'après laquelle on souhaite conserver le voisinage civil dont on jouit à ce moment, se produisent, eux aussi, si l'inscription est effectuée. Mais dans tous les cas auxquels il est fait référence, et où les formalités de déclaration correspondantes se dédoublent en deux étapes, **acte et inscription**, les effets de l'acquisition de la déclaration de conservation, rétroagissent à date et à l'heure déterminés par l'antériorité : la date et l'heure de*

³¹⁸ *Op. cit.*, vid le chapitre sur l'art. 64 de la L.R.C. 1996, T.IV, Vol. 3^o, pp. 706-707.

l'acte ou de la remise du document authentique (cf. Arts. 64.III L.R.C. et 227 et 230 R.R.C.).

La rétroaction des effets opère dans ces cas, y compris quand l'intéressé serait décédé entre le moment de l'acte et celui où l'inscription a été effectuée. Et elle opère à tous les effets et, par conséquent, également en faveur des enfants du déclarant : nationalité d'origine et voisinage civil des enfants nés durant la période de rétroaction : droit d'option aux enfants qui sortent de la puissance paternelle durant la période de rétroaction. Entre la date de l'acte ou de la remise et l'exécution de l'inscription il s'écoule une période d'incertitude, qui s'achève seulement quand le Responsable compétent (celui du Registre) –ou une voie de recours- estime qu'il y a lieu à inscription et que celle-ci a été effectivement pratiquée. Dans la mesure où il y a rétroaction des effets il y a eu une acquisition de nationalité qui n'était pas attestée au Registre (comme il arrive souvent pour d'autres faits modificatifs de l'état civil), avec les effets que cela peut avoir vis à vis des tiers. »

L'Arrêt du Juge du Registre Unique de l'état Civil de Madrid du 20 novembre 1997

En l'espèce le Juge du Registre Unique de l'état Civil de Madrid a agi en conformité de l'art. 64.3 de la Loi du Registre de l'état Civil le 20 novembre 1997, décidant de l'inscription dans le *Livre de la Section Nationalité*, du *certificat de fichage au recensement* de la Ville de Madrid portant date du 4 juin 1974, par lequel M. Pey a établi son domicile légal en Espagne « aux effets prévus à l'art. 4, par. second, de la Convention visée sur la Double Nationalité », et que cette inscription soit pratiquée en même temps que l'inscription de son adhésion à la CDN le 11 décembre 1958:

« A la suite des faits portés à ma connaissance et vu le contenu de la requête formulée, ainsi que l'ensemble des documents fournis, dans les démarches de qualification en matière de registre prévues à l'article 27 de la Loi sur le Registre [de l'état] Civil, il est résolu:

a/ d'enregistrer la demande et les documents dans le Livre correspondant de la Section Nationalité du présent Registre Unique [de l'état] Civil de Madrid.

b/ de procéder, dans l'acte de naissance de M. Victor Pey Casado, figurant à ce Registre Unique [de l'état] Civil de Madrid, à une inscription marginale visant l'acquisition, par l'intéressé, de la nationalité chilienne en vertu d'une Carte de Naturalisation; il est suffisamment accrédité que cette circonstance s'est produite à la date du 11 décembre 1958, dans le cadre de la Convention sur la Double Nationalité entre l'Espagne et le Chili, en date du 24 mai, ratifiée par Instrument en date du 28 octobre 1958.

c/ d'établir en marge, dans la même inscription de naissance, une note relative au fait que l'intéressé a transporté sa résidence habituelle dans cette ville de Madrid, à la date du 4 juin 1974; selon ce qui a été justifié par certificat de fichage au recensement. Et, cela dans les termes et avec les effets prévus à l'article 4°, paragraphe second de la Convention visée sur la Double Nationalité. »

Les effets de cette inscription sont rétroactifs jusqu'à la date de l'**acte** de l'inscription de M. Victor Pey au Registre des Habitants de la Ville de Madrid (arts. 64 et 66 de la Loi du Registre de l'état Civil).

L'Arrêt du 20 novembre 1997 du Juge du Registre espagnol indique que M. Pey a établi son domicile légal en Espagne depuis le 4 juin 1974. Par conséquent M. Pey, entré en Espagne pour des causes et dans des circonstances incompatibles avec les droits dont il bénéficiait aux termes de la CDN, a été amené à faire valoir sa nationalité espagnole en dehors des conditions prévues par cette Convention.

VII

M. PEY A RENONCÉ A LA NATIONALITE CHILIENNE

À titre subsidiaire, pour le cas où le Tribunal considérerait que M. Pey a pu conserver après le 11 septembre à son insu les bénéfices de la Convention de Double Nationalité, il y avait renoncé avant les dates établies à l'art. 25 de la Convention de Washington.

La Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002 affirme au **point 63**:

« 63. Selon le demandeur, les faits précédents démontreraient que le Chili a reconnu sa renonciation à la nationalité chilienne en date du 10 décembre 1996. En revanche, la Partie défenderesse soutient qu'il ne peut être conclu sur la base de ces documents que M. Victor Pey Casado a cessé d'être chilien car la « la nationalité chilienne ne se perd pas par renonciation », et qu'une telle renonciation, pour autant qu'elle fut établie et acceptée, serait inconstitutionnelle, nulle et de nul effet. »[Souligné par nous]

Par ailleurs, le Tribunal Arbitral s'interrogeait au **point 110** sur la possibilité d'une telle renonciation.

VII.1

La renonciation à la nationalité chilienne est conforme à la Constitution du Chili, et elle peut découler du libre choix de l'intéressé, d'après la Cour Suprême du Chili

Tout ressortissant chilien, qu'ils le soit d'origine ou par naturalisation, a le droit de renoncer à la nationalité du Chili, en conformité du Droit interne et du Droit International. Cette renonciation est une pratique normale et usuelle au Chili, reconnue d'une manière constante par la Jurisprudence de la Cour Suprême du Chili, comme on le démontrera ci-dessous.

La défenderesse confond la notion de « perte », visée par l'art. N° 11 de la Constitution chilienne³¹⁹, prise au sens d'une rupture du lien juridique qu'est la nationalité comportant une intervention des Autorités, ou l'effet automatique de certaines dispositions légales, avec la notion d'abandon entièrement volontaire, qui ne relève que du libre choix de l'intéressé, et qui est régi par de tout autres considérations.

Cette confusion est très précisément stigmatisée par l'Arrêt de la Cour Suprême du 13 juin 2001 (qui confirme l'Arrêt de la Cour d'Appel de Valparaiso du 2 avril 2001)³²⁰. La Cour s'adresse en termes catégoriques aux Autorités qui, entretenant cette confusion, avaient refusé de reconnaître la renonciation à la nationalité chilienne effectuée d'un chilien par naturalisation.

³¹⁹ Pièce annexe N° 6 à la communication adressée par les demanderesses au Centre le 28.08.1998.

³²⁰ Pièce C95.

Les objections de la République du Chili n'ont donc strictement rien à voir avec la renonciation de M. Pey, mise en œuvre de sa propre volonté. Au demeurant, dans le cas de M. Pey, cette renonciation n'opérait qu'au plan des repérages administratifs. Il s'agissait en effet de l'unique moyen à sa portée pour que ces repérages –simple hysterèse, si l'on nous permet cette métaphore, du statut aboli—puissent entrer dans le processus légal existant aux fins de leur élimination.

Cette renonciation ne saurait en aucun cas constituer une revendication de la nationalité chilienne... à seule fin de s'en défaire, comme la travestit la République du Chili lorsqu'elle affirme cyniquement : « *on ne peut renoncer qu'à ce qu'on possède* ».

Cette dernière doit comprendre qu'une nationalité est tout autre chose qu'un ensemble de repérages administratifs maintenus par inertie et **qu'il est, au contraire, indispensable de faire acte de renonciation à ce que l'on ne possède plus lorsque c'est la seule façon de se débarrasser des marques dépassées que cette inertie entretient**, surtout si ces dernières sont converties en instruments de contrainte qui en pervertissent la portée.

Tels sont le sens et la raison d'être, aux yeux de M. Pey, des différentes déclarations à cet effet. Nous ne répéterons pas ces considérations à chaque fois qu'il sera traité de renonciation à la double nationalité conventionnelle.

Conformément à la Constitution du Chili, peuvent renoncer volontairement à la nationalité chilienne :

- les chiliens d'origine :

voir les Arrêts de la Cour Suprême des 19 janvier 2001 (pièce C94) et 31 octobre 1989 (pièce C92) ;

- les chiliens par naturalisation :

voir les Arrêts de la Cour Suprême des

1. 19 mars 1993 : un ressortissant allemand d'origine et chilien par naturalisation depuis le 28 août 1951, récupérait en 1973 sa nationalité d'origine en déclarant formellement qu'il ne renonçait pas pour autant à la nationalité chilienne. Le Registre chilien de l'état Civil a inscrit qu'il avait perdu la nationalité chilienne du fait d'avoir acquis une autre nationalité. En 1993 on lui refuse le passeport chilien. La Cour Suprême ordonne de le lui délivrer du fait qu'il a démontré qu'il n'avait pas renoncé à la nationalité chilienne en 1973 (pièce ci-jointe C155) ;
2. 13 juin 2001 (pièce C95), qui confirme celui du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso ;

- les Chiliens qui acquièrent la nationalité d'un État tiers :
voir les Arrêts de la Cour Suprême des 19 janvier 2001 (pièce C94), 13 juin 2001 (pièce C95), qui confirme celui du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso, et 31 octobre 1989 (pièce C92) ;
- les chiliens par naturalisation qui souhaitent la pleine jouissance de leur nationalité d'origine :
voir les Arrêts de la Cour Suprême des 13 juin 2001 (pièce C95), qui confirme celui du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso et dont il sera question ci-après ainsi que de l'Arrêt du 19 mars 1993 (pièce ci-jointe C155).

On remarquera que dans cette Arrêt la Cour a eu à statuer sur la thèse même que la défenderesse a soutenu dans la présente procédure arbitrale, à savoir qu'un chilien par naturalisation ne pourrait pas renoncer à la nationalité chilienne. La Cour a rejeté cette prétention d'une manière catégorique.

Par conséquent, un ressortissant chilien, qu'il le soit d'origine ou par naturalisation :

1. n'est pas forcé de conserver la nationalité chilienne lorsqu'il en acquiert une autre :

voir les Arrêts de la Cour Suprême des 19 janvier 2001 (pièce C94) ; 31 octobre 1989 (pièce ci-jointe C92) ; 13 juin 2001 (pièce C95), qui confirme celui du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso ; et du 8 janvier 1993 (pièce ci-jointe N° C149) : dans lequel M. Schidłowski avait renoncé à sa nationalité chilienne avant d'acquérir la nationalité des EE. UU.

n'est pas forcé de renoncer à la nationalité chilienne lorsqu'il en acquiert une autre :

voir les Arrêts de la Cour Suprême des 19 mars 1993 (pièce C149) ; 31 octobre 1989 (pièce C92) ; et 25 juillet 1998 (pièce ci-jointe C147).

1. est libre de choisir s'il renonce ou s'il ne renonce pas à la nationalité chilienne lorsqu'il en acquiert une autre :
voir les Arrêts de la Cour Suprême des

- a. 19 janvier 2001: un chilien d'origine prend la nationalité argentine le 17 mars 1994, sans renoncer à la chilienne. Les Autorités du Chili inscrivent en marge de son acte de naissance qu'il a perdu la nationalité chilienne du fait d'avoir acquis celle de l'Argentine. La Cour ordonne au Registre de l'état Civil de faire état qu'il n'a pas

- perdu la nationalité chilienne du fait d'avoir acquis celle de l'Argentine (pièce C94) ;
- b. 13 juin 2001 (pièce C95), qui confirme celui du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso ;
 - c. 31 octobre 1989 (pièce C92).

2. ne perd pas automatiquement la nationalité chilienne lorsqu'il acquiert la nationalité d'un autre pays s'il ne renonce pas à la nationalité chilienne. Cette renonciation à la nationalité chilienne est facultative :

voir l'Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 19 janvier 2001 (pièce C94).

VII.2

Renonciation de M. Pey à la double nationalité avant de consentir à l'arbitrage conformément à l'article 5 de la Convention sur la Double Nationalité

La Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002 affirme au **point 59**:

« 59. Le 18 avril 1997, le directeur des affaires juridiques du Ministère des affaires extérieures de l'Espagne a écrit au représentant de Victor Pey Casado aux fins de savoir si le demandeur avait ou non perdu la nationalité chilienne. Dans sa réponse du 7 du mai 1997, le représentant de M. Victor Pey Casado a indiqué que celui-ci avait perdu la nationalité « effective ou prépondérante » chilienne le 11 de septembre 1973 en raison du fait que le Chili avait adopté des mesures destinées à le priver des effets de sa nationalité chilienne. Par communication du 22 mai 1997, le directeur des affaires juridiques du Ministère des affaires extérieures de l'Espagne a répondu que la Direction générale n'avait « aucune objection à formuler » et que cette information serait traitée confidentiellement. Le demandeur a tiré argument de cette communication pour en conclure qu'à compter de cette date, les autorités espagnoles avaient pris acte du fait que Victor Pey Casado possédait exclusivement la nationalité espagnole. »

C'est là un fait dont les autorités espagnoles aussi bien que les autorités chiliennes ont pris acte, en vertu de la décision du Directeur des Affaires Juridiques et Consulaires du Ministère des Affaires Extérieures du 22 mai 1997.

La preuve en est fournie dans les pièces C24 à C26. C'est en vertu de cette décision du 22 mai 1997 que la Direction des Affaires Juridiques et Consulaires du Ministère des Affaires Extérieures a ordonné à l'Ambassade d'Espagne à Santiago d'adresser la Note Verbale du 7 juillet 1998 au Ministre chilien de AA. EE. « afin que les autorités auxquelles cela incombe prennent note (...) de la 'perte de la nationalité chilienne' par M. Pey ».³²¹

³²¹ Pièce C24.

Deux semaines après, le 24 juillet 1998 le Ministère chilien des AA.EE. a communiqué au Registre chilien de l'état Civil que « *M. Pey a renoncé à la nationalité chilienne en vertu (...) de l'art. 5 de la Convention sur la Double Nationalité entre le Chili et l'Espagne* »³²². Le 4 août 1998 le Registre a inscrit sur la fiche signalétique de M. Pey la mention suivante :

« Monsieur Victor Pey Casado a renoncé à la nationalité chilienne, par conséquent la nationalité de M. Pey est étrangère. »³²³

Le 16 septembre 1997 M. Pey avait indiqué au Consul d'Espagne à Mendoza (Argentine) :

*« Pour ne laisser place à aucun doute à cet égard, je déclare que la communication du 10 décembre 1996 (...) doit s'entendre de la façon qui convienne le mieux en Droit aux fins auxquelles elle a été présentée, y compris comme preuve de ma renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle à la nationalité chilienne, ce que j'affirme et à quoi je souscris de nouveau par le présent acte (...). »*³²⁴

VII.3

La renonciation est en conformité avec la Convention du 25 mai 1958

La renonciation de M. Pey à la double nationalité chilienne a été notifiée par les Autorités espagnoles à celles du Chili par Note Verbale du 7 juillet 1998.³²⁵ Le 24 juillet 1998 le Ministère chilien des AA. EE. a émis l'Ordre N° 013797 suivant (voir la pièce N° 11 annexe à la Réplique de la défenderesse du 27.12.1999):

**« RR.EE. (DIPOC-
ASELEC) OF.ORD.N°613797**

**OBJET: Renonciation à la nationalité chilienne
REF. Art.5^o de la Convention de Double
Nationalité souscrite entre le Chili et l'Espagne.**

Pièce annexe jointe

SANTIAGO 24 JUILLET 1998

**Du: DIRECTEUR DE LA POLITIQUE CONSULAIRE ET DE
L'IMMIGRATION
À: MME. LA DIRECTRICE DU REGISTRE [DE L'ÉTAT] CIVIL ET DE
L'IDENTITÉ**

³²² Pièce N° 11 annexe à la Réplique de la défenderesse du 27.12.1999.

³²³ La fiche signalétique de M. Pey n'a été produite par le Chili qu'après la clôture des procédures écrites et orales le 5 mai 2000, malgré la demande réitéré des demanderesses de la produire avant la clôture et de lui permettre de connaître son contenu (**Réplique** du 7.02.2000, point I.2.3.(b) ; communication au Centre du 16 mai 2000.)

³²⁴ Pièce C40

³²⁵ Voir les pièces C23 à C26.

1.- De la note Verbale jointe provenant de l'Ambassade d'Espagne au Chili et des éléments annexés il découle que M. VÍCTOR PEY CASADO a renoncé à la nationalité chilienne en vertu du texte normatif évoqué en rubrique.

2.- En conséquence, sauf meilleur avis de Votre part, il conviendrait de prendre les mesures pour que soient pratiquées les inscriptions auxquelles il y aurait lieu et qui rendent compte de ladite renonciation.

En vous transmettant mes salutations

[Signature]

[tampon]

MARIO CADEMARTORI INVERNIZZI

Ministère aux Affaires Étrangères

Ministre conseiller

Direction de la Politique Consulaire **Directeur de la Politique Consulaire et de l'Immigration**

JVS/psh

DISTRIBUTION

1.- REGISTRE DE L'ÉTAT CIVIL, c/annexes

2.- .RR.EE. (ARCHIGRAL)

3.-.RR.EE. (DIPLOC-ASELEC), arch. »

On remarquera ici que les Autorités du Chili et de l'Espagne appliquent la Convention de Double Nationalité du 24 mai 1958 dans les mêmes termes, c'est à dire que celle-ci permet de renoncer à la nationalité conventionnelle.³²⁶

Quatre jours après le Registre chilien de l'état Civil inscrivait sur la fiche signalétique de M. Pey que celui-ci

« A RENONCÉ À LA NATIONALITÉ CHILIENNE, PAR CONSÉQUENT LA NATIONALITÉ DE MONSIEUR PEY EST ÉTRANGÈRE. »³²⁷

La compétence de la Direction de la Politique Consulaire du Ministère des AA. EE. a été confirmée par la Cour Suprême

Il ne fait aucun doute que la Direction de la Politique Consulaire et de l'Immigration du Ministère des AA. EE. a agi en l'espèce en accord avec la Constitution chilienne et avec sa compétence fonctionnelle. Voir à ce propos

- le Considérant 5(a) de l'Arrêt de la Cour Suprême du 31 octobre 1989 (pièce C92),
- attendu de l'Arrêt de la Cour Suprême du 25 juillet 1988 (pièce ci-jointe C147),
- le Considérant 1° (e) de l'Arrêt de la Cour Suprême du 8 janvier 1993 (pièce ci-joint C149),

³²⁶ Voir pièce C29 la Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat, du 27 février 1979.

³²⁷ La version française de la fiche signalétique figure en annexe à la communication au Centre du 3 décembre 2001. Celle produite par la défenderesse est incomplète et altère le sens de la partie produite.

- le Considérant 3^o de l'Arrêt de la Cour Suprême du 19 janvier 2001 (pièce C94).

VII.4

La renonciation à la nationalité chilienne prend effet à la date où a eu lieu l'acte de manifestation de la volonté d'y renoncer.

L'inscription de la perte de la nationalité au Registre de l'état Civil a des effets seulement informatifs. Elle n'est en aucun cas constitutive.

La date d'effet de la renonciation ou de la perte de la nationalité chilienne est celle du fait génératrice étranger au Registre, et non celle de son inscription à ce dernier.

La jurisprudence constante de la Cour Suprême du Chili démontre que ce que la délégation du Chili affirme depuis cinq ans est erroné. Ceci ressort des Arrêts de la Cour Suprême du Chili des

- a. 13 juin 2001: (pièce C95), qui confirme celui du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso : un ressortissant chilien par naturalisation avait renoncé à la nationalité chilienne le 2 mai 1994 et il a récupéré sa nationalité d'origine le 21 octobre 1994 ; le 28 mars 2001 les Autorités du Chili refusent d'inscrire la perte de la nationalité chilienne, elles prétendent que la Constitution interdit à un chilien par naturalisation de renoncer à la nationalité chilienne. La Cour Suprême ordonne d'inscrire au Registre la perte de la nationalité chilienne avec effet à une date antérieure à celle où elle sera porté sur le Registre de l'état Civil;
- b. 25 juillet 1998: la perte de la nationalité a eu lieu sans renonciation à cette dernière (non confirmation de la nationalité), ce fait n'a pas été inscrit sur le Registre de l'état Civil. La Sentence déclare que la perte de la nationalité a eu lieu en date du 27 juillet 1976, date où le ressortissant chilien avait pris une autre nationalité, et non pas à la date de l'inscription de ce fait sur le Registre chilien (pièce ci-jointe C147) ;
- c. **31 octobre 1989: la perte de la nationalité a eu lieu du fait du refus du passeport chilien le 12 décembre 1978, l'inscription au Registre porte date du 17 mars 1989, la Sentence déclare que l'effet légal de la perte de la nationalité rétroagit au 12 décembre 1978** (pièce C92);
- d. 8 janvier 1993 : l'acte de la perte de la nationalité, pour méconnaissance (refus de la protection diplomatique) a eu lieu le 27 janvier 1977, l'inscription au Registre de la perte de la nationalité porte date du 18 mars 1992, et la Sentence affirme que l'effet légal de cette dernière rétroagit au 27 janvier 1977 (pièce ci-jointe C149).

En synthèse :

LA NATIONALITÉ CHILIENNE

Arrêt Cour Sup.	Perte avec renonciation	Perte sans renonciation	Inscription au Registre	Effet légal	Méconnaissance dénoncée
25.07.1988		27.07.1976		27.07.1976	Non

pièce C147					confirmation de la nationalité
31.10.1989 pièce C 92		12.12.1978	17.03.1989	12.12.1978	Refus du passeport
8.01.1993 pièce C149	27.01.1977		18.03.1992	27.01.1977	Refus de protection diplomatique
13.06.2001 pièce C95	21.10.1994		Après le 13.06.2001	21.10.1994	Refus à un naturalisé du droit de renoncer à la nationalité
19.01.2001 pièce C 94		8.07.1992	17.03.1994	8.07.1992	Refus de Carte Nationale d'Identité

La Jurisprudence de la Cour Suprême du Chili ci-dessus commentée est comparable à celle de l'Espagne, selon laquelle la perte de la nationalité se produit à la date où la renonciation a eu lieu, et la date de l'inscription de cette dernière au Registre de l'état Civil n'est pas constitutive.³²⁸

Le décalage créé entre la situation réelle de M. Pey et celle qui figurait sur les Registres chiliens, ont constraint M. Pey à produire diverses déclarations écrites répertoriant sa renonciation à sa nationalité conventionnelle. Il l'a fait auprès du

- Registre des Cartes de Naturalisation du Ministère de l'Intérieur du Chili, le 10 décembre 1996³²⁹,
- Registre de l'état Civil du Consulat d'Espagne à Santiago, le 7 janvier 1997³³⁰,
- Registre de l'état Civil du Chili à partir du 22 mai 1997 (pièces C23 à C26).
- Consul d'Espagne à Mendoza (Argentine), le 16 septembre 1997 (pièce C40),
- Registre Unique de l'état Civil de Madrid, le 6 novembre 1997 (pièce C10),

D'après la Jurisprudence de la Cour Suprême du Chili, la perte de la nationalité chilienne de M. Pey a pris effet soit au moment du déni par l'État du Chili des avantages de la CDN à compter du 11 septembre 1973³³¹, soit au moment de sa réinstallation en

³²⁸ Vid les Décisions du 19-6-1996 (RJ 1996\6236) et du 6-3-1990 (RJ 1990\2294) de la Direction Générale des Registres et du Notariat, annexes C199 et C200.

³²⁹ Pièce. C21.

³³⁰ Pièce N° C22.

³³¹ Pièces C50, C14, C15.

Espagne et de sa pleine jouissance de la nationalité espagnole, le 4 juin 1974³³², soit enfin au moment où M. Pey a manifesté son « *animus* » de ne plus être censé bénéficier des avantages de la double nationalité et de renoncer à cette fin à la nationalité conventionnelle (les 10 décembre 1996³³³, 7 janvier 1977³³⁴, 16 septembre 1997³³⁵).

Pour sa part, le Ministère chilien des Affaires Étrangères a accepté le 24 juillet 1998³³⁶, suite à la Note Verbale du Gouvernement espagnol du 7 juillet antérieur³³⁷, que M. Pey avait renoncé à la nationalité chilienne et le Registre de l'état Civil du Chili a inscrit le 4 août 1998 que ce dernier était « étranger »³³⁸.

VII.5

Le Chili a cherché à imposer à M. Pey la double nationalité afin de se soustraire à la Convention de Washington et à l'API Espagne-Chili

Dans le **point 109** de la Décision du 8 mai 2002 le Tribunal retient que pendant les travaux préparatoires de la Convention de Washington

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

Depuis que le 7 novembre 1997 M. Pey a déposé auprès du CIRDI sa **Requête** d'arbitrage l'État du Chili tente de lui imposer sa nationalité.

Alors que le Ministère chilien des Affaires Étrangères –le 24 juillet 1998-- et le Registre de l'état Civil du Chili –le 4 août 1998-- avaient pris note du fait qu'en conformité de la CDN du 24 mai 1958 M. Pey avait renoncé à la nationalité conventionnelle chilienne, le Ministère de l'Intérieur le 23 juillet 1999 ordonnait au Registre de l'état Civil de radier cette inscription³³⁹.

Ce Décret du Ministre de l'Intérieur est parfaitement illégal, seule une décision judiciaire pourrait annuler une telle inscription de la déclaration de M. Pey, et ce après avoir entendu les raisons de celui-ci, comme le montre la jurisprudence établie autour de

³³² C10 et doc. N° 7 de la **Requête**.

³³³ Pièce C21.

³³⁴ Pièce C22.

³³⁵ Pièce C40

³³⁶ Pièce N° 11 annexe à la Réplique de la défenderesse du 27.12.1999.

³³⁷ Pièces N° C 25 et C26.

³³⁸ Vid. la fiche signalétique produite par la représentation de la défenderesse après la clôture de la procédure le 5 mai 2000, et sa version française dans notre communication au Centre du 3 décembre 2001.

³³⁹ Vid. la fiche signalétique de M. Pey et les pièces jointes (communication de la défenderesse du 29.11.01), les déclarations des représentants du Chili lors des audiences du 2-5 mai 2000, les pièces C96 et C94.

l'art. 12 de la Constitution du Chili. Voir dans ce sens les Arrêts du 25 juillet 1988, du 8 janvier 1993 et du 19 janvier 2001 (pièces ci-jointes C147, C149 et C146).

Le Président de la Cour Suprême du Chili a réitéré dans l'Arrêt du 19 janvier 2001 que le Registre de l'état Civil ne peut pas modifier une inscription portant sur la nationalité (contre la volonté de l'intéressé) si ce n'est en exécution d'une décision judiciaire³⁴⁰ :

« De même il fut d'avis [le Président de la Cour Suprême] d'adresser une observation au Ministère des Relations Extérieures sur ce qu'il avait communiqué d'office au Service du Registre [de l'état] Civil et de l'Identité le fait que l'auteur du recours s'était naturalisé argentin, sans analyser au préalable la situation particulière de ce dernier, et d'émettre une observation audit service [du Registre] sur ce qu'il avait pratiqué la sous-inscription à laquelle fait allusion le présent arrêt bien qu'il n'existaît aucune décision judiciaire qui l'ait décrété, et ce d'autant plus que cela touche à la nationalité »

Le Chili n'a donc cherché, alors même que l'arbitrage était en cours, qu'à imposer sa nationalité à M. Pey par tous les moyens.³⁴¹

Ceci ressort de :

1. l'occultation de la fiche signalétique de M. Pey, jusqu'à ce que la procédure ait été déclarée close de façon que les demanderesses ne puissent pas exercer le droit du contradictoire³⁴²,
2. l'ordre du 24 juin 1999 du Ministère de l'Intérieur à la Directrice du Registre chilien d'altérer ladite fiche signalétique, sans le consentement de l'intéressé et en l'absence d'un arrêt de justice³⁴³,
3. la production de la version française de ces documents seulement après que le Tribunal arbitral l'ait ordonné le 30 octobre 2001, et la manipulation de la version française produite lors de la communication du 29 novembre 2001.³⁴⁴
4. En août 2002 des personnalités très proches du Gouvernement ont déclenché une vaste campagne médiatique visant à discréditer M. Victor Pey en l'accusant notamment d'avoir eu recours à la fraude en ce qui concerne ce document. Elles ne lui reprochent rien de moins que d'avoir « altéré » sa fiche signalétique dans le

³⁴⁰ Pièce C146

³⁴¹ Mémoire d'Incompétence: pp. 1.1.4; 1.1.4.3; 1.2.3.11; 1.2.3.12; 1.2.3.13; 1.2.3.14; 1.2.3.15; 1.2.3.16; 1.2.7.1; 1.2.7.2; Réplique: pp. 1.1.6; 1.1.12; 1.2.1.

³⁴² Les demanderesses avaient demandé la production de la fiche signalétique le 7 février 2000, voir Duplicata, point 1.2.3, elles ne l'ont reçue que le 12 mai 2000, après les audiences des 3-5 mai 2000. La traduction française n'avait pas été produite.

³⁴³ La version française a été produite le 29 novembre 2001, l'espagnole après la clôture la procédure le 5 mai 2000.

³⁴⁴ Voir notre communication du 3 décembre 2001.

Registre chilien de l'état Civil afin d'y faire enregistrer qu'il était « étranger »³⁴⁵, voire même d'en avoir soustrait une copie par des moyens illicites afin de la faire parvenir au Tribunal. Nous renvoyons le Tribunal à la pièce C207 ci-jointe pour s'en rendre compte de lui même. Le Tribunal se rappellera sans doute que c'est à la demande du Gouvernement espagnol (pièces C24 à C26) que le Gouvernement du Chili, par l'intermédiaire du Ministre compétent, avait communiqué audit Registre la renonciation de M. Pey aux bénéfices de la Convention sur la Double Nationalité, et c'est à la demande du Tribunal arbitral que la défenderesse avait produit une copie de la fiche signalétique à la présente procédure.

Les faits démontrent sans ambiguïté la volonté d'imposer à M. Pey la nationalité chilienne aux seules fins de contester la compétence du Tribunal arbitral.

Il appartient dès lors au Tribunal arbitral d'en tirer les enseignements légitimes quant à la nationalité espagnole exclusive de M. Pey aux dates critiques prévues dans l'article 25 de la Convention.

VII.6

L'Espagne a également reconnu que M. Pey avait renoncé valablement à la nationalité conventionnelle

L'investisseur espagnol a produit des preuves du fait que, pour les autorités espagnoles **compétentes**, il a la seule nationalité espagnole aux dates stipulées à l'art. 25 de la Convention CIRDI.

I. La décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat du Ministère de la Justice déclare, en date du 27 février 1979³⁴⁶, qu'un espagnol peut renoncer à la double nationalité chilienne.

En Droit espagnol les résolutions de cette Direction Générale créent la plus haute jurisprudence en matière de nationalité.

II. Le 5 février 1977 le Consul d'Espagne à Santiago a radié M. Pey du Registre des Résidents espagnols jouissant des bénéfices de la Convention de double nationalité de 1958.³⁴⁷

III. Depuis le 22 mai 1997 les Autorités espagnoles ont décidé, après avoir examiné le dossier de M. Pey, de faire savoir aux Autorités chiliennes que ce dernier a fait valoir son droit d'avoir la seule nationalité espagnole.³⁴⁸

Pour la Loi espagnole la compétence se trouve au sein du Ministère des AA. EE. L'habilitation à se prononcer en matière de nationalité incombe à la Direction des Affaires

³⁴⁵ Déclarations du Sénateur Rafael Moreno, Journal La Segunda, 21 août 2002, article “La D[émocratie] C[hrétienne] ne transige pas: On ne peut pas transiger à propos de l'intervention du C[onseil de] D[éfense de l'] État dans l'affaire ‘Clarín’”, page 3..

³⁴⁶ Pièce C29.

³⁴⁷ Pièce C22

³⁴⁸ Pièces. C23 à C26

Juridiques et Consulaires. Il est inconcevable que les représentants compétents de l'État Espagnol aient pu accepter d'envoyer ces Notes Verbales aux Autorités de Chili sans avoir eu la certitude que M. Pey avait la seule nationalité espagnole.

IV. Dans le doc. en annexe à la communication envoyée au CIRDI le 14 avril 2000, l'Avocat de l'État³⁴⁹ reconnaît devant la Cour Supérieure de Justice de Madrid que M. Pey

- a établi son domicile en Espagne passé 1973,
- a renoncé à la double nationalité chilienne,
- possédait comme seule nationalité **effective et exclusive la nationalité espagnole** au jour du 15 avril 1997 (date de la décision administrative du Secrétaire d'État à la Coopération Économique attaquée en Justice),³⁵⁰
- a le droit de recourir à l'application du Traité bilatéral du 2 octobre 1991 entre l'Espagne et le Chili.

Les déclarations du représentant de l'État Espagnol dans la procédure judiciaire engagent l'État, elles ont valeur de reconnaissance devant l'autorité judiciaire compétente, qui les a confirmées dans l'Arrêt du 5 février 2001 (pièce jointe à la communication adressée au Centre le 19.02.01).

Ces quatre documents prouvent donc que les Autorités compétentes espagnoles considèrent M. Pey comme ayant la seule nationalité espagnole.

M. Pey figure inscrit au Consulat d'Espagne à Santiago "de passage".

Mais il est essentiel d'attirer l'attention sur l'importance de la décision en date du 3 juillet 1997 prise par le Consul d'Espagne à Santiago, d'inscrire M. Pey dans le Registre des espagnols « de passage » au Chili (voir la notation et le sceau du Consulat d'Espagne prouvant ceci, apposés à la page n° 6 du Passeport espagnol délivré en date du 28 mai 1997 à M. Pey).³⁵¹ Cette notation dit :

*« Consulat Général d'Espagne
Santiago-Chili
Affirmation d'être de passage
Le titulaire de ce passeport est inscrit dans ce Consulat
Général en date 03-07-97 comme étant de passage,
avec le N° 4700252 »*

³⁴⁹ L' « Abogacia del Estado » espagnole à un rôle comparable à celui du Conseil de Défense de l'État du Chili.

³⁵⁰ Pièce C4.

³⁵¹ Pièce C48

La défenderesse a soutenu que M. Pey a résidé au Chili pendant de nombreux mois depuis 1990 (bien qu'aux effets de l'API ce qui compte est la nationalité et non le domicile ni la résidence de l'investisseur (art. 1.1)).

Or l'annotation du Consulat d'Espagne du 28 mai 1997 prouve, d'un côté, que lorsque M. Pey se trouve au Chili il est «*de passage*» (*transeunte*).

La condition de «*transeunte*» vaut également affirmation de la part du Consul d'Espagne qu'il reconnaissait que M. Pey n'avait pas la nationalité conventionnelle chilienne. Car dans le cas contraire, dès lors que M. Pey se trouvait en territoire chilien, il devait jouir automatiquement des pleins bénéfices de la double nationalité conventionnelle et le Consul d'Espagne aurait du refuser de l'inscrire dans le **Registre des « Espagnols de passage »** ; il aurait plutôt dû l'inscrire dans le Registre des Résidents espagnols jouissant des bénéfices de la Convention de double nationalité de 1958.

On ne peut se trouver en territoire du Chili couvert par la Convention de double nationalité de 1958 et être inscrit au Consulat d'Espagne dans le Registre des Espagnols de passage. Ceci est incohérent.

Quelle est la valeur, au plan de la démonstration de la nationalité, de cette certification d'inscription au Consulat d'Espagne à Santiago, que la défenderesse n'a d'ailleurs pas contestée dans le présent arbitrage?

Un certificat consulaire a été admis comme preuve de nationalité par la Commission Hispano-Vénézuélienne de Réclamations de 1903.³⁵²

Dans **l'affaire Robert John Lynch** la Commission des Réclamations Britanico-Américaines de 1920 a estimé que la nationalité du demandeur était suffisamment établie par la production d'une certification consulaire et d'une certification de baptême. La majorité de la Commission a déclaré que

*« ...when, as in this case, nothing is alleged which raises the slightest doubt as to the accuracy or bona fides of the entries in the register, a consular certificate ought to be accepted as *prima facie* evidence which does not in any way lose its force from the general objections taken by the respondent government ».*³⁵³

Le Dr. F. K. Nielsen, en sa qualité de membre de la Commission de Réclamations de **l'affaire Turkish Claims Settlement**, entre la Turquie et les États-Unis en 1934, a attribué une valeur probante considérable à une certification consulaire, en disant :

« When a consular officer is required by the law of his country to examine into the question of citizenship before registering an applicant, and when his action is subject to review by authorities of his government, it can probably be said that the determination of the question of nationality is made by the best expert authority with

³⁵² **Affaire Esteves**, Ralston, Report, p. 922, p. 923.

³⁵³ Decisions and Opinions, p. 20.

respect to the law on that subject. Authorities dealing with the matter may be said to act in a quasi-judicial capacity, even though of course judicial authorities may in any given case have the last word in such matters. When a consular certificate –one not made solely for the purpose of the presentation of the claim- is presented to a commission, the commission assuredly has before it a very authoritative pronouncement of a judicial character »³⁵⁴.

Ainsi, les experts compétents, légitimement préposés par les Autorités espagnoles en matière de nationalité, ont déclaré, dans leurs décisions successives et concordantes, que M. Pey ne jouissait pas des avantages de la CDN, qu'il avait la nationalité effective et exclusive espagnole aux dates prévues à l'art. 25 de la Convention de Washington. Ceci ne peut être nié.

VIII

LE DROIT À AGIR DES DEMANDERESSES

VIII.1 Recevabilité de la Requête

Le droit à agir des demanderesses, en l'espèce les propriétaires des actions de CPP S.A., est reconnu par la loi interne du Chili et par la jurisprudence du CIRDI, qui étend le *ius standi* aux actionnaires des personnes morales visées par les mesures litigieuses.³⁵⁵

Dans la Loi chilienne N° 19.568 (J.O. du 23 juillet 1998), portant restitution des biens confisqués, l'art. 1^{er} dispose³⁵⁶

“Les personnes physiques et morales, y compris les partis politiques, qui auraient été privées de la propriété de leurs biens par l’application des décrets—lois N° 12, 77³⁵⁷ et 133, de 1973; 1697 de 1977 et 2.346 de 1978, auront droit à demander leur restitution ou à requérir le paiement d’une indemnisation en conformité des normes établies dans la présente loi. Leurs successeurs auront les mêmes droits (...)”.

La Sentence prononcée par le Tribunal arbitral dans l'affaire Antoine Goetz c. République du Burundi avait conclu que:

³⁵⁴ **Claim of Levenson** : Opinions and Report by Dr. F.K. Nielsen, Washington, 1937, p. 533.

³⁵⁵ Vid. Les Sentences dans les affaires **Robert Azianin et altri v. United States of Mexico** (ICSID Case ARB(AF)/97/2), **Metalcad Corporation v. United States of Mexico** (ICSID Case ARB (AF)/97/1) et **Waste Management v. United States of Mexico** (ICSID Case ARB(AF)/98/2)³⁵⁵, citées; **AGIP c. République Populaire du Congo** (1979), in Rivista di Diritto Internazionale, vol. LXIV, 1981, pp.863 et ss.; **AAPL v. Sri Lanka** (1990); **AMT c. Zaïre** (1997); **Antoine Goetz c. Republique du Burundi** (ICSID Case N° ARB/95/3, Décision du 10 février 1999, point 89), ICSID Rev., F.I.L.J., 2000, vol. 15, N°2..

³⁵⁶ La version française de la Loi N° 19.568 a été produite par la défenderesse après l'audience du 30 octobre 2001.

³⁵⁷ Pièce N° 19 annexe au Mémoire du 17 mars 1999.

“89 (...) Ce qui est vrai d'un investisseur étranger personne morale possédant le contrôle d'une société de droit local doit l'être d'un investisseur étranger personne physique possédant le contrôle d'une société de droit local. »

VIII.2

Consultation amiable

Dans sa **Décision** du 8 mai 2002, point N° 72, le Tribunal arbitral affirme que :

« *En date des 30 avril et 29 mai 1997, le demandeur Pey Casado a invoqué l'article 10 al. 2 de l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la protection et le soutien réciproques des investissements, signé à Santiago le 2 octobre 1991, en vigueur depuis le 28 mars 1994. Le Gouvernement du Chili a rejeté la proposition de résoudre le litige à l'amiable dans le délai de 6 mois prévu à l'article 10 al. 2 de l'Accord.* » (souligné par nous).

Il s'interrogeait néanmoins au **point 128** sur la réalité de ces consultations amiables.

Les propositions à l'amiable ont été réelles et faites par les titulaires de la totalité des actions de CPP S.A., cette dernière ayant été dissoute par le Décret N° 165, du 10 février 1975.³⁵⁸ On ne saurait faire tenir tout l'effort de la démarche dans l'identité de l'interlocuteur.

M. Pey, avec l'accord de la Fondation, a rendu manifeste dans toutes les propositions d'accord amiable qu'il a adressées au Gouvernement du Chili qu'il agissait pour la totalité des droits de CPP S.A., et les réponses qu'il a reçues des Autorités chiliennes ont confirmé cela³⁵⁹, contrairement à ce qu'affirme la partie défenderesse.³⁶⁰

De fait, en conformité avec l'art. 10.1 de l'API Espagne-Chili, les demanderesses ont tenté de résoudre la controverse sur la totalité des droits de CPP S.A. par des discussions amiables entre les deux parties. Des propositions ont été faites au Gouvernement du Chili le 6 novembre 1995³⁶¹, et à nouveau le 10 janvier 1996³⁶², le 30

³⁵⁸ Pièces N° 22, 23, 11, 12 annexes à la **Requête** d'arbitrage

³⁵⁹ Voir les pièces N° 23 annexe à la **Requête** d'arbitrage (réponse de la Ministre des Biens Nationaux, du 20.11.1995), et la réponse du Gouvernement du Chili du 9 octobre 1997 (pièce ci-jointe C142), en réponse aux communications de M. Pey (avec l'accord de la Fondation) des 30 avril et 29 mai 1997 (pièces N° 11 et 12 annexes à la **Requête**).

³⁶⁰ **Memorial** 4.1; 4.2, 4.3; 4.4; 6.3.5. **Réplica** pp. 4.1; 4.3; 4.4; 4.5; 4.8.

³⁶¹ Pièce N° 22 annexe à la **Requête** d'arbitrage

avril et le 29 mai 1997³⁶³, sans résultat. Le 7 novembre 1997 les deux titulaires représentant ensemble 100% des droits et crédits de CPP S.A. ont soumis le différend au CIRDI en conformité de l'art. 10.2 de l'API.

Dans sa réponse négative du 20 novembre 1995 la Ministre des Biens Nationaux savait que la réclamation portait sur la totalité des biens confisqués.³⁶⁴

En effet, la communication du Gouvernement du Chili du 9 octobre 1997 ci-jointe (pièce C142) atteste que le Gouvernement du Chili avait conscience

- a) que la consultation préalable au dépôt de la **Requête** d'arbitrage avait été réalisée en conformité de l'art. 10.2 de l'API Espagne-Chili,
- b) et qu'elle portait sur la totalité des droits des entreprises confisquées.

Notons que le Gouvernement du Chili connaissait parfaitement, depuis bien avant le dépôt de la **Requête** d'arbitrage, l'existence de la Fondation espagnole et ses activités humanitaires et philanthropiques, entre autre en raison du fait que cette dernière avait déposé à la Audiencia Nacional d'Espagne, le 5 mai 1996, la première plainte criminelle contre le Général Pinochet pour les crimes de génocide, terrorisme et tortures, en application des principes de la compétence universelle. Le Gouvernement du Chili savait que la Fondation dirigeait cette affaire judiciaire auprès de la Cour espagnole, qui le 5 novembre 1998 a déclaré sa compétence à l'unanimité.³⁶⁵

Le Gouvernement du Chili était également au courant du programme « Bourses Fondation Président Allende ». Elles sont attribuées chaque année à des ressortissants chiliens pour des études de Doctorat à l'Université Autonome de Madrid, à l'Université Autonome de Barcelone et à l'Université d'Alcala de Henares.³⁶⁶

Il est également de notoriété publique que M. Pey (avec le soutien de la Fondation espagnole) souhaite rétablir l'activité des entreprises de presse et publier le journal.³⁶⁷ Ceci avait été communiqué par M. Pey lui même au Président du Chili dans sa proposition d'accord amiable du 6 septembre 1995.³⁶⁸

Le Chili n'ignorait donc pas les droits et la position de la Fondation.

Par contre, c'est un fait notoire –et notable- que, dans le cadre du litige porté aujourd'hui devant le Tribunal arbitral, les Autorités du Chili ont toujours suivi une stratégie visant à écarter, voir rendre impossible, une négociation amiable avec les

³⁶² Pièce N° 23 annexe à la **Requête** d'arbitrage

³⁶³ Pièces N° 11 et 11 annexes à la **Requête** d'arbitrage

³⁶⁴ Pièces N° 22 et 23 annexes à la **Requête** d'arbitrage.

³⁶⁵ Pièce-ci-jointe C141.

³⁶⁶ Pièce ci-jointe C179.

³⁶⁷ Pièces C173

³⁶⁸ Pièce N° 22 annexe à la **Requête** d'arbitrage.

demandeuses, comme Me Mayorga a rappelé publiquement au Président du Chili et au Ministre de l'Économie en juillet 2002.³⁶⁹

Dans une affaire récente, **Salini c. Maroc**³⁷⁰, le Tribunal Arbitral, se prononçant le 23 juillet 2001 sur le caractère prématué ou non d'une requête et sur l'existence de consultation préalable, a indiqué :

d'une part :

"19. Le Tribunal précise que l'article 8.2 de l'Accord ne fixe aucune procédure à suivre relativement à l'obtention d'un règlement amiable du différend entre les deux parties. Cet article se contente de fixer un délai de six mois durant lequel les Parties devront essayer de résoudre leurs différends à l'amiable. Ce Tribunal n'a pas pour mission de fixer des règles rigides que les Parties auraient dû suivre, mais se contente de rechercher s'il est possible de déduire de l'ensemble des actions des Parties que, moyennant le respect d'un délai de six mois, les demandeuses ont effectivement fait les démarches nécessaires et opportunes auprès des autorités correspondantes en vue d'obtenir un accord mettant fin au différend.".

et d'autre part :

"20. Le Tribunal estime que la tentative de règlement amiable doit essentiellement comporter l'existence de griefs et la volonté de leur trouver une solution non juridictionnelle. Elle n'a pas besoin d'être complète ni détaillée.

21. Le Tribunal considère que la condition précitée est remplie en l'espèce : en effet, les différents documents valant "requête au règlement amiable des différends" se réfèrent aux griefs invoqués dans la présente procédure ; par ailleurs, ces documents permettaient ou, à tout le moins, devaient permettre au Royaume du Maroc de prendre conscience du différend et de mettre en œuvre les moyens d'apurer le contentieux."

Dès lors, la République du Chili avait conscience du différend et la Fondation a valablement respecté les termes de l'API.

En outre, dans l'affaire **Antoine Goetz c. République du Burundi**, la proposition d'accord amiable avait été adressée au Gouvernement par une personne morale, la société AFFIMET, alors que la demande arbitrale a été ultérieurement déposée par des personnes physiques, les actionnaires d'AFFIMET. Le Tribunal CIRDI a considéré que la **Requête** avait été valablement déposée (point 91).

On ajoutera ici que dans **l'affaire SPP v. Egypt**, alors que la procédure avait été initiée en décembre 1984 par SPP(ME)Ltd., c'est à un stade aussi avancé de la procédure que celui des audiences sur la compétence (juillet 1985) que les parties ont informé le

³⁶⁹ Voir dans les pièces C162 et C163 la lettre de Me Mayorga du 9 juillet 2002.

³⁷⁰ JDI 2002, 196.

Tribunal de ce que la subsidiaire SPP Ltd. intervenait à la procédure comme demanderesse, ce que le Tribunal a accepté.³⁷¹

Voilà trois exemples de la flexibilité avec laquelle les Tribunaux CIRDI ont traité des successeurs aux droits des intéressés d'origine afin de leur reconnaître le statut de partie à la procédure.

VIII.3 Droit à agir de la Fondation espagnole

Avant³⁷² et pendant les audiences du 3 mai 2000³⁷³ et du 30 octobre 2001, la délégation du Chili a attaqué le droit à agir de M. Pey et de la Fondation cessionnaire des actions de CPP S.A.

Le droit à agir des demanderesses, titulaires de 100% des droits de CPP S.A., découle de l'API Espagne-Chili, en particulier des articles 10.3, 6 et 5, et non d'un contrat d'investissement.

Dans l'art. 6 de l'API le Chili a consenti à accorder

« aux investisseurs de l'autre Partie, pour ce qui concerne les investissements réalisés dans son territoire, la possibilité de transférer librement les revenus de ces investissements et autres versements en rapport avec eux, et en particulier, mais non exclusivement, les suivants: (...) Le produit de la vente ou de la liquidation totale ou partielle d'un investissement. »

Si la vente ou la liquidation d'un investissement sont possibles, le transfert de la propriété, des droits et crédits y afférents par le moyen d'une donation l'est également.

Dans la majorité des cas, l'opération de liquidation d'un investissement se subdivise en une cession, et un transfert du capital liquidé. Les clauses de « transfert » des Conventions paraissent s'appliquer à la seconde phase de l'opération, mais non à la première ; la vente et la liquidation proprement dite (y compris la donation) entrent d'abord dans le champ des clauses relatives au traitement.

L'API Espagne-Chili dispose à l'article 4 :

« Article 4. Traitement

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 investisseurs nationaux. »

³⁷¹ SPP v. Egypt, Decision on jurisdiction, 27 nov. 1985, pp.113,114, 3 ICSID Reports 116.

³⁷² Voir le Contre-Mémoire sur la compétence, pp. 1.2.3.12; 1.2.3.13; 1.2.3.14; 1.2.3.15; 1.2.3.16; 1.2.7.1; 1.2.7.2; Réplique: pp. 1.1.6.

³⁷³ Intervention de M.Charles Brower.

Ceci renvoie à la législation chilienne portant sur l'acquisition et la cession d'une propriété par des investisseurs chiliens, tout comme sur la mutation de droits et de crédits, par le moyen de la donation. Nous y reviendrons ci-après. Mais il est clair que les Autorités du Chili ne peuvent pas imposer de restrictions à la cession de droits effectuée par M. Pey en faveur de la Fondation espagnole, qui ne seraient pas applicables à des investisseurs chiliens. Qu'on nous permette un exemple paradoxal : elles ne l'ont pas fait dans la prétendue cession des droits inexistant de la soi-disant succession de M. Emilio Gonzalez en faveur d'ASINSA S.A... (pièce C58).

À propos de la Loi régissant la cession de 90% des droits relatifs à l'investissement dans CPP S.A. Le rattachement au for espagnol:

Le contrat de cession du 6 février 1990³⁷⁴:

- a) a été signé par M. Pey par-devant un Notaire Public, « *avec passeport espagnol* », alors qu'il était « *de passage* » dans la ville de Miami (Fl., EE.UU);
- b) la stipulation N° 10 du contrat dispose :
« Les parties, renonçant le cas échéant à leur propre for, se soumettent à celui des Chambres et Tribunaux de Madrid » ;
- c) le contrat a été légalisé auprès du Consulat d'Espagne à Miami le 6 février 1990;
- d) l'art. 10.7³⁷⁵ du Code Civil espagnol dispose : « *Les donations seront régies dans tous les cas par la législation nationale du donateur* ».

On peut donc conclure que c'est la Loi espagnole qui régit le contrat de transfert de l'investissement.

Dans la pièce annexe C170 on trouvera les dispositions pertinentes du Droit chilien à propos du transfert de droits et de crédits.

La succession de la société dissoute en droit chilien

³⁷⁴ Pièce N° 18 annexe au **Mémoire** du 17 mars 1999.

³⁷⁵ Code Civil espagnol, art. 10.7 : « *Las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante* ».

L'art. 2.115 du Code Civil chilien dispose:

"Une fois la société dissoute il sera procédé à la division des objets qui composent son avoir.

Les règles relatives à la répartition des biens héréditaires et aux obligations entre les cohéritiers s'appliquent à la division du capital social et aux obligations entre les membres de la société dissoute, hormis pour ce en quoi elles seraient contraires aux dispositions du présent titre". [Livre III du Code Civil].³⁷⁶

La Fondation a acquis valablement 90% des droits sur l'investissement

M. Pey a signé le contrat de cession de droits à la Fondation espagnole le 6 février 1990 par-devant un Notaire Public, en faisant état qu'il était « *espagnol, de passage* » à Miami (Fl., EE.UU.).³⁷⁷

La législation personnelle du donateur comme du donataire était la législation espagnole.

Ce contrat a été légalisé par la suite au Consulat d'Espagne et au Ministère espagnol des Affaires Étrangères, avant d'être inscrit le 27 avril 1990 au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture.³⁷⁸

Les écritures officielles de cession à la Fondation espagnole de 90% des droits sur l'investissement datent des 6 octobre 1989 et 16 janvier 1990.³⁷⁹ Elles sont le résultat d'une période de préparation qui s'est prolongé pendant plusieurs mois. À ces dates-là, aucun des deux pays n'avait signé la Convention CIRDI, et l'API entre l'Espagne et le Chili n'existe pas. L'Espagne a signé la Convention de Washington le 21 mars 1994.

L'allégation de la défenderesse d'une situation de “*claims agency*”, ou de cession frauduleuse, est sans fondement aucun.

Nature juridique de la cession réalisée en 1989 en faveur de la Fondation espagnole sur 90% des actions, droits et crédits relatifs au CPP S.A.³⁸⁰

À la date de sa donation en faveur de la Fondation espagnole, dans les écritures publiques passées à Miami (Fl., EE-UU.) les 6 octobre 1989 et 6 février 1990³⁸¹, M. Pey avait la nationalité espagnole. Il a signé les contrats de donation en sa qualité de ressortissant espagnol. Sa législation personnelle était donc la loi espagnole, celle-ci étant également la législation de la Fondation cessionnaire.

³⁷⁶ Art. 2.115 : « *Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber.*

Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este título. »

³⁷⁷ Pièces N° 17 et 18 annexes au Mémoire du 17 mars 1999.

³⁷⁸ Pièces N° 9 annexe à la Requête d'arbitrage et C7.

³⁷⁹ Pièces N° 17 et 18 annexes au Mémoire du 17 mars 1999 et C7.

³⁸⁰ Pièces. C17 et C18.

³⁸¹ Pièces num. 17 et 18 annexes au Mémoire du 17 mars 1999.

La cession de crédits en droit chilien et son opposabilité

La cession de 90% des droits sur l'investissement à la Fondation espagnole a été formellement notifiée au Président du Chili le 7 novembre 1997 à l'occasion du dépôt de la **Requête d'arbitrage**.

L'une des raisons pour lesquelles la Fondation espagnole a accepté que M. Pey formule, entre 1995 et le 7 novembre 1997, des demandes de restitution et de compensation pour 100% des droits sur CPP S.A. se trouve dans l'art. 1.527 du Code Civil espagnol:

*“Le débiteur qui, avant d'avoir connaissance de la cession, aurait satisfait le créancier, sera libéré de l'obligation”*³⁸²

et dans l'art. 1.905 du Code Civil chilien:

*“Si la notification ou l'acceptation susdites [relatives à la cession d'un crédit personnel], n'est pas intervenue, le débiteur pourra payer le cédant, ou mettre le crédit sous séquestre à l'intention des créanciers du cédant; et, de manière générale, le crédit sera considéré comme existant entre les mains du cédant pour ce qui concerne le débiteur et les tiers”*³⁸³

La cession d'un crédit, droit ou action produit en principe, dans ces deux systèmes juridiques, les mêmes effets que le contrat d'achat et vente de biens corporels. Par l'effet immédiat du contrat, la qualité de titulaire du crédit, droit ou action est transférée au cessionnaire dans l'état et les conditions mêmes où il se trouvait lors de la réalisation de l'opération, et il acquiert les droits incombant au cédant.

Code Civil espagnol :

Art. 1.528 : « *La vente ou cession d'un crédit inclut celle de tous les droits accessoires, tel le cautionnement, l'hypothèque, le gage ou le privilège.* »³⁸⁴

Code Civil chilien :

Art. 1.906 : « *La cession d'un crédit [personnel] inclut ses cautionnements, priviléges et hypothèques ; mais elle ne transfère pas les exceptions personnelles du cédant.* »³⁸⁵

³⁸² Art. 1.527: “*El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación.*”

³⁸³ Art. 1.905 : « *No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas, podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente ; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros.* »

³⁸⁴ C. Civil espagnol, art. 1.528: “*La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.*”

Les articles 113 et 114 du Code du Commerce chilien permettent de vendre à l'étranger des biens situés au Chili, de même que de les payer ou en recevoir le paiement en devises étrangères.

Dans la tradition du Code Civil français, aussi bien en droit chilien qu'en droit espagnol, la cession de crédits est traitée comme un droit patrimonial, le droit du créiteur de la prestation présente une valeur patrimoniale ouvrant la possibilité qu'il en dispose.

La cession de crédits est un cas de succession juridique entre vifs portant sur la relation sous-tendant l'obligation, en vertu de laquelle s'opère le changement du créiteur de cette dernière.

La transmission du crédit a lieu par simple consentement, sans autre formalité que celle qu'impose la nature des opérations qui lui servent de cause.

Elle peut se faire valablement sans que le débiteur en ait connaissance préalable, et même contre sa volonté.

La notification de la cession du crédit au débiteur n'a d'autre portée que de l'obliger envers le nouveau créancier (art. 1.527 du C.C. espagnol; art. 1.902 du Code Civil chilien) :

Art. 1.902 du Code Civil chilien³⁸⁶:

“La cession[des droits d'un crédit personnel] ne produit pas d'effet à l'égard du débiteur ni à l'égard de tiers tant qu'elle n'a pas été notifiée par le cessionnaire au débiteur ou acceptée par ce dernier.”

Le Chili n'a pas soulevé d'objection à la cession de droits sur CPP S.A. en faveur de la Fondation espagnole

En ce qui concerne la date à laquelle l'invocation par la Fondation Président Allende, de la Convention bilatérale a été portée à la connaissance de la République du Chili [le 7 novembre 1997], le Code de Procédure Civile chilien précise à l'art. 55 :

“Même s'il n'y a pas eu de notification ou qu'elle ait été faite autrement que selon les formes légales, une décision sera considérée comme notifiée dès lors que la partie à laquelle elle a trait aura réalisé, dans le déroulement de la procédure, une

³⁸⁵ C. Civil du Chili, art. 1.906: “La cesión de un crédito [personal] comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”.

³⁸⁶ Art. 1.902 du C.C. chilien : “La cesión [de derechos de un crédito personal] no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cessionario al deudor o aceptada por este”.

démarche quelle qu'elle soit qui suppose la connaissance de ladite décision, sans avoir préalablement réclamé pour défaut ou nullité de la notification".³⁸⁷

Et l'art. 1.904 du C. Civil chilien³⁸⁸ :

L'acceptation [de la cession de droits portant sur des crédits personnels] consistera en un fait qui la suppose, tel la réponse à la demande du cessionnaire, un début de paiement au cessionnaire, etc. »

Pendant plus de quatre ans après la notification de la **Requête d'arbitrage**, la République du Chili a fait des démarches sans remettre en question la cession de 90% des droits de CPP S.A. à la Fondation espagnole. En fait, tout au long de la procédure écrite et orale la République du Chili n'a pas soulevé d'objection à cette cession. Ce n'est que lors de l'audience du 3 mai 2000 que la Délégation du Chili a communiqué l'existence de la « Décision N° 43 », du 28 avril 2000, du Ministère des Biens Nationaux, qui méconnaissait l'investissement de M. Pey de 1972 dans CPP S.A. et donc la cession de 90% de ses droits à la Fondation en 1989-1990.

La cession est opposable à la partie défenderesse

Normalement l'ordonnancement juridique interne détermine la substance de la législation applicable au transfert du droit, ainsi que les modalités de ce transfert.

Si le droit en cause est cédé à un étranger (en l'espèce à un non-chilien, comme c'est le cas pour la Fondation espagnole), le droit international privé de l'État --en l'espèce celui du Chili (c'est sa législation interne qui détermine l'existence et l'étendue des droits acquis)-- peut désigner la loi d'un autre pays. Par exemple, en droit suisse, la validité d'une cession effectuée en 1972 était fixée, quant au fond, par la loi régissant la créance cédée et, quant à la forme, par le droit du lieu de la cession.³⁸⁹

En 1972 M. Pey n'avait pas l'obligation de passer un contrat avec l'État chilien pour que son investissement de 1.280.000 US\$ ait la qualité d'investissement étranger.

C'est en sa qualité d'investisseur en capitaux internationaux dans une entreprise située en territoire du Chili que M. Pey a transféré entre octobre 1989 et janvier 1990 la majorité de son investissement à la Fondation.

Il est intéressant de noter à ce propos la jurisprudence dans l'Iran-U.S. Claims Tribunal pour les affaires Phelps Dodge³⁹⁰ et Foremost³⁹¹.

³⁸⁷ Voir les arts. 345 et 346 du Code de Procédure Civile, déjà cités.

³⁸⁸ Art. 1.904 du C.C. chilien: « La aceptación [de la cesión de derechos en créditos personales] consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cessionario, un principio de pago al cessionario, etc. ».

³⁸⁹ Cf. VISSCHER, Traité de droit privé suisse, t. I, Droit international privé, Fribourg, Ed. Universitaires, 1974, vol. 4, pp. 219 et 194.

³⁹⁰ Phelps Dodge Corp. and Islamic Republic of Iran, Award N° 217-99-2 (Mar. 19, 1986), 25 ILM 619, 623-24 (1986).

Dans l'affaire Amco c. Indonésie (Sentence sur la compétence du 25 sept. 1983) le Tribunal a envisagé la cession d'actions de P.T. Amco en faveur de Pan American comme une cession de la qualité d'investisseur d'Amco à laquelle était attaché le bénéfice de la clause compromissoire. Cette clause faisait partie d'un contrat d'investissement convenu entre Amco et l'État, alors que dans le cas d'espèce le droit à agir de M. Pey découle de l'API Espagne-Chili lui-même.

Or dans toute cession de contrat, le cédé ne peut être tenu par la clause compromissoire qu'à la condition de l'avoir expressément acceptée, mais le cédant y reste en principe tenu.³⁹² Dans l'affaire **Amco**, en effet, la Sentence du Tribunal CIRDI a exigé le consentement du cédé pour que la cession lui soit opposable (Sentence, n° 31), et elle n'admet pas la libération automatique du cédant auquel elle reconnaît la possibilité de recourir à l'arbitrage aux côtés du cessionnaire (Sentence, n° 33).

Cependant dans le cas de la Fondation espagnole, le Chili a consenti à l'arbitrage lorsqu'il a ratifié l'API avec l'Espagne. La clause compromissoire fait partie de ce dernier (art. 10.3).

Le 28 avril 1994, avec l'entrée en vigueur de la clause compromissoire de l'API, le Chili a consenti envers tous et chacun des investisseurs espagnols le droit d'accéder à l'arbitrage d'un Tribunal CIRDI, y compris la Fondation Président Allende, dans la mesure où sont réunies les conditions stipulées à l'art. 25(2)(b) de la Convention de Washington (« *toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage* »).

La prétention de la défenderesse à exclure de ce droit la Fondation est d'autant plus inconcevable à la lumière du précédent établi dans la récente affaire Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka³⁹³. Le demandeur était le cessionnaire de droits découlant d'un contrat d'investissement passé entre le titulaire des droits (une entreprise du Canada, pays non membre de la Convention CIRDI) et le Gouvernement de Sri Lanka. D'après le Tribunal CIRDI

a) la cession des droits d'une société à un tiers entraîne le droit à agir auprès du CIRDI dans la mesure où le cédant et le cessionnaire sont des ressortissants d'un État membre de la Convention de Washington aux dates stipulées à l'art. 25 et les

³⁹¹ Foremost Tehran, Inc. And Government of the Islamic Republic of Iran, AwardN° 220-37/231-1 (April 11, 1986), unpublished decision. Voir Seidl-Hohenveldern (I) : « Subrogation under the MIGA Convention », ICSID Review, v. 2, n° 1, Spring, 1987, pp.114-116. Le Chili et l'Espagne sont membres de la Convention établissant la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), cf. SHIHATA (I.F.I.) : MIGA and Foreign Investment, Dordrecht, Martinus Nijhoff Pub., 1988, pp. 384-389.

³⁹² Cf. DOMKE (Martin) : The Law and Practice of Commercial Arbitration, Callaghan, 1968, p. 84-86).

³⁹³ ICSID Case N° ARB/00/2, Award of March 15, 2002, par. 18-26.

autres conditions sont réunies (paragraphe N° 24 *a contrario sensu*, dont l'application est ici sans équivoque)³⁹⁴.

On rappellera à ce propos que c'est l'article 10.3 de l'API Espagne-Chili du 2 octobre 1991 qui a ouvert l'accès au CIRDI aux espagnols titulaires d'investissement au Chili, sous condition que les deux États contractants aient adhéré à la Convention de Washington.³⁹⁵ Or celle-ci n'est entrée en vigueur au Chili que le 24 octobre 1991 et en Espagne le 17 septembre 1994. C'est donc à cette dernière date, et précisément en vertu desdits traités, que le droit à agir de M. Pey et de la Fondation espagnole est né.

b)le cessionnaire d'un investissement (**Mihaly International Corporation, USA**) a le droit d'agir *ratione personae*, en son propre nom, par rapport audit investissement, auprès d'un Tribunal CIRDI dans la mesure où, à la date du dépôt de la Requête d'arbitrage, il est ressortissant d'un État membre de la Convention de Washington et il défend ses intérêts propres. Et cela même si le cédant (**Mihaly, Canada**) n'avait pas le droit d'agir auprès du CIRDI (en l'espèce, il n'était pas ressortissant de l'État membre à la date du dépôt de la Requête d'arbitrage).³⁹⁶

C'est dans le même sens que se sont prononcés les Tribunaux CIRDI dans les affaires

³⁹⁴ *Ibid.*: “24. It follows that as neither Canada nor Mihaly (Canada) could bring any claim under the ICSID Convention, whatever rights Mihaly (Canada) had or did not have against Sri Lanka could not have been improved by the process of assignment with or without, and especially without, the express consent of Sri Lanka, on the ground that nemo dat quod non habet or nemo potiorem potest transferre quam ipse habet. That is, no one could transfer a better title than what he really has. Thus, if Mihaly (Canada) had a claim which was procedurally defective against Sri Lanka before ICSID because of Mihaly (Canada)'s inability to invoke the ICSID Convention, Canada not being a Party thereto, this defect could not be perfected vis-à-vis ICSID by its assignment to Mihaly (USA). To allow such an assignment to operate in favour of Mihaly (Canada) would defeat the object and purpose of the ICSID Convention and the sanctity of the privity of international agreements not intended to create rights and obligations for non-Parties. Accordingly, a Canadian claim which was not recoverable, nor compensable or indeed capable of being invoked before ICSID could not have been admissible or able to be entertained under the guise of its assignment to a US Claimant. A claim under the ICSID Convention with its carefully structured system is not a readily assignable chose in action as shares in the stock-exchange market or other types of negotiable instruments, such as promissory notes or letters of credit. The rights of shareholders or entitlements of negotiable instruments holders are given different types of protection which are not an issue in this case before the Tribunal. This finding is without prejudice to the right of Mihaly (Canada) to pursue its claims, if any, before another otherwise competent forum.”

³⁹⁵ « 3. En cas de recours à l'arbitrage international la controverse pourra être portée devant l'un des organes d'arbitrage désignés ci-après au choix de l'investisseur: *Au Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) créé par la « Convention sur le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et nationaux d'autres États » (..), si chaque partie au présent Traité y a adhéré».*

³⁹⁶ Point 24, cite, et point 26: “*The Tribunal finds, nonetheless, that Mihaly International Corporation (USA) is entitled to file a claim in its own name against Sri Lanka in respect of the rights and interests it may be able subsequently to establish (...)*”.

- **Robert Azianin et altri v. United States of Mexico**³⁹⁷ (ICSID Case ARB(AF)/97/2), où les demandeurs ayant la nationalité des EE.UU. sont les actionnaires de l'entreprise des EE.UU. Global Waste

³⁹⁷ La Décision arbitrale, du 1 novembre 1999, a été publiée dans la page web du CIRDI

- Industries Inc., actionnaires également de l'entreprise mexicaine DESONA ;
- **Waste Management v. United States of Mexico**³⁹⁸ (ICSID Case ARB(AF)/98/2), le demandeur ayant la nationalité des EE.UU., il intervient en sa qualité d'actionnaire de l'entreprise mexicaine ACAVERDE S.A. ;
- **Metalcad Corporation v. United States of Mexico**³⁹⁹ (ICSID Case ARB (AF)/97/1), l'entreprise ayant la nationalité des EE.UU., Metalcad Co. est le demandeur dans sa condition d'actionnaire de l'entreprise mexicaine Coterin S.A. ;
- **Klöckner v. Cameroon** (ICSID Case ARB/81/2), où les actionnaires allemands, belges et hollandais de Klöckner étaient les co-demandeurs, les trois États étant membres de la Convention CIRDI ;
- **AMT v. Zaïre** (ICSID Case /ARB/93/1), où l'entreprise, ayant la nationalité des EE.UU., ne plaidait que pour ceux de ses actionnaires ressortissants d'un État membre de la Convention CIRDI.

La conclusion du Tribunal de l'affaire **Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka** s'impose à plus forte raison dans la présente procédure, car la compétence du CIRDI, et par voie de conséquence celle du Tribunal arbitral, trouve ici sa source non dans un accord ou contrat conclu entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger, mais directement dans le traité international conclu entre la République du Chili et l'Espagne, et où le cédant de 90% des droits sur CPP S.A., aussi bien que la Fondation cessionnaire, sont des ressortissants de l'Espagne, un État membre de la Convention CIRDI.

La règle dite de la continuité de l'identité du titulaire du droit en cause a été évincée par la Convention de Washington du 18 mars 1965 et l'API Espagne-Chili du 2 octobre 1991

I. Les antécédents.
Les Traités multilatéraux. Le Traité de Versailles

³⁹⁸ La Décision arbitrale, du 2 juin 2000, a été publiée dans la page web du CIRDI.

³⁹⁹ Vid. La Décision du 30 août 2000 a été publiée dans la page web du CIRDI www.worldbank.org/ICSID/cases

L'art. 297(e) du Traité de Versailles, du 28 juin 1919 donnait aux ressortissants des États vainqueurs la faculté de réclamer réparation à l'Allemagne vaincue pour des dommages « ...causés à leurs biens, droits ou intérêts... ».⁴⁰⁰

D'après Blühdorn : « ...la nationalité en cause devait avoir été acquise au plus tard au moment où la mesure exceptionnelle avait été prise».⁴⁰¹ [M. Pey était exclusivement espagnol à la date du Décret Suprême N° 176, du 10 février 1975, portant confiscation de CPP S.A. et d'EPC Ltée.]

Il appartenait aux Tribunaux Arbitraux Mixtes (TAM) institués d'interpréter ces dispositions, ainsi que les arts. 296 et 304(e)(2).

Dans l'affaire **Société par actions Odra c. État allemand**⁴⁰², le TAM germano-tchécoslovaque jugea qu'une cession du droit de réclamer restitution des biens confisqués pendant la guerre rendait la demande irrecevable (pour défaut de compétence). Le cessionnaire, une société tchécoslovaque, avait acquis le droit de réclamation à une date postérieure à celle de l'entrée en vigueur du Traité de Versailles.⁴⁰³ Le Tribunal précisa même que si la cession avait eu lieu avant cette date, la requête eût été recevable. [La cession des droits sur l'investissement de M. Pey a eu lieu avant la date de la signature de l'API Espagne-Chili].

II. L'art. 78(9)(a) du Traité de paix conclu le 10 février 1947 entre les États alliés et l'Italie

Dans le cadre de ces Traité ce furent les «ressortissants des Nations Unies» qui obtinrent le droit de réclamer aux pays vaincus la restitution de leurs avoirs immobiliers. Le terme «ressortissants des Nations Unies»

« ... s'applique aux personnes qui sont des ressortissants de l'une quelconque des Nations Unies, ainsi qu'aux sociétés ou associations constituées sous le régime des lois de l'une des Nations Unies, lors de l'entrée en vigueur du présent Traité, à condition que lesdites personnes ...aient déjà possédé ce statut à la date de l'armistice... ».⁴⁰⁴

On remarquera que ni la Convention CIRDI ni l'API Espagne-Chili n'établissent une pareille condition pour déterminer la nationalité des personnes susceptibles d'avoir accès à un arbitrage CIRDI.

⁴⁰⁰ Martens : Nouveau Recueil Général des Traité et autres actes relatifs aux rapports de droit international, Leipzig, Lib. Theodor Weicher, 1922, 3^{ème} série, vol. 11, pp. 559-560.

⁴⁰¹ Blühdorn : « Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes créées par les Traité de Paris », RCADI, vol. 41, 1932-III, pp. 202-210.

⁴⁰² Rec TAM, vol. VI, pp. 580-585

⁴⁰³ La Fondation cessionnaire espagnole a acquis les droits sur CPP S.A. en 1989-90, avant l'entrée en vigueur du API Espagne-Chili, en mars 1994.

⁴⁰⁴ Art. 78(9)(a) du Traité (NN.UU., Recueil des Traité, vol. 49, 1950, p. 45).

Sont également ressortissants des NN. UU. les personnes physiques et les sociétés ou associations qui furent traitées en ennemis pendant la guerre. [Les Autorités du Chili ont méconnu *de facto* à M. Pey les bénéfices de la double nationalité chilienne après le 11.09.1973 ; elles l'ont traité en « ennemi », elles l'ont déclaré d'arrestation, avec les suites bien connues, par proclamation militaire publique⁴⁰⁵].

Une naturalisation effectuée entre la date de l'armistice et celle de l'entrée en vigueur du Traité de paix du 10 février 1947 ne portait pas à conséquence si elle conférait à l'intéressé la nationalité d'un autre pays allié.

Un autre point important est l'absence de la condition relative à la nationalité au moment du préjudice.

III. L'art. V de l'Accord du 14 août 1947 signé par les Etats-Unis et l'Italie

L'art. V instituait une Commission de conciliation devant statuer sur « *certain wartime claims and related matters* », et il dispose que :

« ...nationals means individuals who are nationals of the USA, or Italy ...at the time of the coming into force of this Memorandum of Understanding, provided that,.. [they] also have held this status either at the time at which their property was damaged or on September 3, 1943, the date of the Armistice with Italy. »⁴⁰⁶

L'exigence d'une continuité de la nationalité entre les dates prescrites n'est pas vraiment exprimée. Pour FREIDBERG, le système des traités de paix dans son ensemble

« ...was a slight softening of the strict rule of continuous nationality, inasmuch as protection was extended to claimants who were not nationals of the spousing state on the date of the loss, but acquired such nationality before the armistice was signed. »⁴⁰⁷

Qu'en est-il de la titularité du droit ? Dans le Traité de paix, tout d'abord, on apprend, à l'art. 78 (4)(a), que :

« Lorsqu'un bien ne pourra être restitué ou que, du fait de la guerre, le ressortissant d'une Nation Unie aura subi une perte par suite d'une atteinte ou d'un

⁴⁰⁵ Pièce C50.

⁴⁰⁶ RSA, vol. XIV, p. 68.

⁴⁰⁷ FREIDBERG : « *Unjust and Outmoded –The Doctrine of Continuous Nationality in International Claims* », The International Lawyer, vol. 4, 1970, p. 839. Dans le même sens, BLASER, op. cit. infra, page 32.

*dommage causé à un bien en Italie, le Gouvernement italien indemnisera le propriétaire ... jusqu'à concurrence des deux tiers de la somme ... ».*⁴⁰⁸

« Propriétaire », nous dit la lettre c) du chiffre 9 du même article, désigne celui

*« ... qui a un titre légitime au bien en question, et s'applique au successeur du propriétaire, à condition que ce successeur soit aussi ressortissant d'une des Nations Unies au sens de l'alinéa a) ».*⁴⁰⁹

Le terme « successeur » doit être entendu dans un sens large, incluant aussi le cessionnaire (voir la suite de la lettre c) du chiffre 9 du même article).

On voit que le transfert du droit en cause opéré entre personnes de nationalité différentes mais « ressortissantes des Nations Unies » n'affecte pas la continuité.

L'article III de l'Accord du 14 août passé entre les États-Unis et l'Italie⁴¹⁰, s'il donne quelques précisions relatives au dommage, ne nous renseigne pas davantage sur la question de la titularité du droit.

IV. La transmission des droits à l'arbitrage et la Convention de Washington du 18 mars 1965

La Convention de Washington établissant le CIRDI, à son art. 25(2)(b) n'a pas repris la condition de la nationalité « à l'origine », et d'une exigence d'une continuité au sens strict.

BLASER avait déjà remarqué dans La nationalité et la protection internationale de l'individu⁴¹¹:

« L'assouplissement des principes traditionnels dont font preuve les traités de paix paraît être la marque des tendances actuelles vers une plus grande protection des droits de l'individu dans l'ordre international ».

La Convention CIRDI et l'API Espagne-Chili se situent en dehors du système de la protection diplomatique:

« Art. 27 de la Convention:

(1) Aucun état contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à

⁴⁰⁸ MARTENS, op. cit., note 17, p. 43.

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ Voir l'art. III, chiffre 16, lettre a. RSA, vol. XIV, p. 67.

⁴¹¹ Thèse Lausanne, Imprimerie Rencontre, 1962, p. 32.

l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend».

Dans le même sens, l'art. 10.6 de l'API Espagne-Chili dispose:

« Les Parties contractantes s'abstiendront d'échanger, au travers des canaux diplomatiques, des arguments concernant l'arbitrage ou une action judiciaire déjà entamée jusqu'à ce que les procédures correspondantes aient été conclues; hormis quant au fait que les Parties à la controverse n'auraient pas exécuté la décision de la Cour arbitrale ou l'arrêt du Tribunal ordinaire, selon les modalités d'exécution stipulées dans la décision ou l'arrêt. »

La raison d'être du système CIRDI-API est la protection internationale des droits de la personne, en tant qu'«investisseur», la question de l'intérêt national est passée au second plan. La conséquence en est la disparition des deux règles de la continuité, celle de la nationalité et celle de l'identité du titulaire du droit, qui trouvent leur origine à une époque où l'individu n'avait aucune signification juridique sur la scène internationale, c'était donc par l'intermédiaire de l'État et à la discrétion de celui-ci qu'il pouvait faire valoir ses droits, à condition de posséder sa nationalité.

Cette prémissse est conforme à l'évolution du Droit International, dans le sens d'une diminution du rôle joué par l'État national pour se diriger vers une reconnaissance de plus en plus marquée des droits de l'homme, indépendamment de la nationalité. De ce fait, la protection diplomatique devient subsidiaire dans le système CIRDI-API.

Plus particulièrement, l'éviction de la règle de la continuité de l'identité du titulaire du droit à l'arbitrage est possible dans la Convention de Washington

D'après Aron BROCHES, elle est possible, à condition que le successeur soit national d'un État membre de la Convention :

“The convention is silent as to the assignability of ICSID arbitration agreements and there is no reason to consider that assignment is not permitted. In order to be effective under the Convention, however, the assignee or successor must have the status required by the Convention, i.e., must be a national of another Contracting State. That is to say that assignment to an entity which does not have that status would destroy the arbitration clause. The question might be asked whether, in addition, the successor or assignee must itself consent in writing in order to come within the jurisdiction of the Centre. The answer to this would seem to be in the negative if the clause is so drafted as to make clear that it is binding not only on the original parties to the agreement but also on successors or assignees.”⁴¹²

La jurisprudence du CIRDI

⁴¹² Broches—“Arbitration Clauses and Institutional Arbitration. ICSID: A Special Case,” (1974) in Broches (A.), Selected Essays, World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 247.

Dans le cas Holiday Inn (H.I.) (fondé sur un contrat d'investissement et non un API) le Gouvernement défendeur a allégué qu'il n'avait jamais consenti expressément et par écrit à l'arbitrage en ce qui concerne H.I. of America et OPC. Le Prof. Pierre Lalive commente :

"This formalistic argument ran counter to both the letter and the spirit of the Washington Convention, which does indeed require 'consent in writing' to arbitration of a 'legal dispute arising directly out of an investment', but does not require that the other party be identified in writing at the outset and specifically. The fundamental condition of jurisdiction is the consent (in writing) of the 'parties to the dispute'. But this condition may well be fulfilled, e.g. in case of subrogation, succession, etc., although not all the parties have been or could be named in the original contract.

*A contrary interpretation would result in paralysing in practice any transfer or assignment of contracts or contractual rights and duties. It would be unrealistic to expect that, throughout the life of a contract containing an arbitration clause, any succession to or transfer of rights and duties would only be fully effective if the original consent to arbitration was each time renewed or confirmed in writing. What is indeed essential under the Convention is (1) that the actual dispute be shown clearly to fall within the scope of the arbitration clause and (2) that each claimant (or each defendant) be shown to be, in the particular case, a 'party to the dispute' -whether or not such party happens to be named or identified as signatory to the original contract."*⁴¹³

Lors de la cession en 1989-1990 de 90% des droits sur CPP S.A. à la Fondation espagnole, ni l'Espagne ni le Chili n'avaient ratifié la Convention du CIRDI. L'API entre l'Espagne et le Chili n'existe pas. L'investisseur espagnol n'avait donc pas la capacité d'engager une action internationale contre la République du Chili. Tout rapprochement est donc à exclure avec une situation de "claims agency».

Pour ce qui concerne Holiday Inn S.A., le Maroc alléguait que les parties n'avaient pas la capacité d'accepter l'arbitrage CIRDI parce que, lors de leur accord de 1966, ni le Maroc ni la Suisse ne faisaient partie de la Convention CIRDI. Plus encore, la compagnie n'avait pas encore une personnalité légale d'après la loi suisse. Le Tribunal statuait cependant:

"The Tribunal is of the opinion that the Convention allows parties to subordinate the entry into force of an arbitration clause to the subsequent fulfilment of certain conditions, such as the adherence of the States concerned to the Convention, or the incorporation of a company envisaged by the agreement. On this assumption, it is the date when these conditions are definitely satisfied, as regards one of the parties

⁴¹³ LALIVE (Pierre): "The first 'World Bank' arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) –some legal problems", in The British Year Book of International Law 1980, 1982, page 150.

*involved, which constitutes in the sense of the Convention the date of consent by that party.”*⁴¹⁴

Pour ce qui concerne Holiday Inn et Occidental, le Maroc alléguait qu’elles n’avaient pas le droit d’être parties à l’arbitrage du fait qu’elles n’avaient pas signé l’accord contenant la clause CIRDI. Le Tribunal arrêta cependant

*“that any party on whom rights and obligations under the Agreement have devolved is entitled to the benefits and subject to the burdens of the arbitration clause.”*⁴¹⁵

Si l’on remplace ‘Agreement of Investment’ par Accord Bilatéral d’Investissement, les mêmes principes s’appliquent au transfert des crédits de M. Pey à la Fondation espagnole en 1989-1990, et au droit de cette dernière à l’arbitrage du CIRDI *ex art. 10 de l’API Espagne-Chili du 2.10.1991.*

Dans la présente affaire l’obligation pour la République du Chili de respecter son droit national, et aussi les dispositions de la Convention qu’elle a conclue avec l’Espagne, n’est rien d’autre que l’expression de sa souveraineté étatique au plein sens du terme. Comme la Cour permanente de Justice Internationale l’avait énoncé dans l’affaire du Vapeur Wimbledon:

*“La Cour se refuse à voir dans la conclusion d’un traité quelconque, par lequel un État s’engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté (...). La faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l’État.”*⁴¹⁶

Affaire AMCO ASIA v. Indonesia

Dans cette affaire il s’agissait d’une Convention d’Investissement, et non d’un API. La doctrine établie dans la Sentence AMCO (voir en particulier les points 369 et 373) est néanmoins transposable à un investissement régi par un API et donc au transfert des droits de M. Pey à la Fondation espagnole.⁴¹⁷

La Convention entre P. T. AMCO et la République d’Indonésie était *intuitu personae*, seule raison d’être de l’approbation par l’Etat hôte du transfert des actions. L’API entre l’Espagne et le Chili ne l’est pas, le transfert des actions de l’investisseur espagnol à une Fondation également espagnole ne requiert donc pas l’approbation de l’Etat hôte.

⁴¹⁴ Transcript, p. 11. Cité dans TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 818.

⁴¹⁵ Transcript, p. 14. Cité dans TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 818.

⁴¹⁶ C.P.J.I., série A n° 1, p. 25.

⁴¹⁷ Cfr. TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986.

La cession du droit fondant la réclamation internationale

Dans l'**affaire Camy** (MCC franco-américaine, Convention du 15 janvier 1880), le conseil du réclamant avait plaidé l'inaccessibilité des droits que possédait ce dernier, en se référant au droit anglo-saxon.⁴¹⁸ Se désintéressant du droit interne, la Commission déclara que le droit de céder la réclamation était reconnu et cita la jurisprudence de commissions antérieures. La faculté de céder la réclamation proviendrait donc directement du droit international, si tant est qu'on puisse se fier à une décision rendue principalement sur la base de l'équité.⁴¹⁹

De même, dans l'**affaire Landreau**⁴²⁰ (commission arbitrale américano-péruvienne créée par le Protocole du 21 mai 1921), le Tribunal refusa d'examiner un argument basé sur la violation des règles du droit péruvien concernant la validité formelle de la cession intervenue. En guise de justification, il affirma :

*« It is not necessary for this purpose to decide what may be the municipal law of Peru as to assignment of contract rights... We are not embarrassed by any technicalities of municipal law. It is clear that in all justice and fairness, Peru was bound to pay... ».*⁴²¹

On voit à travers ces exemples que ce ne fut pas toujours en fonction du droit étatique que le juge international a reconnu la cessibilité des droits individuels. L'**affaire Camy** indiquerait plutôt que cette faculté fut considérée par le juge comme découlant directement du droit international.

⁴¹⁸ Il avait soutenu que : « *This claim was not a right, or, if a right, did not belong to the class of assignable rights...* (MOORE, International Arbitrations, vol. III, p. 2399).

A cette époque le droit anglo-saxon interdisait la cession des 'choses (sic) in action' fondées sur une responsabilité délictuelle, ce qui explique l'argument présenté. Comme le relève BORCHARD (Diplomatic Protection of Citizens Abroad, N. York, The Banks Law Pub. Co., 1927, p. 637, cette règle fut modifiée par la suite, et les droits et actions issus de cette responsabilité devinrent cessibles.

⁴¹⁹ L'art. 4 de la Convention exigeait des commissaires de juger « *...according to public law, justice and equity...* » (texte in PARRY, The Consolidated Treaty Series, col. 156, p. 184).

⁴²⁰ Décision du 26 oct. 1922, RSA, vol. I, pp. 349-367.

⁴²¹ Ibid, p. 367. Si l'indépendance de ces principes fut ainsi affirmée, c'est parce que le juge avait l'obligation de juger en équité selon l'art. 1^{er} du Protocole signé le 21 mai 1921.

Le droit processuel

Aussi bien le droit chilien que le droit espagnol, en accord avec la tradition du droit romain et « continental », établissent une distinction entre :

- a) le droit substantif du crédit cédé, c'est à dire l'accord générique destiné à produire une succession *inter-vivos*, et qui peut-être contenu dans des contrats types déterminés ou atypiques qui sont régis par le principe *tempus regit actum*, et
- b) le droit processuel qui régit la procédure pour la revendication de ce droit, y compris l'action judiciaire et l'arbitrage, entre autres,
- c) les questions processuelles, y compris celles relatives à la juridiction et à la compétence d'un tribunal sont régies par la Loi en vigueur au moment où est entreprise la procédure judiciaire ou arbitrale.

La jurisprudence du CIRDI

I

Affaire FEDAX NV v. République du Venezuela

Dans cette affaire il s'agit de la mise en application d'un API.

L'intégralité de la Décision du Tribunal sur la compétence, du 11 juillet 1997, a été produite dans la pièce N° D 5.

Les points 38 à 43 assument l'éviction de la règle de la continuité de l'identité du titulaire du droit en cause. Le Tribunal déclare qu'il est compétent.

II

Affaire AMCO ASIA v. Indonesia

S'étant considéré compétent dans les disputes entre P.T. Amco et l'Indonésie, le Tribunal poursuivait en décidant que le Centre était également compétent concernant Amco Asia et Pan American. Encore que la clause d'arbitrage ne faisait pas référence à Amco Asia la Convention ne requérait pas qu'un consentement écrit “soit exprimé selon une formulation solennelle, rituelle et unique” [point 369]. L'investisseur étranger était Amco Asia, P.T. Amco étant “seulement un dispositif instrumental à travers lequel Amco Asia prévoyait de réaliser l'investissement” [p. 369]. Comme la Convention était destinée à protéger les investisseurs et à promouvoir l'investissement privé étranger, la clause

d'arbitrage dans la demande d'investissement d'Amco Asia devait être interprétée de façon à fournir la protection de l'ICSID à Amco Asia, la véritable partie intéressée.⁴²²

Le Tribunal a également considéré que Pan American pouvait être partie à l'arbitrage de l'ICSID. Le raisonnement du tribunal était que les droits d'AMCO ASIA au CIRDI étaient “*attachés à son investissement, représenté par ses actions dans PT Amco*”; en conséquence un transfert de ces actions transférait le CIRDI [p.373]. L'approbation donnée par le Gouvernement en 1972 pour le transfert des actions à Pan American, encore qu'elle ne mentionnait pas l'arbitrage du CIRDI, avait néanmoins pour conséquence que le Gouvernement consentait

'to the transferee acquiring all rights attached to the shares, including the right to arbitrate, unless this later right would be expressly excluded in the approval decision.' (p. 373)⁴²³

La Convention entre P.T.AMCO et la République d'Indonésie était *intuitu personae*, seule raison d'être de l'approbation par l'État hôte du transfert des actions. L'API entre l'Espagne et le Chili ne l'est pas, le transfert des actions de l'investisseur espagnol M. Pey à une Fondation également espagnole ne requiert pas l'approbation de l'État hôte.

Le Tribunal a considéré dépourvu de pertinence qu'Amco Asia ait transféré un ensemble d'actions assurant le contrôle de P.T. Amco à Pan American. Les droits d'Amco Asia relatifs au CIRDI découlaient de ce qu'il était l'investisseur d'origine et non de ce qu'il était l'actionnaire disposant du contrôle sur P.T. Amco :

"Consequently, the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally." [point 373]⁴²⁴

Le Tribunal de l'affaire *Amco* a donné à entendre que même si Amco Asia avait transféré toutes ses actions à Pan American, elle aurait pu encore conserver un droit à l'arbitrage CIRDI “*en tant qu'investisseur initial*”.⁴²⁵

⁴²² Cité dans TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 829.

⁴²³ Cité dans TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 829.

⁴²⁴ Cité dans TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 829.

⁴²⁵ (1984) XXIII *LL.M.*, 351, 373. Cité dans TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 836.

Selon la décision sur la compétence du tribunal de l'affaire Amco, ces droits à l'arbitrage peuvent être transférés à d'autres compagnies, donnant ainsi naissance à un nombre indéterminé de demandeurs potentiels. Enfin de compte le résultat serait que l'État perdrat son droit souverain de décider quelles compagnies étrangères doivent être autorisées à investir et à avoir des droits à l'arbitrage du CIRDI.⁴²⁶

Dans certaines circonstances le fait que des droits à l'arbitrage du CIRDI soient induits pour des compagnies parentes ou affiliées peut être justifié afin de donner du sens à une clause CIRDI dans un accord écrit. Dans l'affaire Amco, par contre, une fois que le tribunal avait décidé que le Centre était compétent concernant la compagnie locale, il n'y avait aucune raison impérative d'aller au-delà et induire des droits au CIRDI pour ses actionnaires ; ils auraient bénéficié de toute sentence en faveur de la compagnie locale indépendamment de ce qu'ils aient été, de façon formelle, partie à la procédure d'arbitrage.⁴²⁷

Par conséquent le Centre, donc le Tribunal a compétence pour connaître du différend et à statuer sur le fond.

⁴²⁶ Cité dans TUPMAN (W.Michael): "Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 837-38.

⁴²⁷ Cité dans TUPMAN (W.Michael): "Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 838.

IX

Réponses aux questions du Tribunal du 8 mai 2002

IX.1

Dans sa **Décision** du 8 mai 2002, point N° 64, le Tribunal arbitral affirme que

« N° 64. (...) *Le contrat indique aussi en son 3^{ème} (sic) [4^{ème}] alinéa : (...)* ».

En effet, dans la version française du contrat de cession des actions de CPP S.A. du 6 février 1990⁴²⁸, le 3^{ème} alinéa manque. Il y est dit :

« *3^{èmement} : La cession est à titre gratuit, inconditionnel et irrévocable, à condition que l'inscription de la Charte de Fondation du CESSIONNAIRE au Registre des Fondations ait lieu avant le six octobre mil neuf-cent quatre-vingt-dix* ».⁴²⁹ ».

IX.2

Naissance du différend. Non rétroactivité de l'API

Dans la Décision du 8 mai 2002, **points 123 et 124**, le Tribunal constate que « *à supposer avec la Partie défenderesse que ledit Traité n'a pas d'effet rétroactif, le désaccord entre les Parties porte ici sur la question de savoir si ledit Traité a été conclu ou non pour régler des situations ou une controverse survenues avant son entrée en vigueur (c'est-à-dire avant le 28 mars 1994).* »

L'expression «*régler des situations* » n'apparaît pas dans l'API Espagne-Chili. Elle n'est pas équivalente ni assimilable aux notions de « *controverse* » ou « *réclamation* », qui impliquent la présence de deux versions qui s'opposent.⁴³⁰

Lorsque le Chili a souhaité que les expressions «situations», ou «faits» soient inclus dans un API il l'a fait établir dans le dispositif du Traité. Par exemple, dans le Traité convenu entre le Chili et l'Argentine (en vigueur depuis le 27 février 1995), dont l'art. N° 8 dispose:

« Domaine d'application

1. *Le présent Traité bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur, et qui, selon la législation de la Partie Contractante correspondante, seraient enregistrés comme investissement étranger. Il ne s'appliquera pas, toutefois, aux controverses ou aux réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur, ou liées à des faits survenus*

⁴²⁸ Pièce N° 18 annexe au **Mémoire** du 17 mars 1999.

⁴²⁹ Pièce C7.

⁴³⁰ Voir la **Réponse** du 18 septembre 1999, points 3 à 3.5.

antérieurement à son entrée en vigueur ou se référant au simple maintien de telles situations préexistantes ;⁴³¹

dans l'API Chili-Tchéquie (J.O. du 2.12.1996):

« Article 2
Domaine d'Application

Les dispositions du présent Accord (...) toutefois il ne sera pas applicable aux controverses qui auraient surgi antérieurement à son entrée en vigueur ou aux controverses directement liées à des événements qui ont eu lieu avant son entrée en vigueur »,

dans l'API Chili-Philippines (D.O. du 6.11.1997)⁴³²:

« ARTICLE II
Domaine d'Application

Le présent Accord (...) toutefois il ne s'appliquera pas aux déférands qui auraient surgi antérieurement à son entrée en vigueur ou à des déférands directement liés à des faits qui auraient eu lieu antérieurement à son entrée en vigueur» ;

dans l'API Chili-Italie (D.O. 23.06.1996)⁴³³

« ARTICLE 13
Domaine d'Application de l'Accord

1. Le présent accord (...)

En tout cas il ne s'appliquera pas aux controverses déjà entreprises ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur ni aux réclamations pendantes ou surgies avant cette date, non plus que pour des faits survenus antérieurement à son entrée en vigueur ou pour le simple maintien de telles situations préexistantes » ;

ou dans les API que le Chili a signés avec la Croatie, l'Ukraine, le Paraguay, le Panama et le Vénézuela.⁴³⁴

On aura remarqué que dans tous ces API la République du Chili fait la différence entre, d'une part, les concepts "controverse" et "réclamation", et d'autre part les notions de "faits", "événements" et "situations préexistantes".

Or l'API Espagne-Chili suit un autre modèle, tel que celui des API convenus par le Chili avec la France, le Royaume Uni, la Finlande, le Danemark, la Malaisie, la Norvège, le Portugal, ou la Suède⁴³⁵, où les notions de "faits", "événements" et "continuité de

⁴³¹ C115. Souligné par nous.

⁴³² C126.

⁴³³ C201

⁴³⁴ Les API convenus par le Chili sont publiés dans la page web du Comité des Investissements Etrangers : <http://www.cinver.cl/>

⁴³⁵ Pièce jointe à la communication adressée au Centre le 5 novembre 2001

situations préexistantes » sont inconnues. Ainsi, l'art. 1.2 de l'API Chili-Royaume Uni (J.O. du 23.06.1997):⁴³⁶

« (2) Le présent Accord régira ce qui a trait aux investissements effectués (...) avant ou après l'entrée du présent Accord. Toutefois elle ne régira pas ce qui a trait aux différences ou divergences qui auraient surgis avant son entrée en vigueur» ;

ou l'art. 12 de l'API Chili-France du 14.07.1992:

“Le présent accord s'applique à tous les investissements réalisés par les nationaux ou sociétés de l'une des Parties contractantes sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante mais ne s'applique pas aux différends relatifs à un investissement qui sont nés avant l'entrée en vigueur de l'accord;

et également l'art. N° 2 de l'API Espagne-Chili :

« 2. Le présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger.

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

Le Traité bilatéral Espagne-Chili de 1991 utilise également la notion de «*controverse*» dans les articles 9 et 10 (qui traitent du règlement des différends), et associe cette notion à un conflit entre deux parties. On admettra à tout le moins que la Partie qui s'estime lésée doive faire connaître le sujet de désaccord et ses prétentions par la voie officielle adaptée à la Partie Contractante impliquée.

Il ressort des faits de l'espèce qu'aucune «*réclamation*» ni «*controverse*» n'a surgi avant le 28 mars 1994 entre les investisseurs espagnols et la République du Chili. En tout état de cause, aucun conflit n'a surgi le 10 février 1975, au contraire de ce qu'affirme le Chili⁴³⁷, entre M. Pey et les Autorités du Chili.

La première «*controverse*» est survenue après que le 29 mai 1995 le Juge de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago eût ordonné que l'investisseur espagnol soit remis en possession des titres de propriété de CPP S.A., des contrats de leur achat et des justificatifs du paiement du prix⁴³⁸, et que le Gouvernement du Chili n'ait pas donné suite à la première «*réclamation*» de restitution des biens et de compensation des dommages.⁴³⁹

⁴³⁶ Pièce C124.

⁴³⁷ N°2.1.3, Mémoire de la défenderesse du 27 décembre 1999.

⁴³⁸ Pièce N° 21 annexe à la Requête d'arbitrage.

⁴³⁹ Cfr pièces N° 22, 23, 11 et 12 annexes à la Requête d'arbitrage, et la communication du Gouvernement du Chili di 9 octobre 1997, pièce ci-annexe C142.

La défenderesse n'a pas produit la moindre trace d'une **controverse** avec l'État du Chili, ni directement ni indirectement, ni au Chili ni à l'étranger, ni d'une **réclamation**, portant sur la confiscation de leur investissement dans la principale entreprise de presse du Chili.

Les Décrets confiscatoires ont été laborieusement échafaudés sur le Décret-Loi N° 77, de 1973, portant confiscation des biens des Partis politiques. La lettre du 22 février 1974 annonçant des représailles avait été adressée à M. Sainte-Marie afin de l'encourager à collaborer avec la Dictature (pièce C9). Les Décrets confiscatoires qui ont suivi, et la propagande de la Junta Militaire destinée à les motiver, visaient le Gouvernement et la personne du Président Allende. Les interrogatoires effectués par le Service National des Impôts Internes, dans la procédure judiciaire d'accompagnement, visaient à étayer un fait que la Junta Militaire savait inexistant mais qui intéressait sa campagne contre le Président assassiné.

Les entreprises CPP S.A. et EPC Ltée., de même que M. Pey, avaient été totalement absents de la procédure judiciaire auprès de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago.

Nul n'a pris au Chili la représentation ni la défense des entreprises CPP S.A. et EPC Ltée., ni de M. Pey. Nul n'a formulé une réclamation les intéressant, ni lorsque les premières ont été confisquées par le Décret du 10 février 1975, ni lorsque le Service National des Impôts Internes a déposé sa plainte judiciaire le 15 septembre 1975, ni lorsque « *la totalité des biens meubles et immeubles, droits et actions* » de M. Pey ont été confisqués par le Décret N° 580 en 1977.

Le 1er septembre 1976 le Juge avait déclaré M. Pey *en rebeldía* (faisant défaut, rebelle), comme il est attesté dans la pièce C197. Auparavant, le 11 décembre 1975 le Directeur National des Impôts Internes avait déjà renoncé à imputer une infraction quelconque à M. Pey, comme il est attesté dans les pièces C189, C191.

Le vendeur de CPP S.A., M. Dario Sainte-Marie, avait également été absent de ladite procédure judiciaire.

Par conséquent, en ce qui concerne l'investissement de M. Pey dans CPP S.A. et EPC Ltée., et la confiscation de ces dernières par le Décret Suprême N° 167, du 10 février 1975, il n'y a pas eu de controverse auprès la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago.

Tous ses droits lui ayant été déniés, M. Pey et ses entreprises de presse ont été réduits à un état de non défense.

Après des recherches longues et très difficiles, M. Pey a réussi à localiser les titres de propriété. Le 1^{er} février 1995 il comparaissait auprès de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago et les réclamait. Le Juge transmettait la demande à la représentation de l'État, qui acquiesçait. Il a exigé ensuite de M. Pey « **que soit démontrée préalablement la pleine**

propriété des actions dont la restitution est demandée ».⁴⁴⁰ Après quoi le Juge s'est considéré satisfait et a ordonné leur restitution à M. Pey. Le 6 novembre 1995 ce dernier adressait au Président du Chili la réclamation qui figure en annexe à la **Requête** d'arbitrage (pièce N° 22).

Le Tribunal connaît la suite. Le 28 avril 2000, six ans après l'entrée en vigueur de l'API, les droits des investisseurs espagnols ont fait l'objet de l'acte de dépossession caractérisé exprimé par la « Décision N° 43 », signé par le Ministre Orrego.

Cette Décision constitue en tout état de cause, et si nécessaire, un nouvel élément constitutif du différend.

Sur les conséquences de cette Décision et son illégalité, le Tribunal arbitral est prié de se reporter à l'exposé complémentaire sur le fond.

IX.3 Choix d'un for

3.1

Dans sa **Décision** du 8 mai 2002, point N° 71, le Tribunal arbitral affirme que

« *Il y a lieu de noter à ce stade que la Partie défenderesse tire de l'existence de ces procédure l'argument que les Parties demanderesses ont opté pour la juridiction nationale chilienne, ce qui exclurait la compétence du Tribunal arbitral du CIRDI.* »

Cette objection a été traitée dans la **Note du 15 octobre 2001** (dernière page), lors des audiences des 29 et 30 octobre 2001 (point V.2 du dossier de plaidoirie), dans la **Réponse** du 18 septembre 1999 (point 6 et ss.), et dans la **Duplique** du 7 février 2000 (Section I. III.3).

Les biens et actifs qui sont la matière du procès soumis au Tribunal arbitral sont ceux qui figurent dans le rapport de l'expert économique ci-joint, D-18.

La défenderesse n'a pas produit la moindre preuve de ce que les investisseurs espagnols aient jamais déposé une demande auprès de la Justice chilienne pour la restitution des mêmes droits et crédits réclamés dans la présente procédure arbitrale.

La prétention de la défenderesse est paradoxale. Dans l'ordre interne, elle affirme avoir pris la « Décision N°43 » du fait que ni M. Pey ni la Fondation espagnole n'avaient

⁴⁴⁰ Pièce N° 21 annexe à la **Requête** d'Arbitrage.

allégué un droit quelconque sur CPP S.A.⁴⁴¹ alors même que ses porte paroles, personnalités diverses s'exprimant au nom du Gouvernement se répandent en invectives et anathèmes contre les demanderesses précisément à ce sujet⁴⁴², et que --mieux encore-- ses représentants allèguent devant le Tribunal Arbitral qu'en l'espèce les demanderesses ont opté pour le *for interne*.

Il est pertinent d'invoquer à cet égard le précédent de l'affaire Eudoro A. Olguin c. República de Paraguay⁴⁴³, où le Tribunal CIRDI a fait un constat similaire au cas d'espèce:

« Aucune démonstration n'existe dans le dossier de ce que Monsieur Olguin aurait introduit une réclamation judiciaire contre la République du Paraguay afin d'obtenir le paiement des obligations qu'il cherche à obtenir dans la présente procédure d'arbitrage. »

Dans sa réponse du 9 octobre 1997, le Gouvernement du Chili n'a pas soulevé cette objection (pièce C142). Dans sa communication du 7 juin 2002 il semblait plutôt admettre que les procédures introduites au Chili étaient étrangères à la procédure arbitrale, et affirmait (page 2):

a) en ce qui concerne la procédure auprès de la 21^{ème} Chambre Civile de Santiago (Arrêt de la Cour Suprême du 14.05.2002 prononçant la nullité de droit public de la confiscations des droits et actions de M. Pey)⁴⁴⁴

« (...) les Parties demanderesses traitent d'un sujet qui, elles l'admettent elles-mêmes, est 'une affaire indépendante de l'arbitrage en cours'. (...) »

b) en ce qui concerne la procédure auprès de la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago (affaire Goss), la défenderesse ajoutait :

« (...) les Parties demanderesses reviennent à la Décision N° 43! Cette fois-ci, elles déclarent toutefois qu'elles abordent la restitution de la rotative Goss, affaire non soumise au Tribunal arbitral (!). »⁴⁴⁵

Quoi qu'il en soit, les faits parlent d'eux-mêmes. D'une part, le Décret 1200 de 1977 ayant confisqué « *tous les droits et actions* » appartenant à M. Pey, cela comprenait aussi les actions de CPP S.A. achetées en 1972 et qui étaient la soi-disant raison pour

⁴⁴¹ Voir les lettres que le Ministre des Biens Nationaux, le 14 juillet 2000, et le "Contralor", le 27 novembre 2000, ont adressé aux demanderesses (pièces annexes aux communications des 27 avril et 4 janvier 2001, respectivement).

⁴⁴² Pièces C207, C205, C172, C169, C163, C162, C176.

⁴⁴³ ICSID Case N° ARB/98/5, *Decisión sobre la excepción de jurisdicción* de 8 de agosto de 2000, point 30.

⁴⁴⁴ Voir l'Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 14 mai 2002, pièce C138, et l'Arrêt de 1^{ère} Instance du 13 janvier 1997 (communication au Centre du 19.XII.1997).

⁴⁴⁵ Souligné par la défenderesse.

laquelle on lui avait appliqué le Décret Loi N° 77 de 1973⁴⁴⁶. Néanmoins M. Pey n'avait pas inclus les actions de CPP S.A. dans le contentieux clos par l'Arrêt de la Cour Suprême du 14 mai 2002. Aucune mention n'y est faite des actions de CPP S.A., ni du Décret Suprême N° 165, du 10 février 1975 portant confiscation des biens de CPP S.A. et d'EPC Ltée.⁴⁴⁷

Dans leur consentement à l'arbitrage les demanderesse ont explicitement exclu la « restitutio» de la rotative GOSS ou sa valeur de remplacement⁴⁴⁸. C'est-à-dire le seul et unique objet de la demande judiciaire portant sur les presses GOSS dont connaît, depuis 1995, la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago du Chili⁴⁴⁹.

Dans l'affaire Olgun c. République du Paraguay, le Tribunal CIRDI avait constaté que :

*« (...) La requête qu'il a apparemment faite (...) afin d'obtenir la déclaration judiciaire de faillite et liquidation d'une société commerciale ne peut pas avoir les mêmes conséquences juridiques qu'une requête contre la République du Paraguay. »*⁴⁵⁰

3.2

Dans son **point N° 124** la Décision du Tribunal arbitral fait référence à l'objection de la Partie défenderesse selon laquelle l'État du Chili n'aurait pas donné son consentement pour que cette controverse puisse être portée devant un Tribunal CIRDI.

Le Tribunal arbitral aura constaté dans la pièce ci-jointe C142 que le 9 octobre 1997 le Gouvernement du Chili avait offert aux investisseurs espagnols de recourir aux bénéfices de ce qui, quelques mois plus tard, devait constituer la Loi 19.518, en arguant que l'accès au CIRDI leur était barré du fait de la nationalité de M. Pey « *au moment de la réalisation des opérations commerciales destinées à acquérir le patrimoine* dont la confiscation fait l'objet de votre réclamation », et que « *lesdites opérations ne constituent pas un 'investissement étranger', conformément au régime juridique en vigueur à l'époque* ».

Il est donc clair que le 9 octobre 1997 la République du Chili reconnaissait implicitement que la Convention de Washington (art. 25.1) lui interdisait la révocation unilatérale de la clause CIRDI dans l'API Espagne-Chili (art. 10.3). En d'autres termes, en ratifiant l'API l'État du Chili avait renoncé à son immunité de juridiction dans la mesure où seraient réunies les conditions établies dans l'API Espagne-Chili et la Convention de Washington définissant la compétence du Tribunal.

⁴⁴⁶ Pièce N° 19 annexe au Mémoire du 19 mars 1999.

⁴⁴⁷ Pièce N° 1 annexe au Mémoire du 17 mars 1999.

⁴⁴⁸ Voir les pièces N°2 et 10 annexes à la Requête d'arbitrage du 7.11.1997

⁴⁴⁹ Voir la pièce C105, les annexes b) et c) à la communication adressée au Centre par la demanderesse le 11 mai 2000 et les pièces N° 2 et 10 annexes à Requête d'arbitrage du 7.11.1997.

⁴⁵⁰ Point N° 30 de la Décision du 8 août 2000 dans l'affaire CIRDI/ARB/98/5.

Dans la mesure où nous avons vu que toutes les conditions nécessaires sont réunies, le Tribunal CIRDI peut connaître du différend de nature juridique né entre les demanderesses et la République du Chili à partir de la réponse négative du Président du Chili à la proposition d'accord à l'amiable du 6 novembre 1995.⁴⁵¹

Cette conclusion a été confirmée par les agissements de la part de la défenderesse qui se sont succédés dès que la **Requête** d'arbitrage a été déposée, le 7 novembre 1997, visant à entraver l'action des demanderesses: l'obstruction à la constitution du Tribunal arbitral ; la nomination d'un co-arbitre en juillet 1998 dont le curriculum vitae cachait le nom de son pays de naissance⁴⁵²; la Note Verbale adressée au Gouvernement espagnol en août 1998, afin que le chef de la délégation du Chili dans la présente procédure propose une interprétation « *ad hoc* » des articles de l'API sur lesquels tourne l'arbitrage, sa production ultérieure (en occultant sa signature dans la copie du compte-rendu)⁴⁵³; la mise à exécution du Plan Testa, établi en décembre 1998 à la demande du Comité des Investissements Étrangers par celui-là même qui allait créer, le 22 avril 1999, par personne interposée, ASINSA S.A.⁴⁵⁴; la volonté d'imposer la nationalité chilienne à M. Victor Pey le 23 juin 1999⁴⁵⁵; l'opération visant à fabriquer de faux propriétaires après que les demanderesses aient produit les 40.000 titres de propriété des actions de CPP S.A. le 17 mars 1999 (**Mémoire**, pièces 6 à 9), une opération organisée par la société ASINSA S.A à laquelle ont participé des consultants comme Me Testa, engagé par le Chili dans la présente procédure arbitrale⁴⁵⁶ ; la dépossession des droits des demanderesses au moyen des la « Décision N° 43 », du 28 avril 2000 ; l'utilisation de cette dernière pendant l'audience orale des 3 et 5 mai 2000 afin d'attaquer la compétence du Tribunal tout en tentant de réduire les demanderesses au silence; le refus de produire les pièces saisies d'une manière illicite aux demanderesses, etc.

En conclusion,

les Demandерesses ont ainsi rapporté la preuve de ce que :

- l'investissement réalisé a été conforme à l'API et à la législation chilienne ;
- M. Pey satisfait les critères de nationalité prévus par la convention de Washington ;

⁴⁵¹ Pièces N° 22 et 23 annexes à la **Requête** d'arbitrage du 7 novembre 1997.

⁴⁵² Voir les communications adressées au Centre par les demanderesses les 12, 13, 28 août, des 3, 7 et 22 octobre et du 5 octobre 1998.

⁴⁵³ Pièces C4 à C7, C53. La copie du « compte-rendu » figure dans la pièce annexe N° 15 au Mémoire d'Incompétence.

⁴⁵⁴ Pièces C58 à C60, C77, C209.

⁴⁵⁵ Voir la fiche signalétique de M. Pey et les communications jointes produites après la clôture des audiences du 5 mai 2000 en espagnol, la version française (incomplète) produite par le Chili le 29 novembre 2001 et la version intégrale communiquée par les demanderesses le suivant 3 décembre.

⁴⁵⁶ Voir les pièces C78, C77, C56 et C209.

- La Fondation Espagnole est habilité à agir.

S'agissant des questions de la propriété de l'investissement et des violations commises par le Chili qui ouvrent droit à réparation pour les Demandées, le Tribunal arbitral est prié de se reporter à l'exposé sur le fond de l'affaire (doc. D16).