

C I R D I

(Affaire N° ARB/98/2)

VICTOR PEY CASADO
ET FUNDACION "PRESIDENTE ALLENDE"

c/

REPUBLIQUE DU CHILI

Audience du 15 janvier 2007

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29

SOMMAIRE

OUVERTURE DE LA SESSION PAR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL.....	4
PLAIDOIRIE DE LA PARTIE DEMANDERESSE	
1) Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) que le Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de la question de double nationalité au sens de la Convention de Washington?.....	6
2) Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) qui permettent au Tribunal arbitral d'apprécier la satisfaction de la condition de nationalité au sens du Traité bilatéral ?	14
3) Y a-t-il dans la jurisprudence chilienne des éléments nouveaux qui permettent au Tribunal arbitral d'apprécier la question de la renonciation par un national chilien à sa nationalité ?	21
<i>Application dans le temps du Traité bilatéral</i>	
4. Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) que le Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de l'application dans le temps du Traité bilatéral ?.....	37
<i>Clause de la nation la plus favorisée</i>	
5) Le Tribunal arbitral invite les parties à préciser les conséquences qu'elles souhaitent, le cas échéant, voir le Tribunal tirer de la Clause de la nation la plus favorisée figurant au Traité bilatéral.	45
QUESTIONS POSEES PAR LE TRIBUNAL.....	52

- 1 **Présents :**
- 2 **1. Tribunal Arbitral**
- 3 • M. le Pr Pierre Lalive, Président
- 4 • Me Mohammed Chemloul, Arbitre
- 5 • M. le Pr Emmanuel Gaillard, Arbitre
- 6 **2. CIRDI**
- 7 • Mme Gabriela Alvarez Avila
- 8 **3. Pour la partie demanderesse :**
- 9 • Dr Juan E. Garcès (Avocat, Cour de Madrid)
- 10 • Mme Carole Malinvaud (Avocate, Gide, Loyrette, Nouel)
- 11 • Mme Alexandra Munoz ((Avocate, Gide, Loyrette, Nouel)
- 12 • M. Markus Petsche (Avocat, Gide, Loyrette, Nouel)
- 13 • Mme Clotilde Lemarié (Avocate, Gide, Loyrette, Nouel)
- 14 • M. Pey Casado (partie demanderesse)
- 15 • Mme Francisca Duran-Ferraz de Andrade (Fondation Président Allende, Madrid)
- 16 • Mme Marie Ducrocq (Fondation Président Allende, Madrid)
- 17 **4. Pour la partie défenderesse :**
- 18 • M. Paolo di Rosa (Winston & Strawn LLP)
- 19 • M. Ronald Goodman (Winston & Strawn LLP)
- 20 • M. Bruno Leurent (Winston & Strawn LLP)
- 21 • M. Tomas Leonard (Winston & Strawn LLP)
- 22 • M. Kelby Ballena (Winston & Strawn LLP)
- 23 • Mme Aura Colmanni (Winston & Strawn LLP)
- 24 • M. Jorge Carey (Avocat-Conseil)
- 25 • M. Gonzalo Fernandez (Avocat Conseil)
- 26 • M. Luis Sanchez Castellón (Gouvernement du Chili)
- 27 • M. Eduardo Bobadilla (Gouvernement du Chili)
- 28 • M. Jose Luis Cea (Président du Tribunal de la Cour constitutionnelle du
- 29 Chili)
- 30 **5. Sténotypistes francophones**
- 31 • Mmes Simone Bardot et Agnès Naudin
- 32 **6. Sténotypistes hispanophones**
- 33 • Mme Marta Rinaldi et M. Rodolfo Rinaldi
- 34 **7. Interprètes**
- 35 • Mme Annick Labarère, M. Ernesto Gonzalez et M. Gustavo Goyen
- 36 • *L'audience est ouverte à 9 heures 25,*
- 37 • *sous la présidence de M. Pierre Lalive.*

1 **OUVERTURE DE LA SESSION PAR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL**

2 **M. le Président.** - Mesdames et messieurs, je vous souhaite à tous et à
3 toutes la bienvenue et j'ouvre cette audience du Tribunal arbitral.

4 La première question que je veux soulever est celle de l'horaire, du
5 calendrier de l'organisation pour éviter tout malentendu. Le Tribunal arbitral a prévu,
6 comme vous le savez, que ce matin nous entendions le point de vue de la délégation
7 du Chili sur les questions qui vous ont été posées par le Tribunal arbitral, il y a cinq
8 questions dont j'ai la liste sous les yeux et que vous avez certainement aussi, dont trois
9 portent sur la nationalité, la quatrième sur l'application dans le temps du Traité
10 bilatéral et la cinquième sur la Clause de la nation la plus favorisée.

11 En ce qui concerne le calendrier, nous avons prévu ce matin une séance
12 qui devrait durer jusqu'à 12 heures 30 / 13 heures environ, avec bien entendu
13 l'interruption rituelle pour le café à un moment qui sera jugé convenable par la
14 délégation chilienne, dont nous ne voulons pas interrompre l'exposé à un moment
15 inopportun. Cet après-midi, nous reprendrions l'audience à une heure qui reste à fixer
16 exactement à la fin de la séance de ce matin, c'est-à-dire vers 14 heures 30 ou peut-
17 être 15 heures, et qui permettrait à la délégation de la partie demanderesse de répondre
18 sur les mêmes questions.

19 Il est entendu, je n'ai pas besoin de le répéter, que le Tribunal arbitral
20 entend s'en tenir strictement aux questions posées et n'acceptera pas des débordements
21 qui reviendraient à d'autres questions. Il est d'ailleurs inutile et irrecevable de traiter
22 d'autres questions que celles fixées par le Tribunal arbitral.

23 Mais auparavant, je souhaiterais non seulement, selon l'usage, que soit
24 remplie la liste des présences mais je pense qu'il serait utile pour nous tous et en tout
25 cas pour les membres du Tribunal arbitral que chacun veuille bien s'identifier. Je
26 demanderai donc, pour la délégation du Chili d'abord, à chacun de dire simplement
27 quel est son nom et sa qualité de manière intelligible. Nous ferons un tour de table et
28 je poserai la même question à la délégation que j'ose appeler espagnole, pour que nous
29 sachions à qui nous avons affaire. Est-ce que je peux demander au porte-parole de la
30 délégation chilienne de décider dans quel ordre ils veulent se présenter mais il n'y a
31 pas d'ordre protocolaire, on peut simplement faire le tour de la table. S'ils veulent bien
32 se présenter, je les en remercie par avance.

33 **M. L. Sanchez Castellón** (*interprétation de l'espagnol*). - Monsieur le
34 président, avec votre accord, je fais ce que vous demandez. Je suis
35 Luis Sanchez Castellón. Je suis le responsable du ministère et je suis ici au nom du
36 ministre du Développement et de la Reconstruction. Je suis donc ici à la tête de la
37 délégation chilienne.

38 Monsieur le président, nous a demandé à tous de nous présenter je crois, si
39 je vous ai bien compris, monsieur le président. Donc je passe la parole...

40 **M. J. L. Cea** (*interprétation de l'espagnol*). - Monsieur le président,
41 messieurs les membres du Tribunal, je suis José Luis Cea, Président du Tribunal de la
42 Cour constitutionnelle du Chili.

1 **M. E. Bobadilla** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour, je suis Eduardo
2 Bobadilla. Je suis avocat et je m'occupe des problèmes d'investissements étrangers au
3 sein du ministère de l'Economie.

4 **M. P. di Rosa** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour, Paolo di Rosa.
5 J'appartiens à l'étude Winston & Strawn.

6 **M. R. Goodman**. - Messieurs les arbitres, je m'appelle Ronald Goodman,
7 associé de Winston & Strawn. Je veux seulement ajouter qu'on ne peut pas bien sûr
8 accepter que l'autre délégation soit nommée la délégation espagnole. Merci.

9 **M. le Président**. - C'était sans préjugés !

10 **M. B. Leurent**. - Bruno Leurent, avocat, associé du cabinet Winston &
11 Strawn.

12 **M. J. Carey** (*interprétation de l'espagnol*). - Jorge Carey, avocat-conseil.

13 **M. G. Fernandez** (*interprétation de l'espagnol*). - Gonzalo Fernandez.
14 J'appartiens à Carey Company et je suis aussi avocat-conseil.

15 **M. T. Leonard** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour. Tomas Leonard,
16 associé de Winston & Strawn.

17 **M. K. Ballena** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour. Kelby Ballena,
18 associé de Winston & Strawn.

19 **Mme A. Colmani** (*interprétation de l'espagnol*). - Bonjour.
20 Aura Colmani. Je suis assistante de M. Goodman chez Winston & Strawn.

21 **M. le Président**. - Je vous remercie. Je passe à l'autre côté. Je crois
22 reconnaître M. Pey Casado. Si vous voulez suivre le même ordre...

23 **M. P. Casado** (*interprétation de l'espagnol*). - Monsieur le président,
24 messieurs les membres du Tribunal, je suis M. Victor Pey. Je suis la partie
25 demanderesse.

26 **M. J. E. Garcès** (*interprétation de l'espagnol*). - Je suis Juan E. Garcès,
27 avocat du cabinet Garcès y Prada Asociados, Madrid, Espagne.

28 **Mme C. Malinvaud**. - Monsieur le président, messieurs les arbitres, je
29 suis Carole Malinvaud, associée du cabinet Gide, Loyrette, Nouel.

30 **Mme A. Munoz**. - Monsieur le président, messieurs les arbitres, bonjour.
31 Je suis Alexandra Munoz, avocate au cabinet Gide, Loyrette, Nouel.

32 **M. M. Petsche**. - Bonjour. Mon nom est Markus Petsche. Je suis avocat
33 du cabinet Gide, Loyrette, Nouel.

1 **Mme C. Lemarié.** - Monsieur le président, messieurs les arbitres, je suis
2 Clotilde Lemarié, avocate au cabinet Gide, Loyrette, Nouel.

3 **Mme F. Duran** (*interprétation de l'espagnol*). - Monsieur le président,
4 Francisca Duran, membre de la Fondation Président Allende.

5 **Mme M. Ducrocq.** - Marie Ducrocq, de la Fondation Président Allende
6 d'Espagne.

7

1

2

PLAIDOIRIE DE LA PARTIE DEFENDERESSE

3

(...)

4

L'audience, suspendue à 13 heures 40, est reprise à 15 heures 18.

5

6

7

M. le Président. – Mesdames et messieurs, nous reprenons l'audience. Je vous remercie d'avoir fait l'effort de venir assez rapidement. Je vois que le Docteur Garcès est disposé à prendre la parole. Je la lui donne.

8

PLAIDOIRIE DE LA PARTIE DEMANDERESSE

9

10

11

12

13

14

Dr J. E. Garcès. – Merci beaucoup, monsieur le président. Tout d'abord, permettez-moi, au nom de M. Pey et des conseils, de vous saluer, vous, le président, et messieurs les co-arbitres Mohammed Chemloul et Emmanuel Gaillard. C'est pour nous un honneur de parler devant vous, malgré les circonstances dans lesquelles ce Tribunal a été constitué et que nous avons exprimées par écrit dans nos communications pendant plusieurs mois.

15

16

17

18

19

En préparant la réponse, nous avons tenu compte de l'ordre du jour que vous nous avez indiqué, c'est-à-dire de chercher et d'essayer de trouver s'il y avait des jurisprudences ou des doctrines postérieures au mois de mai 2003, date de la dernière audience. Nous nous efforcerons de nous limiter à la question qui nous a été posée. L'intervention suivante suivra, elle aussi, l'ordre du jour.

20

21

22

23

Maître Alexandra Muñoz répondra à la première question. Maître Malinvaud répondra à la deuxième question. Moi-même, je répondrai à la troisième. A la quatrième question, ce sera à nouveau Me Malinvaud. Et, pour finir, je répondrai à la cinquième question.

24

25

26

27

28

29

30

31

Mais avant de donner la parole à la première intervenante, en ménageant l'avenir aux effets de la Règle 27 d'arbitrage, nous voulons indiquer que la requête a été adressée à M. le Président de la République du Chili en tant que chef du pouvoir exécutif qui représente la politique étrangère et les engagements internationaux du Chili. Et ce matin, c'est avec beaucoup d'intérêt que nous avons écouté le Président du Tribunal constitutionnel qui, d'après la loi constitutionnelle chilienne à l'article 1^{er} de la Loi n° 17997, est un pouvoir autonome et indépendant de toute autre autorité de l'Etat.

32

33

34

35

36

37

A telle enseigne que le Tribunal constitutionnel a la faculté d'analyser les décrets du Pouvoir exécutif, du Chef de l'Etat, et de les annuler. Par exemple, vendredi dernier, le Tribunal constitutionnel chilien, sous la présidence de son président ici présent, a annulé, a laissé sans effet, un décret qui autorisait la vente à Santiago de la pilule dite « du jour d'après », trouvant que cela allait à l'encontre de la Constitution chilienne. Voilà à quel point c'est un pouvoir indépendant.

38

39

Or, il a dit à plusieurs reprises qu'il parlait en tant que président du Tribunal constitutionnel. De ce point de vue-là, nous devons penser qu'il agit en tant

1 qu'expert de la Constitution chilienne, ce qui est tout à fait légitime, si ce n'est que ce
2 n'est pas le moment de faire intervenir un expert dans cette audience.

3 Qu'aurait dit le Chili si nous avons intégré, dans notre délégation, un
4 Haut responsable du ministère espagnol des Affaires étrangères pour montrer
5 comment, dans le système des Conventions de double nationalité entre l'Espagne et les
6 pays latino-américains, la renonciation au bénéfice de la double nationalité est
7 consubstantielle à ce système de Traités? L'autre partie aurait dit (*citation*) : « *Mais le*
8 *ministère des Affaires étrangères ne peut pas venir dans votre délégation parce que*
9 *c'est un expert et nous ne tolérons pas la présence d'un expert dans votre délégation* ».

10 Si M. le Président du Tribunal constitutionnel s'est exprimé en tant
11 qu'expert en droit constitutionnel, nous demandons au Tribunal arbitral de ne pas tenir
12 compte du tout de son intervention car, une fois encore, ce n'est pas le moment, du
13 point de vue de la procédure, de faire intervenir un expert.

14 En revanche, on pourrait nous dire qu'il s'est exprimé en tant que conseil.
15 Si tel était le cas, bien entendu, nous n'aurions pas d'objection. Mais, en l'occurrence,
16 nous nous heurtons à un problème de légalité extraordinairement grave : selon
17 l'article 92.C de la Constitution de l'Etat chilien, il est interdit, je cite (*citation*) :

18 « *A tous les membres du Tribunal constitutionnel d'exercer la profession*
19 *de conseil, y compris celle de juge.* »

20 De fait, il y a une incompatibilité, que M. le Président du Tribunal
21 constitutionnel ne peut pas ignorer, entre ses fonctions comme président du Tribunal
22 constitutionnel et le travail en tant que conseil dans cette réunion.

23 Par ailleurs, s'il nous disait qu'il représente l'Etat, nous le contesterions. Il
24 ne peut pas représenter l'Etat chilien dans cette procédure dans la mesure où c'est le
25 Chef de l'Etat qui a été assigné ès-qualité de représentant de l'Etat et que le Chef de
26 l'Etat –tel que cela figure dans les dossiers- a désigné, comme son représentant dans
27 cette procédure, le Conseil des Investissements Étrangers, dont le ministre de
28 l'Economie est le Vice-Président. Par conséquent, c'est le Ministère de l'Economie qui
29 représente l'Etat et non pas le Président du Tribunal constitutionnel.

30 Voilà, monsieur le président, les observations que nous voulons faire tout,
31 comme je le disais, en ménageant l'avenir aux effets de la Règle 27 d'arbitrage.

32 **M. le Président.** – Je vous remercie. Si je comprends bien, c'est Me
33 A. Muñoz qui va maintenant intervenir ?

34 **Dr J. E. Garcès.** – Tout à fait.

35 **M. le Président.** – Vous avez la parole, maître.

1 **1. Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) que**
2 **le Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de**
3 **la question de double nationalité au sens de la Convention de Washington?**

4 **Mme A. Muñoz.** – Merci. Bonjour, monsieur le président, messieurs les
5 co-arbitres. J'essayerai, dans une première intervention, de répondre à la question
6 posée par le Tribunal concernant les éléments de droit nouveaux que le Tribunal
7 arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de la question de double
8 nationalité au sens de la Convention de Washington.

9 Avant d'aborder la réponse à cette question, je souhaiterais, très
10 brièvement, reprendre l'argument des demandeurs concernant la nationalité de M. Pey
11 aux dates de la Convention de Washington.

12 La position des demandeurs est qu'aux dates pertinentes de la Convention
13 de Washington, M. Pey et la Fondation Allende avaient, tous les deux, la nationalité
14 espagnole et, concernant M. Pey, la nationalité espagnole exclusive.

15 Sur ce point, je souhaiterais faire deux remarques.

16 Ma première remarque concerne la date du consentement qui, pour la
17 première fois par le Chili, aujourd'hui, a été considérée comme partant du 30 avril
18 1997, soit de la date de la demande qui avait été formulée par M. Pey aux autorités
19 chiliennes avant de déposer la réclamation devant le CIRDI. Or, jusqu'à présent, la
20 date du consentement retenue était bien la date du dépôt de la requête ou en tout cas la
21 date du consentement de M. Pey qui est du 2 octobre 1997 et qui est incluse en tant
22 que pièce avec la requête de l'arbitrage de M. Pey et de la Fondation.

23 Deuxième remarque : les demandeurs considèrent que M. Pey avait
24 effectivement la nationalité espagnole exclusive, parce que l'Etat du Chili l'avait
25 évincé du système de la Convention de double nationalité, ce dès 1973, et qu'entre
26 1996 et 1997, M. Pey a entrepris les démarches nécessaires, notamment auprès des
27 autorités chiliennes, pour que le registre de l'état-civil du Chili en prenne acte, sous la
28 forme de son inscription en tant qu'étranger.

29 Cette position, à l'évidence, est maintenue et ce n'est donc qu'à titre
30 subsidiaire que les développements qui vont suivre concernant la double nationalité
31 dans la Convention de Washington seront faits.

32 J'évoquerai également, dans un second temps et assez rapidement, le fait
33 que la jurisprudence récente confirme la position des demandeurs concernant la
34 charge de la preuve en matière de nationalité.

35 S'agissant de la possibilité pour un double national de se prévaloir de la
36 compétence du Centre, je ferai, là encore, une remarque préliminaire pour dire que
37 cette question ne concerne bien évidemment que M. Pey et non pas la Fondation
38 Allende, alors que M. Pey est titulaire de 5 % des droits de CPP SA.

39 Il s'agit donc, en répondant à cette question, de savoir si M. Pey peut
40 prétendre à la compétence du Centre alors même que le Tribunal considérerait M. Pey,
41 aux dates pertinentes de la Convention de Washington, comme étant toujours

1 bénéficiaire de la Convention de double nationalité, autrement dit comme toujours
2 titulaire de la nationalité chilienne.

3 Ce matin, on nous a lu l'article 25-2-a de la Convention de Washington
4 qui prévoit, *in fine*, l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou l'autre de ces dates,
5 possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend.

6 La question qui se pose est de savoir si cette exclusion de
7 l'article 25 s'applique à tous les binationaux ou si l'on peut considérer qu'il y aurait
8 une exception à cette exception concernant les doubles nationaux dont la nationalité
9 de l'Etat d'accueil ne serait pas effective.

10 En effet, il faut rappeler que si le Tribunal devait considérer que M. Pey
11 avait toujours la nationalité chilienne aux dates pertinentes de la Convention de
12 Washington, ce serait dans le cadre du système de la Convention de double nationalité
13 et, en tout état de cause, cette nationalité chilienne ne serait pas effective puisque la
14 Convention de double nationalité prévoit, dans son texte, qu'une seule des deux
15 nationalités a pleine efficacité. Et selon la Convention de double nationalité, la
16 nationalité effective de l'individu est la nationalité de l'Etat dans lequel cet individu a
17 établi son domicile.

18 Or, le Tribunal se souviendra que dès le mois de mai 74, M. Pey a fait
19 enregistrer son domicile en Espagne, ce qui a eu pour conséquence -a minima, selon
20 les demandeurs- de réactiver la nationalité espagnole comme étant la nationalité
21 primaire et effective de M. Pey.

22 Cela étant rappelé, nous allons donc voir que la jurisprudence des
23 tribunaux arbitraux, dans le cadre du CIRDI va dans le sens d'un assouplissement de
24 l'exclusion prévue par l'article 25-2-a de la Convention de Washington.

25 Dans l'Affaire *Champion Trading*, dans laquelle le Tribunal arbitral a
26 rendu une sentence sur la compétence le 21 octobre 2003, dont les faits vous ont été
27 exposés ce matin et sur lesquels je ne reviendrai pas, le Tribunal a effectivement
28 admis que l'exclusion prévue à l'article 25 de la Convention de Washington était, en
29 réalité, une exception au principe de nationalité effective dégagée par la jurisprudence
30 de droit international coutumier. Mais il a également admis que (*citation*) : « *dès lors*
31 *que l'exclusion de la compétence du Centre, à l'égard d'un double national aurait*
32 *pour résultat une solution absurde ou déraisonnable, il conviendrait alors d'appliquer*
33 *à nouveau le principe de la nationalité effective* ». On vous démontrera, un peu plus
34 tard, qu'il serait « absurde ou déraisonnable » d'opposer la prétendue double
35 nationalité chilienne à M. Pey.

36 Pour revenir sur cette sentence *Champion Trading*, un auteur qui a
37 commenté cette sentence s'est étonné de deux choses démontrant qu'en réalité, tout en
38 considérant que l'exclusion de l'article 25 était une exception au principe de
39 nationalité effective, n'était pas complètement sûr de ce fait. En effet, comme
40 M. Farouk Yala, dans son commentaire, publié à la Gazette du Palais du 7 décembre
41 2004, le soulève : tout en écartant le critère de la nationalité effective, le Tribunal a
42 néanmoins recherché s'il existait des éléments de rattachement des demandeurs

1 (personnes physiques) avec l'Etat d'accueil de l'investissement et il a utilisé ses
2 éléments de rattachement pour rejeter l'application de la nationalité effective.

3 De la même manière cet auteur s'étonne et critique plus particulièrement
4 le Tribunal arbitral dans l'Affaire *Champion Trading* sur le fait que ce dernier ne se
5 soit pas interrogé sur le comportement de l'Etat à l'égard des demandeurs, alors même
6 que les demandeurs avaient soutenu que l'Egypte se prévalait de la nationalité
7 égyptienne des demandeurs dans l'unique but de faire échec à la compétence du
8 CIRDI.

9 Selon cet auteur, le Tribunal arbitral, dans *Champion Trading*, aurait dû se
10 prononcer sur cet argument, notamment au regard de la jurisprudence internationale
11 ancienne qui avait été dégagée dans l'Affaire Pinson, selon laquelle, je cite (*citation*) :

12 « *Il serait contraire à l'équité de permettre à un Etat de traiter*
13 *constamment comme sujet étranger un individu pour lui opposer, après, sa double*
14 *nationalité dans le seul but de se défendre contre une réclamation internationale.* »

15 Ce dernier principe avait été également discuté lors des travaux
16 préparatoires de la Convention Washington et les commentateurs s'étaient mis
17 d'accord sur le fait qu'il était effectivement impossible, pour un Etat d'accueil,
18 d'imposer sa nationalité à un investisseur en vue de faire échec à la compétence du
19 Centre.

20 Ce matin, les représentants du Chili nous ont dit que la situation de M. Pey
21 était bien différente et qu'il ne s'agissait pas, pour le Chili, d'imposer sa nationalité en
22 vue de retirer son consentement à la compétence du Centre. Nous verrons très
23 rapidement que cette affirmation est erronée et qu'effectivement le Chili impose sa
24 nationalité à M. Pey dans l'unique but de faire échec à la compétence du CIRDI.

25 J'ouvre ici une petite parenthèse pour indiquer qu'en réalité, la
26 jurisprudence de *Champion Trading* s'inscrit dans un processus plus général qui
27 reflète l'évolution du monde contemporain dans lequel, de plus en plus fréquemment,
28 des individus ont une double nationalité. Comme cela a été rappelé ce matin, même
29 dans le cadre de la protection diplomatique des Etats, il existe une évolution. Le projet
30 d'article adopté par la Commission de droit international en 2006 dispose, dans son
31 article 7 (*citation*) qu' « *un Etat de nationalité pourrait exercer sa protection*
32 *diplomatique à l'égard d'une personne contre un Etat, dont cette personne a*
33 *également la nationalité, dès lors que la nationalité prépondérante de l'individu est*
34 *celle du premier Etat* ». Donc, même dans le cadre de la protection diplomatique, on
35 admet que les doubles nationaux peuvent y entrer.

36 Je referme la parenthèse.

37 Je reviens aux critères dégagés par *Champion Trading* et plus exactement
38 sur l'exception à l'exclusion de l'article 25, pour dire qu'il serait effectivement absurde
39 -ou à tout le moins déraisonnable- d'opposer la nationalité chilienne ineffective,
40 depuis 1974, à M. Pey compte tenu des circonstances particulières de ce cas.

1 Il serait, en effet, absurde d'opposer la prétendue nationalité chilienne à
2 M. Pey :

- 3 • alors que le Chili l'a banni sous peine de mort, et ce dès 1973 ;
- 4 • alors que le Chili a méconnu cette nationalité en lui niant les droits
5 qui y sont attachés, notamment ceux de la Convention de double nationalité ;
- 6 • alors que M. Pey n'a eu de cesse de manifester sa volonté de faire
7 inscrire sur les registres chiliens, les conséquences de ces faits par les voies qui lui
8 étaient disponibles, y compris en renonçant formellement au bénéfice de la
9 Convention de double nationalité qui a eu pour conséquence la renonciation à sa
10 nationalité chilienne.

11 Sur le fait que le Chili se prévaut, en réalité, de la prétendue nationalité
12 chilienne de M. Pey dans le seul but de faire échec à la compétence du présent
13 Tribunal, je rappellerai brièvement trois faits.

14 Tout d'abord, M. Pey a effectivement fait les demandes nécessaires auprès
15 des autorités, notamment chiliennes, pour que le registre d'état-civil du Chili prenne
16 acte de la situation concernant son statut personnel.

17 Ensuite, je rappellerai également que le registre d'état-civil du Chili a pris
18 effectivement acte de ce fait et a enregistré, en marge de la fiche signalétique de
19 M. Pey, le fait qu'il était étranger.

20 Enfin, je rappellerai que ce n'est qu'au mois de juin 1999, à la demande
21 des autorités chiliennes et en particulier d'un représentant de la Délégation chilienne,
22 que le registre d'état-civil du Chili a supprimé la mention « étranger » sur la fiche
23 signalétique de M. Pey.

24 En réalité, plus encore que de s'opposer à la compétence du présent
25 Tribunal arbitral, l'objectif du Chili est de priver M. Pey de tout forum pour présenter
26 sa réclamation en indemnisation. Et, sur ce point, je souhaiterais rappeler quelques
27 éléments.

28 Tout d'abord, les demandeurs ont déposé leur requête en arbitrage le
29 7 octobre 1997, soit plus de 9 mois avant la promulgation de la loi 1998 qui avait pour
30 objectif d'indemniser les victimes d'expropriation du régime militaire chilien. A cet
31 égard, on rappellera qu'en application de l'article 26 de la Convention de Washington
32 et de l'article 10-2 de l'Accord de protection des investissements, une fois la requête
33 d'arbitrage déposée, le choix fait par les demandeurs était définitif et M. Pey et la
34 Fondation ne pouvaient plus aller devant les juridictions internes du Chili.

35 Je rappellerai également que la loi de 1998, concernant la possibilité pour
36 les victimes du régime militaire d'être indemnisées, prévoyait que les demandes
37 devaient être formulées en tout état de cause au plus tard le 24 juillet 1999. Dès lors,
38 en admettant même que M. Pey et la Fondation puisse aller, en dépit des stipulations
39 de la Convention de Washington et de l'API, devant les juridictions chiliennes, ils
40 seraient aujourd'hui forclos pour demander une indemnisation devant les juridictions
41 internes.

1 Enfin, je rappellerai qu'en tout état de cause, le Chili s'est libéré de toute
2 obligation d'indemnisation à l'égard de M. Pey et de la Fondation puisque, comme l'a
3 rappelé la République du Chili ce matin, en prenant la Décision n° 43 du 28 avril
4 2000, le ministère chilien des Biens Nationaux a reconnu la qualité de propriétaire des
5 actions de la société CPP à des tiers et a indemnisé ces personnes au titre des
6 prétendues confiscations qu'elles auraient subies. Il est évident que si M. Pey ou la
7 Fondation avaient la possibilité d'aller devant les juridictions internes chiliennes, ce
8 qui n'est pas le cas, le Chili ne manquerait pas d'opposer la Décision 43 à M. Pey et à
9 la Fondation pour s'opposer à l'indemnisation de M. Pey et de la Fondation.

10 En réalité, tant les mesures internes prises par le Chili, que ses agissements
11 dans le cadre de la présente procédure tendant à s'opposer à la compétence du présent
12 Tribunal et du Centre, ont pour unique objectif de priver M. Pey de toute réparation et
13 si le Chili parvenait à atteindre cet objectif, il commettrait, à l'égard de M. Pey, le délit
14 de déni de justice.

15 En conséquence et pour conclure, à supposer que le Tribunal considère,
16 contre toute évidence, que M. Pey est toujours bénéficiaire de la Convention de
17 double nationalité et, qu'à ce titre, il a la nationalité chilienne « non effective » -je le
18 rappelle-, le Tribunal devra néanmoins se déclarer compétent en appliquant
19 l'exception dégagée par *Champion Trading* à l'exclusion de l'article 25-2-a des
20 doubles nationaux.

21 Je ferai maintenant un point assez rapide concernant la charge de la preuve
22 en matière de nationalité dans le contentieux international.

23 La Délégation du Chili a, ce matin, profité de cette occasion pour refaire
24 un point complet sur la charge de la preuve en reprenant des sentences antérieures à
25 2003, allant même jusqu'à citer le droit romain. Je me contenterai, pour ma part, de
26 reprendre des sentences récentes et postérieures à 2003 pour démontrer que la
27 jurisprudence récente vient au soutien de la position des demandeurs qui consistait à
28 dire que la charge de la preuve concernant l'exception d'incompétence soulevée par le
29 Chili reposait sur la partie chilienne.

30 Tout d'abord, dans l'Affaire Génération Ukraine contre Ukraine du
31 16 septembre 2003, le Tribunal arbitral, statuant sur une exception d'irrecevabilité
32 soulevée par l'Etat défendeur, a considéré qu'il appartenait effectivement à cet Etat
33 défendeur de démontrer le contrôle par un Etat tiers pour s'opposer à l'application de
34 l'accord de protection des investissements invoqués par le demandeur. Il s'agissait,
35 dans cette sentence, d'une exception d'irrecevabilité sur la nationalité de la personne
36 morale.

37 De même, dans un arrêt du 31 mars 2004 de la Cour internationale de
38 justice, qui est l'arrêt Mexique contre Etats-Unis, lequel est publié dans les arrêts de la
39 CIJ, le Tribunal a rappelé le principe selon lequel (*citation*) : « *il appartient à l'Etat,
40 qui se prévaut de la double nationalité d'un individu pour s'opposer à la protection du
41 droit international, de démontrer cette double nationalité* ».

1 Ce matin, le Chili a également considéré que la sentence Soufraki aurait
2 dérogé le principe selon lequel il appartenait au demandeur de démontrer qu'il n'avait
3 pas la nationalité chilienne.

4 La sentence Soufraki, sur le point de la charge de la preuve, n'est pas
5 pertinente, en l'occurrence, puisque ce qu'a dit le Tribunal dans cette sentence
6 Soufraki, c'est qu'en réalité l'investisseur avait la charge de la preuve concernant la
7 nationalité italienne. Or, en l'espèce, les demandeurs ne sont pas en train de demander
8 au Chili de démontrer la nationalité espagnole de M. Pey ; il appartient bien
9 évidemment à M. Pey de démontrer sa nationalité espagnole, ce qui a été fait. En
10 revanche, les demandeurs considèrent que s'agissant d'une exception d'incompétence
11 du Tribunal, il appartient au Chili de démontrer la nationalité chilienne de M. Pey.

12 Je ferai un dernier point s'agissant de la sentence Soufraki pour dire que
13 dans cette affaire, effectivement, le Tribunal arbitral a considéré qu'il était souverain
14 pour déterminer la valeur probante des éléments de preuve qui étaient soumis par les
15 parties. En l'occurrence, dans la sentence Soufraki, il s'agissait pour Soufraki de
16 démontrer sa nationalité italienne sur le fondement de certificats de nationalité émis
17 par les autorités italiennes et le Tribunal a considéré qu'il n'était pas lié par ces
18 éléments de preuve, le tout en application d'une jurisprudence ancienne bien établie.

19 En l'occurrence, cela signifie que le Tribunal ne serait pas lié par un
20 certain nombre d'éléments de preuve qui seront repris par mon confrère Juan Garcès,
21 éléments de preuve soumis par le Chili pour démontrer la nationalité prétendument
22 chilienne de M. Pey.

23 En conclusion, s'agissant de la nationalité de M. Pey aux dates pertinentes
24 de la Convention de Washington, la position des demandeurs est que M. Pey avait la
25 nationalité espagnole exclusive, à ces dates-là. Etant précisé que les demandeurs ont
26 bien démontré que M. Pey avait la nationalité espagnole et que la charge de la preuve
27 concernant la nationalité chilienne repose sur la partie chilienne, le Tribunal devra
28 apprécier souverainement les éléments de preuve soumis par les parties, notamment
29 par le Chili, sans tenir compte du fait que, selon le droit interne chilien, ces éléments
30 de preuve équivalent à la démonstration de la nationalité chilienne d'un individu.

31 A supposer que le Tribunal considère que M. Pey était néanmoins toujours
32 bénéficiaire de la Convention de double nationalité et, à ce titre, qu'il possédait
33 encore, aux dates de Convention Washington, la nationalité chilienne, le Tribunal
34 devra néanmoins se déclarer compétent *ratione personae* à l'égard de M. Pey, étant
35 précisé que la nationalité chilienne de M. Pey n'est pas effective en application de la
36 Convention de double nationalité et en application du critère ou de l'exception à
37 l'exclusion de l'article 25-2-a dégagé dans la sentence *Champion Trading*.

38 S'agissant de la Fondation, il est bien évident, concernant la nationalité,
39 que le Tribunal devra se déclarer compétent *ratione personae*.

40 J'en ai terminé.

41 **M. le Président.** – Je vous remercie, maître. Si j'ai bien compris, la
42 question suivante sera traitée par Me Malinvaud. Vous avez la parole, maître.

1 **2) Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) qui**
2 **permettent au Tribunal arbitral d'apprécier la satisfaction de la condition de**
3 **nationalité au sens du Traité bilatéral ?**

4 **Me C. Malinvaud.** - Je vous remercie. Monsieur le président, messieurs
5 les arbitres, je voudrais faire une remarque préalable. En étudiant, encore tout
6 récemment, un certain nombre de jurisprudences et de doctrines relatives à la
7 protection des investissements, un élément m'est apparu frappant, de manière assez
8 constante et générale, à savoir une tendance à rechercher une interprétation de bonne
9 foi et du sens ordinaire du Traité de base API et cette tendance est assez générale, quel
10 que soit le thème auquel on souhaite l'appliquer.

11 C'est précisément ce que nous vous demandons de faire, en l'espèce, c'est-
12 à-dire d'interpréter le Traité API sans y ajouter ou en supprimer une quelconque
13 condition et en particulier sans ajouter de conditions prétendument implicites.

14 La question que je vais plus particulièrement traiter a trait à la prudence ou
15 doctrine nouvelle en matière de satisfaction de la condition de nationalité au sens du
16 Traité API, c'est-à-dire la compétence *ratione personae* et plus précisément à quelle
17 date la condition de nationalité au sens de l'API devait être satisfaite.

18 Une petite remarque préalable, au vu de l'intervention qui a eu lieu ce
19 matin et qui me paraît intéressante. Il a été confirmé de manière réitérée qu'au sens de
20 l'API, la condition de nationalité s'entendait de la nationalité effective et que c'était
21 d'ailleurs la seule pertinente.

22 Cela étant, pour en revenir aux questions des dates, puisque suivant le gré
23 des positions des parties, on peut partir de la date de l'investissement, c'est-à-dire de
24 1972 ou aller, comme nous le soutenons, à la date du consentement de l'arbitrage et à
25 la date de l'enregistrement de la requête, seules dates, à notre sens, pertinentes, je
26 souhaiterais faire deux types de développement. Le premier qui tend à confirmer que
27 la position de la demanderesse -selon laquelle les deux seules dates pertinentes sont
28 celles de la Convention CIRDI- est la position qui doit être retenue et qui est
29 confirmée par la jurisprudence comme la doctrine récente et, deuxièmement, quelques
30 développements sur la non application des principes dérivés de la protection
31 diplomatique en matière de nationalité API.

32 En ce qui concerne la première partie et, donc, les dates qui nous
33 paraissent pertinentes au regard de la nationalité au sens de l'API, je vous rappelle
34 brièvement la position des demandeurs avant d'évoquer les quelques jurisprudences
35 récentes qui viennent confirmer cette position.

36 La position de la demanderesse est assez simple, elle part du Traité et elle
37 l'analyse sans aller rechercher des conditions supplémentaires implicites. Elle part,
38 tout d'abord, de l'article 1-1 qui définit le champ d'application *ratione personae* et qui
39 donne, à ce titre, la définition de la notion d'investisseur. Vous remarquerez qu'il n'y a
40 aucune condition temporelle dans la définition de l'investisseur. Elle va donc
41 rechercher, dans l'article 2-2 qui, lui, traite, de la question *ratione temporis*, le champ
42 d'application *ratione temporis* du Traité, ce y compris par rapport à la question de la
43 nationalité de l'investisseur, si tant est qu'on y trouve quoi que ce soit.

1 Or, que trouve-t-on dans l'article 2-2 ? On trouve que ce Traité s'applique
2 aux investissements futurs comme aux investissements passés, précisant que,
3 concernant les investissements passés, la seule condition n'a pas trait du tout à la
4 condition de nationalité de l'investisseur, mais simplement au fait que cet
5 investissement doit être étranger. Je lis (*citation*) :

6 « *Investissement réalisé antérieurement à son entrée en vigueur et qui,*
7 *selon la législation de la partie contractante concernée, aurait la qualité*
8 *d'investissement étranger.* »

9 C'est donc l'investissement qui doit être étranger et absolument pas
10 l'investisseur. En tout cas, ce n'est pas la condition qui est posée dans l'application
11 *ratione temporis* du Traité.

12 Il n'y a donc pas, dans ce Traité, de précision sur la date à laquelle la
13 condition de nationalité de l'investisseur doit être satisfaite. Ceci nous amène à
14 renvoyer aux dispositions du Traité qui ont trait au règlement des conflits et à
15 l'article 10-3, donc au règlement CIRDI et au Traité fondateur, soit à l'article 25 de la
16 Convention CIRDI, dont je vous épargne sa lecture, qui reprend comme date celle du
17 consentement à l'arbitrage, en l'espèce octobre 1997, et la date d'enregistrement de la
18 requête, en l'espèce avril 1998.

19 La jurisprudence récente confirme notre interprétation. Pourquoi ? Je vais
20 vous citer trois décisions. La première est la décision *West Management contre United*
21 *Mexican States* qui est une sentence CIRDI rendue le 30 avril 2004. Pour être
22 complète, elle se situe dans le cadre du NAFTA et du règlement complémentaire du
23 CIRDI.

24 La question posée dans cette affaire-là n'est pas la même que la nôtre.
25 Néanmoins, elle avait trait à la question de la nationalité et plus particulièrement au
26 point de savoir de quelle nationalité devait être le véhicule qui portait l'investissement
27 ou de quelle nationalité il ne devait pas être. Or, le Traité fondateur ne pose pas de
28 conditions quant à la nationalité du véhicule. Et c'est le raisonnement qui a été pris
29 dans l'Affaire *West Management* : dans la mesure où il n'y a pas de condition de
30 nationalité pour le véhicule, il n'y a pas lieu d'en rechercher une.

31 C'est ce que nous vous demandons ici : dans la mesure où il n'y a pas de
32 conditions de date particulière dans l'API, n'allons pas chercher une date implicite,
33 faisons un renvoi à un système de règlement des conflits.

34 D'ailleurs, c'est ce qui a eu lieu dans les deux affaires *Soufraki* et
35 *Champion Trading* qui ont été évoquées ce matin par nos confrères. En effet, dans
36 l'Affaire *Soufraki* ou dans le BIT entre les Emirats et l'Italie, il n'y avait pas non plus
37 de conditions de temporalité quant à la date à laquelle l'investisseur devait avoir telle
38 ou telle nationalité. Dans ce cas, très naturellement, le Tribunal est allé
39 immédiatement rechercher les dates prévues dans la convention CIRDI, sans chercher
40 de conditions implicites complémentaires. Il ne s'est pas reconnu compétent parce que
41 les dates n'étaient pas satisfaites et il n'est pas allé en chercher d'autres avant.

1 De la même façon, dans l’Affaire *Champion Trading* contre l’Egypte, du
2 21 octobre 2003, il fait un renvoi au règlement CIRDI et à l’article 25 sur la date de la
3 nationalité et il va vérifier si, aux dates pertinentes de l’article 25, la condition de
4 nationalité est satisfaite ou non.

5 En conclusion sur ce point-là, notre position en principe étant que l’API ne
6 prévoit pas de date particulière à laquelle l’investisseur doit avoir la nationalité de
7 l’autre Etat contractant, il n’y a donc pas lieu d’en chercher une autre que celle à
8 laquelle il accepte l’offre de consentement, celle du règlement des litiges : date du
9 consentement à l’arbitrage, date de l’enregistrement par le CIRDI de la requête
10 d’arbitrage.

11 Voilà pour la position de principe qui reste notre position principale et qui
12 doit vous amener à considérer que ces conditions sont satisfaites.

13 Maintenant, je vais faire quelques développements sur l’application qu’il
14 convient de donner dans le cadre de la protection des investissements aux principes
15 dérivés de la protection diplomatique. Il a été dit : il s’agit essentiellement de la
16 détermination du *dies a quo* et du problème de savoir si le principe de continuité, à
17 supposer qu’il existât en matière de protection diplomatique, doit être transposé en
18 matière de protection des investissements.

19 La position, qui a d’ores et déjà été prise en 2003 par la demanderesse et
20 qui reste la même, est que les principes retenus en matière de protection diplomatique
21 n’ont pas droit de cité en matière d’arbitrage CIRDI dans le cadre de protection des
22 investissements et qu’à supposer –c’était l’argument subsidiaire- que certains
23 principes doivent être retenus, les deux seules dates pertinentes seraient, d’une part, la
24 date de survenance du dommage et, d’autre part, la date de réclamation, sans aucune
25 continuité entre ces deux dates.

26 Les développements jurisprudentiels et doctrinaux récents confirment nos
27 positions : d’une part, le rejet des principes dérivés de la protection diplomatique en
28 matière d’investissements et de protection d’investissements et, d’autre part, les deux
29 dates pertinentes que je viens de mentionner.

30 En ce qui concerne le premier point, à savoir la jurisprudence ou la
31 doctrine récente qui rejette l’application des principes dérivés de la protection
32 diplomatique, je souhaite évoquer deux points : d’une part, le *dies a quo* et, d’autre
33 part, la question de la continuité.

34 S’agissant du *dies a quo*, qui a été défini ce matin, on va très loin puisque
35 c’est maintenant la date de l’investissement qui devient le *dies a quo* –position déjà
36 retenue précédemment et donc pas du tout une position nouvelle- et c’est intéressant
37 car même en matière de protection diplomatique, on ne va pas aussi loin et il est
38 considéré que le *dies a quo*, c’est la survenance du dommage et non pas celle de
39 l’investissement.

40 Toujours est-il, pour rester sur la question précise de l’application en
41 matière de protection des investissements des principes dérivés de la protection
42 diplomatique, je vais curieusement reprendre la sentence *Loewen* du 26 juin 2003,

1 citée tout à l'heure et qu'il est inutile de présenter puisque tout le monde la connaît. Je
2 rappellerai simplement qu'elle se situe dans le cadre de l'ALENA et du règlement
3 complémentaire du CIRDI dès lors que c'est entre le Canada et le Mexique, aucun
4 n'ayant ratifié la convention.

5 Que dit la sentence Loewen sur le *dies a quo* uniquement (paragraphe 226
6 de la sentence) ? Elle dit ceci (*citation*) :

7 « Faute de précision particulière dans le Traité ALENA, elle a retenu,
8 comme *dies a quo* pour la nationalité de l'investisseur, la date prévue par la Clause de
9 règlement des litiges »

10 c'est-à-dire les articles 116 et 117 du Traité ALENA qui, eux, donnent comme *dies a*
11 *quo* la date de la réclamation et non pas le *dies a quo* qui est désigné par le droit
12 international coutumier en matière diplomatique et qui est la date de survenance du
13 dommage.

14 Donc même cette sentence -et Dieu sait qu'elle a été critiquée-, ne retient
15 pas des principes dérivés de la protection diplomatique pour définir le *dies a quo*, elle
16 se réfère aussi au système de règlement des litiges, ce qui est ce que nous vous
17 demandons de faire en l'espèce.

18 Tout au plus si on voulait appliquer la sentence Loewen véritablement
19 dans notre espèce, on pourrait aller jusqu'à dire que la date de *dies a quo* pourrait être,
20 au lieu de la date de présentation de la requête du consentement, la date de la
21 controverse, parce que si on reprend l'API, l'article 10 de l'API, qui est celui a trait au
22 règlement des litiges, il a comme critère la controverse qui d'ailleurs est un peu la
23 pierre angulaire de ce Traité et sur laquelle il conviendra de revenir quand on
24 évoquera la question de l'application *ratione temporis* du Traité.

25 C'est éventuellement la controverse : « toute controverse relative aux
26 investissements, etc.,... », c'est le début de l'article 10 et c'est le critère qui est retenu
27 tout au long de l'article 10 dans la Clause de règlement des litiges comme étant le
28 critère déterminant.

29 Tout au plus, si on devait aller au-delà de la Clause du règlement CIRDI,
30 on pourrait aller jusqu'à la controverse. Or la controverse, ce n'est pas le fait à
31 l'origine de la controverse -on y reviendra-, la controverse est née en 1995, c'est-à-
32 dire quand M. Pey, pour la première fois, a pu entamer un dialogue avec la
33 République du Chili et se voir, à ce moment-là, refuser de restituer les biens qui lui
34 avaient été confisqués.

35 Voilà pour le *dies a quo*.

36 En ce qui concerne la continuité de la nationalité qui est encore évoquée
37 aujourd'hui par la République du Chili, la jurisprudence comme la doctrine, comme la
38 Commission du Droit International, en réalité, rejettent ce principe de continuité dans
39 un arbitrage CIRDI. C'est ce qui me permet, s'agissant de la jurisprudence, d'évoquer
40 encore la sentence *Loewen* puisque ces critiques ont été à nombreux ordres, mais
41 beaucoup sur le *dies ad quem*.

1 Mais en ce qui concerne le principe de continuité, ce qui est intéressant
2 pour nous -parce qu'on est dans un arbitrage CIRDI-, c'est d'essayer de voir le
3 raisonnement qu'a suivi le Tribunal en matière de continuité. Il n'est pas transposable
4 ici. Pourquoi ?

5 Parce que dans l'Affaire Loewen, justement, ils ont constaté que les
6 dispositions de la Convention de Washington, en particulier l'article 25 qui n'exige
7 aucune continuité entre les dates de consentement et d'enregistrement, n'étaient pas
8 applicables puisqu'il s'agissait simplement du règlement complémentaire du CIRDI
9 qui était le seul qui s'appliquait dans l'Affaire Loewen, ce qui, aux yeux des arbitres
10 dans l'Affaire Loewen, ne montrait que davantage l'absence d'une telle règle dans le
11 Traité ALENA. Ceci leur a permis d'avoir recours au droit coutumier en matière de
12 protection diplomatique et au principe de continuité. On peut considérer que,
13 s'agissant d'un arbitrage CIRDI, il n'y a pas lieu de pouvoir suivre même la
14 jurisprudence *Loewen* en matière de principe de continuité.

15 Deuxièmement, concernant le principe de continuité en matière de
16 protection des API, cette application a été extrêmement critiquée par la doctrine. Je
17 m'abstiendrai de faire part des critiques qui ont pu être faites par des membres du
18 Tribunal, pour me contenter de celles faites par d'autres auteurs, notamment M. Noah
19 Rubins, qui, dans un ouvrage commun paru en 2006 intitulé « *Le contentieux arbitral
20 transnational relatif à l'investissement* » relève, aux paragraphes 68 et 69, que
21 (*citation*) : « l'application de la règle de la continuité de la nationalité risquerait
22 d'ébranler les objectifs même des API ».

23 La même critique a été faite par M. Matthew S. Duchesne dans un article
24 critique intitulé '*The continuous nationality of claims principle its historical
25 development and current relevance to investor-State investment disputes*' publié dans
26 la revue *International Law Review de l'Université George Washington* de 2004.

27 Il critique abondamment l'utilisation du principe de continuité de la
28 nationalité en matière de protection des investissements. Il cite, en page 804, quatre
29 raisons fondamentales pour ne pas le retenir. Je vais peut-être vous faire l'économie de
30 ces raisons-là pour ne retenir que la dernière.

31 Quatrièmement et finalement (*citation*) : « Importer le principe de la
32 continuité de la nationalité à partir des règles de protection diplomatique dans les
33 accords API... », je vais le dire en anglais parce que c'est la lecture que j'ai devant les
34 yeux (*citation*) :

35 "importing continuous-nationality principles from diplomatic protection into
36 modern investment-protection agreements would lightly undermine the very objectives
37 those agreements were designed to achieve."

38 Enfin, dans un article de Maurice Mendelson (CUSI), consacré à la règle
39 de la continuité de la nationalité publié en 2005, article intitulé (*citation*) : "*The
40 runaway train, the continues nationality rule from Panevezys to Loewen*", publié en
41 mai 2005 dans la revue *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases
42 from ICSID and NAFTA*, souligne, sur le point particulier -étant entendu qu'il ne traite
43 pas que de la question de la protection des investissements- de l'impact de la règle de

1 continuité de la nationalité en matière de protection des investissements, je cite (page
2 97) (*citation*) :

3 *“Fundamentally, the traditional continuous nationality rule can have no*
4 *application here. The claim is not the State’s (...) the investor has his own rights that he*
5 *is entitled to vindicate without the assistance of his national State.”*

6 La doctrine unanime considère donc que ce principe de continuité de
7 nationalité n’a pas lieu d’être appliqué dans le cadre des API. D’ailleurs, c’est
8 conforté par les règles mêmes de la Convention de Washington et de l’API en
9 question puisque lorsqu’on prend l’article 27 de la Convention CIRDI, il est écarté la
10 possibilité même d’une protection diplomatique.

11 De même lorsqu’on prend l’article 10-6 de l’API Espagne-Chili, il est
12 précisé (*citation*) :

13 *« Les parties contractantes s’abstiendront d’échanger, au travers de*
14 *canaux diplomatiques, des arguments concernant l’arbitrage ou une action judiciaire*
15 *déjà entamée »*. Toutes les règles liées à des relations diplomatiques sont exclues
16 radicalement de ces conventions.

17 S’agissant du troisième et dernier point qui rejette ce principe de
18 continuité de nationalité en matière de protection des investissements, je voulais citer
19 la Commission de Droit International elle-même et les projets d’articles sur la
20 protection diplomatique, adoptés par la Commission de droit international en 2006,
21 auxquels il a été fait référence ce matin. En effet, l’article 5 prévoit une règle de
22 continuité de la nationalité.

23 Mais il faut également lire l’article 17 qui prévoit (*citation*) : *« Le projet*
24 *d’article ne s’applique pas dans la mesure où il est incompatible avec des règles*
25 *spéciales du droit international »* et il est précisé *« telles que des dispositions*
26 *conventionnelles relatives à la protection des investissements »*.

27 Il n’y a donc pas droit de cité, dans le droit des investissements, pour les
28 règles de protection diplomatique.

29 De manière subsidiaire, et si tant est qu’il faille appliquer certaines règles
30 dérivées du mécanisme de protection diplomatique, en l’espèce et dans le cadre de la
31 question qui nous est posée, c’est-à-dire la nationalité au sens du BIT, quelques
32 développements récents nous permettent de confirmer -c’est un argument subsidiaire,
33 je le répète- que les deux dates critiques seraient la survenance du dommage et la
34 présentation officielle de la réclamation, sans aucune continuité entre ces deux dates.

35 Je me réfère, pour ce faire, à la doctrine de M. Mendelson, à la
36 Commission de Droit International sur la protection diplomatique, que j’appliquerai
37 en l’espèce.

38 L’article de M. Mendelson que j’ai cité tout à l’heure, publié en 2005, à la
39 page 132, en analysant le modèle API américain, relève que *« dans ces traités-là, il*
40 *n’y a pas de critères racione temporis pour la nationalité »* -c’est une opinion
41 doctrinale- *« néanmoins, il pourrait y avoir des conditions implicites qui seraient :*

1 • la date du dommage, pour l'application de la protection de fond du
2 traité ;

3 • la date de la réclamation, pour celle du règlement des litiges.

4 Mais que rien ne permettrait d'imposer une continuité dans ces deux
5 dates. »

6 De même, si on se réfère aux règles énoncées par la Commission de Droit
7 International dans le projet d'article sur la protection diplomatique, avec toutes les
8 réserves qu'il convient de faire à l'égard de ces textes-là puisque je viens de démontrer
9 qu'ils n'ont pas lieu d'avoir droit de cité en matière de protection des investissements,
10 même ces textes-là retiennent comme *dies a quo* et *dies ad quem*, c'est l'article 5, la
11 date du préjudice et la date de la présentation officielle de la réclamation. Ce sont les
12 deux dates pertinentes.

13 Evidemment, en matière de protection diplomatique, on revient à la règle
14 de continuité et il n'y a pas lieu d'en faire état plus avant.

15 Ici, à supposer que l'on retienne même ces dates-là, la date du dommage
16 quelle serait-elle ? Je rappelle que l'on est dans un argument subsidiaire. Celle-ci
17 pourrait être soit la date du refus de l'Etat d'indemniser l'investisseur, soit la date de
18 l'acte commis préjudiciable. Ces deux dates-là pourraient être pertinentes.

19 Il nous semble qu'en ce qui concerne l'API, la date de survenance du
20 dommage devrait être pertinente par référence au refus d'indemnisation des
21 demanderesse, c'est-à-dire le 20 octobre 1995. Pourquoi ? Tout simplement parce
22 que, là encore, c'est cohérent avec l'application *ratione temporis* du Traité, c'est-à-dire
23 la date à laquelle la controverse est née. Or, quand est née la controverse ? La
24 controverse est née une fois –et simplement une fois que- la République du Chili a
25 refusé d'indemniser ou, en l'occurrence, de restituer les biens à M. Pey.

26 Etant entendu –je reviendrai là-dessus- que le refus d'indemnisation en
27 1995 est en soi un acte du Chili qui constitue l'acte dommageable à l'origine du
28 présent litige. Je parle du refus et non de la controverse qui s'ensuit. Cet acte et ce
29 refus sont, pour mémoire, postérieurs à l'entrée en vigueur du Traité.

30 Quoi qu'il en soit et même si l'on prend la position la plus extrême, à
31 savoir que la date de survenance du dommage pourrait être définie comme le premier
32 acte préjudiciable commis à l'encontre de M. Pey, on ne pourrait pas remonter au-delà
33 des décrets de 1975 ou de 1977 ; 1975 étant le décret qui a confisqué les actifs des
34 sociétés CPP SA et EPC et le décret de 1977 étant celui qui s'est appliqué à M. Pey. Il
35 n'y a pas de dates auxquelles on puisse remonter en amont de ces dates-là. En tout cas,
36 nous soutenons que là où l'on pourrait remonter, c'est plutôt à la date du
37 20 novembre 1995, à savoir date du refus de restituer les actifs à l'investisseur
38 espagnol.

39 Par conséquent, quelles que soient les dates que l'on reprenne, que ce soit
40 notre position principale, qui reste la référence et qui reste la référence aux règles de
41 règlement des litiges faute de disposition particulières dans l'API, ou que ce soit la

1 position extrême que je viens de mentionner, à toutes ces dates-là, pertinentes, les
2 conditions de nationalité au sens du BIT qui ont été rappelées par la défenderesse, à
3 savoir la nationalité effective, étaient réunies.

4 Je vous remercie.

5 **M. le Président.** – Je vous remercie. Docteur Garcès, comment voyez-
6 vous la suite de votre exposé ou de vos exposés ?

7 **Dr J. E. Garcès.** - C'est mon tour. Si vous le voulez bien, je vais donc
8 répondre à la troisième question. Mais, au préalable, je voudrais souligner un point
9 que j'ai omis de préciser.

10 En effet, nous avons préparé la réponse à vos questions de telle manière
11 que chacune de nos affirmations, chaque invocation d'un article d'une doctrine ou
12 d'une jurisprudence récente a été réunie dans un dossier. Dans la mesure où une copie
13 de ce dossier a été réalisée, nous pouvons soit vous le remettre sur le champ, si vous le
14 souhaitez, soit vous le donner à la fin de cette audience.

15 Bien entendu, cela signifie également que si au cours de notre exposé,
16 vous trouvez qu'une précision s'impose, qu'une demande de date, de page ou de
17 paragraphe se doit d'être faite, puisque nous disposons d'une copie, nous pourrions
18 vous répondre immédiatement.

19 J'en viens à la troisième question, monsieur le président, posée par le
20 Tribunal.

21 **3) Y a-t-il dans la jurisprudence chilienne des éléments nouveaux qui**
22 **permettent au Tribunal arbitral d'apprécier la question de la renonciation**
23 **par un national chilien à sa nationalité ?**

24 Vous avez parlé de jurisprudence. En écoutant ce matin M. le Président de
25 la Cour constitutionnelle, vous aurez apprécié qu'il n'a cité aucune résolution
26 judiciaire postérieure à mai 2003. En effet, il n'en a pas cité parce qu'il n'en existe pas.
27 Je pourrais dire que la réponse est déjà donnée. Aucune sentence n'a été prononcée par
28 la Cour suprême du Chili ni par la Cour constitutionnelle concernant la nationalité qui
29 puisse être produite auprès de la présente audience.

30 Il nous paraît qu'une réponse tellement simple escamoterait un peu la
31 profondeur de la question et nous allons essayer d'y répondre en développant deux
32 points : celui de voir les conditions d'appréciation d'un tribunal arbitral en matière de
33 nationalité, le deuxième étant la doctrine chilienne sur la réforme de la Constitution
34 en 2005, dont nous on a parlé pendant l'intervention de ce matin de M. Cea.

35 Avant de développer les éléments nouveaux qui pourraient permettre au
36 Tribunal arbitral d'apprécier la validité de la renonciation par une personne naturalisée
37 chilienne à sa nationalité, il convient de rappeler que ces problèmes juridiques n'ont
38 été soulevés par nous qu'à titre subsidiaire. A titre principal, les demandeurs ont
39 soutenu que les agissements du Chili à l'encontre de M. Pey, à partir du coup d'Etat
40 de 1973, ont privé ce dernier de tous les éléments constitutifs de sa double nationalité
41 selon la CDN. Selon les demandeurs, la République du Chili a nié à M. Pey Casado

1 les droits inhérents à sa double nationalité chilienne qu'il avait acquise en application
2 de la CDN signée entre le Chili et l'Espagne en 1958. En effet, alors que la CDN
3 prévoit que l'octroi d'un passeport ou la protection diplomatique et l'exercice des droits
4 civils et politiques seront régis par la loi du pays où l'intéressé serait domicilié, le
5 Chili, à partir du 11 septembre 1973, a nié l'intégralité de ces droits à M. Pey.

6 Pour mémoire, le 11 septembre, les putschistes, par des proclamations
7 radiotélévisées, ont sommé M. Pey de se présenter au ministère de la Défense qu'ils
8 occupaient. Le 14 septembre 1973, M. Pey se réfugie à l'ambassade du Venezuela,
9 cela est prouvé, ce sont les pièces C49 et C13 à C15. Le 11 octobre 1973, le décret loi
10 n° 61 interdisait aux personnes dans la situation de M. Pey d'entrer sur le territoire
11 chilien sans autorisation sous peine de mort (pièce C249).

12 Le 27 octobre 73, les autorités chiliennes refusent de lui délivrer un
13 passeport et lui délivrent un sauf-conduit entre l'ambassade du Venezuela et l'aéroport
14 de Santiago. Mais quand il est monté en avion, on lui retire le sauf-conduit, ce qui fait
15 que M. Pey quitte le Chili sans aucune pièce d'identification, même pas le sauf-
16 conduit. Cela a été expliqué par M. Pey dans sa déclaration auprès du Tribunal arbitral
17 le 28 novembre 2001.

18 Le 8 janvier 1974, face au nouveau refus des autorités chiliennes, cette
19 fois à Caracas, de lui délivrer un passeport, les autorités vénézuéliennes lui ont délivré
20 un passeport d'urgence pour étrangers sans nationalité. C'est la pièce C15.

21 Pendant les années quatre-vingt, M. Pey continue d'être interdit du droit
22 d'entrer librement au Chili (pièce 257). Ces actes dans leur ensemble constituent une
23 négation par les autorités chiliennes du système établi dans la CDN.

24 M. Pey a pris acte de cette méconnaissance en reprenant sa nationalité
25 espagnole en mai 1974. Il pouvait légitimement se prévaloir de ces faits juridiques à
26 l'encontre du Chili -qui cherche à imposer sa nationalité en vue de se soustraire à la
27 Convention de Washington- pour démontrer qu'il a été évincé du système de double
28 nationalité depuis les événements de 1973. En refusant à M. Pey les droits
29 spécifiquement prévus dans la CDN, il a été déchu des avantages de cette dernière.
30 Cela a été une déchéance *de facto*. Comme nous avons eu l'occasion de vous
31 l'expliquer dans d'autres audiences, il y a eu des dizaines de milliers de Chiliens qui
32 ont été torturés sans qu'il y ait de traces dans les registres. Néanmoins, malgré le fait
33 que la formalité n'a pas été enregistrée au point de vue formel, le fait est réel. Des
34 milliers de personnes ont été assassinées et « disparues ». Evidemment, sur le registre
35 de l'état-civil elles ne figurent pas ou ne figuraient pas comme disparues. Néanmoins,
36 les faits ont eu lieu.

37 Donc il s'est trouvé dans une situation de déchéance *de facto* du bénéfice
38 de la CDN. Or M. Pey ayant acquis sa nationalité chilienne sous le bénéfice de la
39 CDN, son éviction du régime de celle-ci équivaut à une déchéance *de facto*.

40 Dès lors, depuis 1973, M. Pey n'a jamais formé de recours pour rétablir la
41 nationalité que lui accorde l'article 12 de la Constitution de 1980, ni avant 80 ni après
42 80. N'ayant pu se prévaloir après le 11 septembre 1973 de sa nationalité espagnole qui
43 était considérée comme dormante, M. Pey s'est trouvé, lorsqu'il était à Caracas, dans

1 une situation d'apatride *de facto*, jusqu'au jour de mai 1974 où il a pu regagner
2 l'Espagne et a demandé à être rétabli dans la plénitude de sa nationalité espagnole à
3 titre exclusif. C'est la pièce C10 de la requête.

4 A cet égard, nous attirons l'attention du Tribunal sur la récente opinion
5 concurrente du juge Cançado, de nationalité brésilienne, dans l'arrêt de la Cour
6 Interaméricaine des Droits de l'Homme du 8 septembre 2005, qui se réfère à la
7 notion d'apatride *de facto* que nous avons utilisée dans nos écritures. Un jour
8 les demandeurs nous ont dit : qu'est-ce que c'est l'apatride *de facto*, où est-ce
9 que cela est défini ? Voici donc la sentence du 8 septembre 2005. Je lis en
10 anglais : "*Nowadays, the de jure stateless persons are joined by the de facto*
11 *stateless persons, i.e., those who are unable to prove their nationality, and*
12 *those without an effective nationality (for the effects of protection). Nowadays,*
13 *the de facto stateless persons – whose registration documents have often been*
14 *confiscated or destroyed by those who control and exploit them – are*
15 *multiplying, owing to the barbarian practice of the “invisible” trafficking of*
16 *human beings”*- et ici il développe cette perspective.

17 Voilà donc la situation d'apatride *de facto* où M. Pey s'est trouvé entre
18 septembre 1973 et son retour en Espagne en mai 1974.

19 Il est compréhensible qu'en rentrant en Espagne en 1974, il n'ait pas eu à
20 renoncer au bénéfice de la CDN tant les agissements du Chili à son égard
21 démontraient qu'il en avait été évincé, comme il l'a déclaré sous serment dans la pièce
22 C14 qui figure dans le dossier.

23 En conséquence, entre le 11 septembre 1973 et le 4 juin 1974, M. Pey était
24 apatride *de facto* et depuis le 4 juin 1974, il possède la nationalité espagnole à titre
25 exclusif. Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire que les demanderesses répondent à votre
26 question n° 3 sur la renonciation à la nationalité chilienne.

27 S'agissant de la renonciation expresse de M. Pey à cette nationalité dans le
28 cadre de la CDN, nous rappelons les faits suivants.

29 Dans le souci de mettre à jour le registre avec la réalité extrarégistrale, par
30 lettre du 10 décembre 1996 adressée au département Etranger et Immigration du
31 ministère de l'Intérieur chilien, M. Pey a indiqué qu'il était espagnol et que durant son
32 séjour au Chili—il n'avait pas recours au bénéfice de la CDN (pièce C40). Par
33 déclaration du 16 septembre 1997 faite auprès du consul d'Espagne à Mendoza,
34 M. Pey déclarait qu'il avait transféré son domicile en Espagne depuis 1974 et qu'à ce
35 titre il était espagnol. Il indiquait, en outre, que la communication du
36 10 décembre 1996 devait s'entendre en tant que de besoin comme preuve de
37 renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne (pièce C40).

38 Le 10 juillet..., au point de vue du droit espagnol et également du droit
39 chilien, l'acte constitutif de la renonciation à la nationalité est la manifestation de la
40 volonté explicite.

41 Le 10 juillet 1998, l'ambassade d'Espagne à Santiago demandait aux
42 autorités chiliennes de prendre note que M. Pey était depuis 1974 espagnol exclusif,
43 renonçant ainsi au bénéfice de la CDN (pièce C24). Le Directeur de la Politique

1 Consulaire et des Migrations du ministère des Relations extérieures faisait suivre cette
2 communication du gouvernement espagnol -et le dossier qui y était joint, dans lequel
3 figurait la renonciation auprès du consul à Mendoza- à la directrice du Registre de
4 l'état - Civil,qui a inscrit M. Pey comme ayant renoncé à la nationalité chilienne et
5 qu'il était étranger. Cette inscription a été effectuée le 4 août 1998. C'est la pièce C25.
6 C'est la fiche signalétique de M. Pey. Cette inscription, pour la loi chilienne et
7 également pour la loi espagnole, a seulement des effets déclaratifs.

8 Donc M. Pey a bien renoncé à la nationalité chilienne avec effet à la date
9 de la déclaration, c'est-à-dire le 10 décembre 1996.

10 La République du Chili a répondu que selon le droit interne chilien, et plus
11 particulièrement la constitution chilienne, la renonciation volontaire à la nationalité
12 n'était pas une cause de perte de nationalité. Nous l'avons entendu encore ce matin. La
13 République du Chili soutenait, par ailleurs, que la détermination de la perte de la
14 nationalité est de la compétence exclusive de la législation et de la réglementation
15 chiliennes. Cela a été indirectement réitéré ce matin dans la mesure où M. Cea se
16 référait exclusivement à la Constitution chilienne et aux normes juridiques internes du
17 Chili. Or le demandeur soutenait que l'attribution par le Chili de la nationalité
18 chilienne à M. Pey Casado en 1999 était non seulement contraire à la CDN mais
19 également au droit international. Il est un principe établi et réaffirmé par la
20 jurisprudence récente qu'alors même que les règles de détermination de la nationalité
21 sont du domaine réservé de l'Etat -nous ne le contestons pas, la détermination de la
22 nationalité-, cela est soumis aux principes du droit international, et un tribunal
23 international conserve son pouvoir d'appréciation en cette matière. En tout état de
24 cause, l'argument de la République du Chili, selon lequel il ne serait pas possible de
25 renoncer à la nationalité chilienne n'est pas fondé, ce qui est confirmé par la doctrine
26 récente concernant la réforme de la Constitution chilienne.

27 Je vais donc maintenant développer cette doctrine récente. J'ai été frappé
28 d'entendre ce matin M. le Président du Tribunal constitutionnel dire qu'il n'existe au
29 Chili aucun exemple de doctrine soutenant une position différente de celle qu'il nous a
30 exposée. C'est bien dommage qu'il ne soit pas là car autrement, je lui rafraîchirais la
31 mémoire. Je n'ose pas penser que d'une manière délibérée il ait souhaité occulter au
32 Tribunal la doctrine que je vais vous citer, de spécialistes bien connus au Chili.

33 Il est effectivement un principe de droit international selon lequel la
34 détermination de l'acquisition ou de la perte de la nationalité relève en principe du
35 domaine réservé des Etats, et la Convention de La Haye, article 1, de 1930, qui a été
36 signée par le Chili et également par l'Espagne, sur les conflits de nationalités, exige
37 également de tenir compte des traités internationaux et des principes de droit
38 international en la matière.

39 Ainsi, le droit pour la République du Chili de régler par sa propre
40 législation l'acquisition ou la perte de la nationalité de ses ressortissants est limité dans
41 l'espèce, en particulier, par la Convention de double nationalité signée entre l'Espagne
42 et le Chili le 24 mai 1958.

1 Monsieur le président du Tribunal, le président du Conseil constitutionnel
2 n'a jamais cité dans son intervention la Convention de double nationalité qui
3 néanmoins fait partie de la législation chilienne.

4 Soulignons à cet égard que l'article 6 de la CDN admettait déjà la
5 renonciation volontaire à la nationalité chilienne. Je vais vous donner un exemple de
6 la manière cavalière dont, ce matin, on nous a expliqué la renonciation à la nationalité
7 chilienne seulement dans les termes de l'article 11 de la Constitution, comme si tout ce
8 qui n'était pas dans la Constitution n'était pas conforme à la loi chilienne.

9 Nous avons préparé ici un tableau comparatif des constitutions chiliennes
10 depuis 1925, 1980, la réforme de 1989 et de 2005. Vous pouvez certainement, vous
11 pouvez vous rappeler l'article 11 dont il a été question ce matin, qui établit les critères
12 par lesquels on peut perdre la nationalité chilienne. M. Cea disait que c'était un
13 *numerus clausus* et que ce *numerus clausus* prévoit, à la fin de l'article 11, que "*les*
14 *personnes qui auraient perdu la nationalité par l'un des motifs établis dans le présent*
15 *article ne pourront être réhabilitées qu'au moyen d'une loi*". Voilà ce que dit la
16 constitution. Mais je peux vous montrer -et c'est bien dommage que le Président ne
17 soit pas là parce que je le lui montrerais à lui aussi- qu'il y a une disposition à
18 l'intérieur du système législatif chilien qui prévoit une autre manière de récupérer la
19 nationalité chilienne lorsqu'on a renoncé à la nationalité chilienne, et qui ne passe pas
20 par une loi du Parlement. Quelle est cette disposition ? C'est la Convention de double
21 nationalité avec l'Espagne.

22 Prenez l'article 6 de la Convention de double nationalité avec l'Espagne.
23 Que dit-il ? "*Les Chiliens qui auraient acquis la nationalité espagnole en renonçant*
24 *préalablement à leur nationalité d'origine pourront récupérer cette dernière en*
25 *déclarant qu'ils en ont la volonté devant le préposé au registre correspondant*".
26 Aucun besoin pour ces Chiliens de s'adresser au Parlement pour rétablir leur
27 nationalité. Cela montre à quel point un traité international s'applique malgré ce que
28 dispose l'article 11 de la Constitution.

29 Je trouve, permettez-moi de vous le dire, incompréhensible, pour ne pas
30 employer un autre mot, que le président du Tribunal constitutionnel, en préparant son
31 exposé au nom et avec l'autorisation de tous ses confrères du Tribunal constitutionnel,
32 ait ignoré que dans la CDN on prévoit des actes régissant la perte et la récupération de
33 la nationalité qui ne sont pas dans la Constitution et qui vont même contre ce qui est
34 disposé dans la Constitution.

35 C'est un exemple parmi d'autres. Article 6 de la CDN et article 11 de la
36 Constitution.

37 En outre, il est tout aussi établi qu'aucun Etat ne peut invoquer des règles
38 de compétence exclusive pour exiger que sa nationalité puisse produire des effets dans
39 l'ordre international.

40 C'est ce que prévoit l'article 1 de la Convention de La Haye sur le conflit des
41 nationalités qui dispose - je n'ai pas ici la version française (*citation*) : "*It is for each*
42 *State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be*
43 *recognized by other States in so far as it is consistent with international conventions,*

1 *international custom, and the principles of law generally recognized with regard to*
2 *nationality "*.

3 Sur la base de ces principes, la jurisprudence internationale récente a
4 précisé, d'une part, qu'un tribunal arbitral devait apprécier les éléments de preuve de la
5 nationalité et, d'autre part, les règles de droit qui doivent être prises en considération
6 pour apprécier la nationalité.

7 Il résulte de ces principes que le Tribunal arbitral n'est lié :

8 1) ni par les documents établis par les autorités prétendument compétentes du
9 ministère de l'Intérieur chilien tendant à démontrer que M. Pey est un ressortissant
10 chilien depuis 1958 jusqu'à ce jour. Peut-être le Tribunal constitutionnel chilien
11 pourrait-il être contraint à cela, mais ce n'est pas le cas du Tribunal auquel j'ai
12 l'honneur de m'adresser ;

13 2) ni par la délivrance d'un passeport chilien en 1991 à M. Pey, dont il a été question
14 ce matin. Sur ce point, il convient d'indiquer qu'alors même que le statut personnel
15 de M. Pey aurait été régi par la CDN, le Chili ne pouvait pas délivrer en 1991 de
16 passeport à M. Pey. Son domicile était en Espagne, transféré en Espagne depuis
17 1974 et, conformément à l'article 3 de la CDN, le Chili ne pouvait pas lui délivrer
18 un passeport. C'est la pièce 11 du mémoire du Chili et également dans son mémoire
19 du 27/12/1999. On a parlé également d'une pièce d'identité. Eh bien, M. Pey a
20 demandé en 1990 le Rôle Unique d'Imposition, connu sous le sigle RUT, qui lui a
21 été émis lorsqu'il est entré avec un passeport espagnol et en qualité de touriste.

22 Comme l'a souligné le Tribunal arbitral dans *Soufraki*, il appartiendra au
23 Tribunal arbitral de décider si, au regard des faits et des textes de loi qui lui sont
24 présentés, l'individu est titulaire ou pas de la nationalité de l'Etat en question.

25 Voyons maintenant ce qui concerne brièvement les règles de droit
26 permettant d'apprécier la nationalité.

27 Selon la jurisprudence récente, le Tribunal arbitral devra, dans le cadre de son
28 pouvoir d'appréciation, déterminer si, selon le droit chilien, il est possible de
29 renoncer valablement à sa nationalité compte tenu des normes de droit
30 international, un fait qui a été passé sous silence ce matin. Or c'est ce
31 qu'affirmait un arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme le
32 8 septembre 2005. Le 8 septembre 2005, c'est l'arrêt dans l'Affaire Yean &
33 Basico Children contre la République Dominicaine. Je cite la Convention
34 Interaméricaine des Droits de l'Homme qui, comme vous savez, elle fait partie
35 du système législatif interne du Chili. Il est dit dans cet arrêt de septembre 2005,
36 je cite en anglais (*citation*) : "*It is generally accepted that the nationality is an*
37 *inherent right of all human beings. Not only is nationality the basic requirement*
38 *for the exercise of political rights, it is also an important bearing on the*
39 *individual's legal capacity. Thus, despite the fact that it is traditionally accepted*
40 *that the conferral and regulation of nationality are matters for each State to*
41 *decide, contemporary developments indicate that international law does impose*
42 *certain limits on the broad powers enjoyed by the states in that area, and that*

1 *the manners in which states regulate matters bearing on nationality cannot*
2 *today be deemed within their sole jurisdiction (...)"*

3 Et il termine en disant (*citation*) : *"The classical doctrinal position, which*
4 *viewed nationality as an attribute granted by the state to its subjects, has gradually*
5 *evolved to a conception of nationality which, in addition to being the competence of*
6 *the state, is a human right "*.

7 Cette doctrine est obligatoire et doit être suivie par tous les pays où la
8 Convention américaine des droits de l'Homme est en vigueur.

9 Nous attirons en particulier encore une fois l'attention du Tribunal sur
10 l'opinion concurrente du juge Cançado qui développe les points que je viens de citer
11 de la sentence.

12 Il en résulte qu'à supposer que le droit chilien ne reconnaissait pas la
13 renonciation volontaire comme une cause de perte de la nationalité, le Tribunal devra
14 vérifier si la législation chilienne ne contrevient pas aux normes de droit international
15 en la matière. Le Chili a ratifié la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme
16 le 21 août 1990, dont l'article 20 dispose que *"nul ne peut être privé du droit de*
17 *changer de nationalité"*. Qui plus est, le Chili l'a incorporé dans son système législatif
18 par le décret n° 853 publié au *Journal Officiel* le 3 janvier 1991.

19 Selon le demandeur, la position du défendeur consistant à soutenir que la
20 Constitution chilienne ne reconnaît pas la renonciation volontaire de M. Pey comme
21 une cause valable de perte de nationalité est une violation flagrante de ces principes de
22 l'article 20 de la Convention américaine passée sous silence par M. le Président de la
23 Cour constitutionnelle du Chili.

24 A cet égard, nous attirons l'attention du Tribunal arbitral sur l'arrêt de la
25 Cour suprême du Chili qui a confirmé celui du 13 juin 2001 de la Cour de Valparaiso.
26 Je ne comprends pas comment un président de la Cour constitutionnelle du Chili vient
27 devant ce Tribunal arbitral international nous lire le 4^{ème} paragraphe de l'arrêt de la
28 cour de Valparaiso, qui figure dans l'annexe C95 de notre dossier, pour dire à ce
29 Tribunal que ce 4^{ème} paragraphe, qu'il était en train de lire, a été rédigé par la Cour
30 suprême du Chili, l'équivalent de la Cour de cassation française.

31 Ou il ignore ce dont il parle ou il ment effrontément car le texte qu'il a lu a
32 été rédigé par la Cour d'appel de Valparaiso qui dit exactement, quatrième point
33 (*citation*) : *"Dès lors, il convient de poser d'emblée que des normes constitutionnelles*
34 *qui nous régissent en matière de nationalité, il ressort qu'il n'existe pas de règle qui*
35 *disposerait la perte de la nationalité chilienne par la simple renonciation qui pourrait*
36 *en être faite par une personne"*. En d'autres termes, par la renonciation, on ne perd pas
37 la nationalité chilienne. Voilà le paragraphe qu'il nous a lu.

38 Eh bien, je trouve incompréhensible que le président d'une Cour de justice,
39 quel que soit son niveau, sans parvenir au sommet de la magistrature, ait oublié de
40 tirer les conséquences de ce que cette même sentence dit dans son 10^{ème} paragraphe.

41 **M. le Président.** - Je peux vous demander la date de cette décision de la
42 Cour suprême du Chili à laquelle vous vous référez ?

1 **M. Garcès.** - Justement, le président du Tribunal constitutionnel vous a dit
2 que c'était la décision de la Cour suprême du Chili. Je suis en train de vous dire que le
3 texte qu'il vous a lu figure dans l'arrêt de la Cour d'appel de Valparaiso. C'est l'arrêt de
4 la Cour de Valparaiso du 2 avril 2001, qui figure dans la pièce C95.

5 **M. le Président.** - Et la Cour suprême du Chili ou la Cour d'appel de
6 Valparaiso ? (*A vérifier, hors micro.*)

7 **M. Garcès.** - Justement, la Cour d'appel de Valparaiso. C'est une cour
8 d'appel provinciale. Il n'y a qu'une Cour suprême au Chili. C'est comme la Cour de
9 cassation en France.

10 **M. le Président.** - C'est la date de la décision de la Cour suprême du
11 Chili ? (*A vérifier, hors micro.*)

12 **M. Garcès.** - Non. Je ne parle que de la Cour d'appel de Valparaiso. J'ai
13 dit que le texte que M. le Président nous a lu ce matin est un texte qui figure dans
14 l'arrêt de la Cour d'appel de Valparaiso, mais il l'a présenté comme si cela se trouvait
15 dans l'arrêt de la Cour suprême du Chili. Et l'arrêt de la Cour Suprême du Chili est un
16 arrêt qui a deux lignes et qui se limite à dire (*citation*) : "*On rejette l'appel en*
17 *cassation contre cet arrêt de la cour de Valparaiso*". Voilà la précision.

18 Mais ce qui est frappant, c'est que le président de la Cour constitutionnelle
19 ait ignoré délibérément, je dois le penser, ce que dit cette cour d'Appel dans ce même
20 arrêt. Elle dit : « *enfin, ce qui démontre également l'illégalité et l'arbitraire contenu*
21 *dans l'interprétation de l'article 11 numéro 1 de la Constitution politique de la*
22 *République* » -qui était défendu par les fonctionnaires chiliens dans les débats devant
23 la Cour d'appel de Valparaiso, qui était exactement la même thèse qu'a soutenue le
24 président du Tribunal constitutionnel ce matin.

25 A cela répond cet arrêt de Valparaiso, confirmé par la suite par la Cour
26 suprême. Il répond que « *dans l'interprétation de l'article N° 11 de la Constitution*
27 *politique de la République faite par les fonctionnaires, si l'on tient compte des*
28 *interprétations faites par le gouverneur de Valparaiso et d'autres, M. Rizzo*
29 *Castellón* », qui était chilien par naturalisation, « *pour se défaire de la nationalité*
30 *chilienne acquise en 1986, serait obligé de se livrer à des comportements*
31 *répréhensibles qui contraindraient les autorités chiliennes pertinentes à annuler sa*
32 *carte de naturalisation chilienne ; il ne fait aucun doute que telle ne saurait être*
33 *l'interprétation correcte des textes régissant la nationalité dans notre pays, en effet, il*
34 *n'appartient pas d'exiger d'une personne dont la volonté et le désir est de cesser d'être*
35 *chilienne, qu'elle doive se livrer, pour ce faire, à l'inconduite et obtenir, par la voie*
36 *d'une sanction la perte de la nationalité chilienne acquise volontairement. Qui plus*
37 *est, s'y oppose également l'article 20.3 du décret n°853* », c'est-à-dire la Convention
38 Américaine des Droits de l'Homme d'après laquelle, je cite (*citation*) : "*Nul ne sera*
39 *privé arbitrairement de sa nationalité ni du droit d'en changer*", étant donné que c'est
40 à ce dernier résultat qu'aboutit l'interprétation donnée par les fonctionnaires visés
41 par l'appel des dispositions de l'article n° 11 du paragraphe 1 de la Charte
42 fondamentale. »

1 Voilà la réponse de la Cour d'Appel de Valparaiso, entérinée par la Cour
2 Suprême, à la thèse qu'a soutenue devant vous ce matin le président du Tribunal
3 constitutionnel du Chili. Et il a cité cette sentence !

4 Je poursuis. A cet égard donc, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme,
5 dans l'arrêt que je viens de citer, du 8 septembre 2005, a souligné (*citation*) : "
6 *When regulating mechanisms for granting nationality, States must abstain from*
7 *producing regulations that are discriminatory or have discriminatory effects on*
8 *certain groups of populations when exercising their rights*".

9 Or le refus de la République du Chili de reconnaître la renonciation de
10 M. Pey à sa nationalité chilienne est discriminatoire, d'autant plus que, comme le dit
11 cet arrêt de la Cour de Valparaiso, ce monsieur nicaraguayen aurait dû donc agir d'une
12 manière délictueuse pour pouvoir perdre la nationalité chilienne si on suivait
13 l'interprétation qui vous a été indiquée ce matin.

14 Eh bien, j'ai ici sous les yeux un chapitre du livre de M. Cea, Président du
15 Tribunal constitutionnel, qu'il a cité ce matin. Il s'agit de son Traité de Droit
16 Constitutionnel chilien, publié à Santiago, édition de 2002, où il fait les commentaires
17 suivants en ce qui concerne le changement de nationalité. Que dit M. Cea dans son
18 livre de 2002 ? "*Toute personne a droit de changer de nationalité*". Voilà le principe
19 qu'il énonce. "*Bien entendu, cela n'est pas un droit absolu. Il doit être exercé d'une*
20 *manière qui ne soit pas arbitraire, en conformité de la Constitution et les lois (...), en*
21 *particulier afin d'éviter l'apatridie*", et nous sommes tout à fait d'accord.

22 Or en commentant l'article 11 de la Constitution de 1980, il dit clairement
23 que les raisons de *numerus clausus*, dont il a parlé ce matin, sont des motifs de perte
24 de la nationalité contre la volonté ou sans la volonté du ressortissant en question. Il
25 parle même des motifs *para despojar*, c'est-à-dire en français pour dépouiller
26 quelqu'un de sa nationalité. Les quatre motifs qui figurent dans l'article 11 pour perdre
27 la nationalité sont des motifs de dépouillement, *despojo*, *spoliation* en anglais. Voilà
28 donc ce que dit l'article 11 d'après M. Cea dans son livre publié en 2002. Je le
29 répéterai mille fois : je regrette qu'il ne soit pas là pour entendre la lecture de son
30 texte !

31 Voyons maintenant la doctrine chilienne sur la réforme constitutionnelle et
32 de la Constitution en 2005, que M. Cea nous a citée ce matin comme étant la seule en
33 vigueur. Il a fait état en particulier de l'opinion de M. le professeur Nogueira qui,
34 comme par hasard, est l'un des experts du Chili dans la présente procédure. Selon les
35 demandeurs, la Constitution chilienne de 1980 reconnaît la faculté de renoncer
36 volontairement à la nationalité chilienne. C'est la pièce C221. En effet, l'article 11.1 de
37 la constitution de 1980 dispose que la nationalité chilienne se perd par naturalisation
38 dans un pays étranger, sauf dans le cas des Chiliens visés aux numéros 1, 2 et 3 de
39 l'article antérieur -qui sont les Chiliens iure soli et iure sanguinis-, qui auraient obtenu
40 une autre nationalité sans renoncer à la nationalité chilienne (...).

41 Donc, en fait, dans le tableau que nous vous avons préparé, vous pouvez
42 voir comment, dans la rédaction de la Constitution en 1925, il était dit que la
43 nationalité se perdait par le fait d'avoir acquis la nationalité dans un pays étranger.
44 C'était une perte automatique, 1925. Or que nous dit la Constitution de l'année 1980

1 dans son article 11 ? Elle dit qu'elle introduit la renonciation. C'est-à-dire qu'un
2 Chilien ne peut pas perdre la nationalité par le seul fait d'acquérir la nationalité dans
3 un autre pays. Il faut un acte de renonciation à cette nationalité, qui n'existait pas dans
4 la version originale de la Constitution de 1925.

5 Cela signifie bien que la constitution chilienne reconnaît la renonciation
6 volontaire comme une cause valable de la perte de la nationalité. Et cette
7 interprétation que nous faisons est confirmée par la position prise par l'Etat du Chili
8 lui-même, lors de la désignation de M. Witker en qualité d'arbitre dans la présente
9 procédure arbitrale auprès du CIRDI.

10 Dans une lettre du 20 août 1998, qui figure dans le dossier arbitral, le
11 représentant du Chili indiquait, je cite littéralement (*citation*) : "*Les faits objectifs*
12 *démontrent que M. Jorge Wilker est de nationalité mexicaine, qu'il a renoncé à la*
13 *nationalité chilienne qu'il a perdue, en conformité avec la Constitution politique de la*
14 *République du Chili*". Le Chili donc a proposé comme arbitre M. Wilker parce qu'il
15 avait renoncé à la nationalité chilienne. Et le 21 octobre 98, le Chili écrivait à nouveau
16 au Secrétaire général du CIRDI en précisant (*citation*) : "*En outre, ainsi que l'a*
17 *indiqué le requérant lui-même, pour obtenir la nationalité mexicaine il est nécessaire*
18 *de renoncer préalablement à la nationalité d'origine, comme l'a fait le professeur*
19 *Witker, pour être naturalisé mexicain*".

20 Voilà encore une confirmation que cette renonciation était volontaire et
21 préalable au fait de l'acquisition de la nationalité. Ce n'est pas le fait d'acquérir la
22 nationalité mexicaine qui la lui fait perdre mais la renonciation volontaire parce que la
23 Constitution de 1980 était déjà en vigueur, que j'ai citée.

24 Il est donc particulièrement audacieux pour le Chili et pour le président de
25 son Tribunal constitutionnel de venir soutenir ici, aujourd'hui, que le droit chilien ne
26 reconnaît pas la renonciation volontaire à la nationalité. Et la doctrine récente,
27 commentant les dispositions relatives à la nationalité réformant la Constitution du
28 Chili intervenue en 2005, confirme l'interprétation que nous faisons.

29 S'agissant du projet de réforme constitutionnelle, M. le président du
30 Tribunal constitutionnel chilien a soutenu que le projet de réforme constitutionnelle
31 portait précisément sur la reconnaissance de cette renonciation volontaire. Cela
32 signifie indubitablement que la Constitution précédente ne reconnaissait pas ce droit.

33 C'est un argument fallacieux :

- 34 ■ d'abord, parce que l'inscription d'une règle dans la Constitution ne signifie pas que
35 cette règle n'existait pas avant, bien au contraire. Par exemple, l'article 6 de la CDN
36 que je citais, contredit et laisse sans effet le dernier paragraphe de l'article 11 de la
37 Constitution chilienne en ce qui concerne la récupération après avoir renoncé.
38 « *Préalablement* », dit également la CDN ;
- 39 ■ en deuxième lieu parce que la réforme n'avait pas pour but de reconnaître la
40 renonciation comme une cause de perte de nationalité. Bien au contraire, comme il
41 a été manifesté par le ministre de l'Intérieur pendant le débat préparatoire de la
42 réforme constitutionnelle.

1 Je vous ai apporté ici le résumé du débat parlementaire à la Chambre des
2 députés et au Sénat chiliens pour cette réforme de la Constitution en 2005. Que dit le
3 ministre de l'Intérieur en défendant cette réforme ? Il s'adresse au Sénat en disant, je
4 traduis directement de l'espagnol (*citation*) : *"Une question qu'on devrait résoudre"* –
5 a-t-il poursuivi- *"est celle de la renonciation à la nationalité chilienne pour des*
6 *raisons de résidence et de travail dans un autre pays"*. Le ministre a informé que
7 *« jusqu'en 1990, cette situation était interprétée de manière assez libérale »,* assez
8 ouverte, *« par les consuls du Chili à l'étranger, et en fait, les personnes qui se*
9 *trouvaient dans cette situation n'étaient pas éliminées du registre des nationaux*
10 *chiliens, à moins qu'elles ne manifestent expressément leur volonté de renoncer à la*
11 *nationalité chilienne »*. C'est à dire que jusqu'en 1990, les consuls qui avaient
12 connaissance qu'un Chilien avait renoncé à la nationalité chilienne en acquérant une
13 autre nationalité ne considéraient pas pour autant celui-ci comme ayant perdu sa
14 nationalité si volontairement il n'avait pas renoncé. Or, poursuit le ministre,
15 *« malheureusement ceci n'a pas été interprété de la même manière par la suite ; donc*
16 *il a suffi qu'un Chilien devienne national dans un autre pays pour que cela soit*
17 *communiqué au Chili et pour que cet individu soit rayé du registre des nationaux. »*

18 Voilà, pour le ministre, dans cette intervention, quel est le but de la
19 réforme : mettre de la clarté et de la certitude quant au statut national des Chiliens à
20 l'étranger dans ces circonstances.

21 En effet, vous pouvez regarder également le compte rendu officiel signé
22 par le Bureau d'information du Sénat du Chili le 16 août 2005, dont je produis ici une
23 photocopie. Il s'agit ici du texte intégral en espagnol mais je vais vous traduire la
24 partie qui se réfère à la modification de la Constitution en matière de nationalité. Je
25 cite textuellement (*citation*) :

26 *"Nationalité. Les principaux sujets abordés par la réforme*
27 *constitutionnelle sont les suivants :*

- 28 ■ *Premièrement, élimination de l'exigence faite aux enfants de parents chiliens nés à*
29 *l'étranger de vivre une année au Chili pour acquérir la nationalité chilienne ;*
- 30 ■ *Deuxièmement, dans le but de favoriser la double nationalité, il ne sera pas exigé*
31 *des étrangers qui se naturaliseraient chiliens qu'ils renoncent à leur nationalité*
32 *d'origine ;*
- 33 ■ *Troisièmement -c'est celui qui nous importe le plus- pour éviter que des*
34 *compatriotes deviennent apatrides, la renonciation volontaire à la nationalité*
35 *chilienne ne peut avoir d'effet que si la personne s'est préalablement naturalisée*
36 *dans un pays étranger.*
- 37 ■ *En quatrième lieu, suppression de la sentence judiciaire comme motif de perte de la*
38 *nationalité".*

39 En réalité, la différence fondamentale entre la Constitution de 1980, après
40 la réforme de 1985, et celle de 2005, c'est que la première prévoit qu'en principe les
41 Chiliens qui auraient volontairement renoncé auprès d'une autorité étrangère, comme
42 l'arbitre M. Witker, à la nationalité chilienne, en vue de se naturaliser dans un autre

1 pays perdent la nationalité chilienne, alors que la seconde prévoit que, en principe, la
2 nationalité chilienne n'est pas perdue par naturalisation sauf renonciation volontaire
3 manifestée devant les seules autorités chiliennes. C'est-à-dire que jusqu'à 2005, la
4 renonciation volontaire intervenue auprès d'un fonctionnaire de l'Allemagne, par
5 exemple, en recevant la nationalité allemande signifiait la perte. Maintenant, non : si
6 un Chilien devient ressortissant allemand par renonciation, auprès du fonctionnaire
7 allemand, à la nationalité chilienne, pour le Chili il continue à être un Chilien aussi
8 longtemps qu'il n'ira pas chez un officier chilien pour renoncer. Donc c'est une
9 garantie additionnelle pour le maintien de la nationalité chilienne. Aujourd'hui, un
10 Chilien naturalisé par un Etat étranger aurait la double nationalité, sauf à renoncer
11 volontairement à la nationalité chilienne par devant l'autorité chilienne compétente.
12 Voilà la grande nouveauté.

13 Loin d'admettre une nouvelle cause de perte de la nationalité, cette
14 réforme incorpore de manière explicite l'interprétation de la Constitution dégagée par
15 l'arrêt de la Cour de Valparaiso qui est entériné par la Cour suprême que je viens de
16 vous le lire.

17 Or, M. le Président nous a lu ce matin un texte de l'expert du Chili,
18 M. Nogueira, pour soutenir sa thèse. Eh bien, nous avons produit ici le texte intégral
19 de M. Nogueira dont le contenu a été dénaturé par M. le Président de la Cour
20 constitutionnelle. Pour cela, je vais vous lire ce que M. Nogueira dit à propos de cette
21 réforme en ce qui concerne la Convention Panaméricaine des Droits de l'Homme qui
22 est celle que nous sommes en train d'invoquer.

23 Je cite le professeur Nogueira, expert du Chili, dans son article sur la
24 réforme de 2005 (*citation*) : *"Il y a lieu de mettre l'accent sur le fait que la réforme*
25 *possède également un fondement implicite, à savoir l'harmonisation du texte*
26 *constitutionnel avec la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906 [elle*
27 *figure dans la pièce C27 du dossier arbitral] publiée au Journal Officiel du*
28 *20 juillet 1909, qui s'impose seulement aux pays d'Amérique qui en sont signataires et*
29 *qui, dans le cas où la personne possédant la double nationalité rétablit sa résidence*
30 *dans son pays d'origine et l'y maintient durant plus de deux ans, détermine l'abandon*
31 *de la nationalité acquise par naturalisation si elle [cette personne] l'exprime".*

32 Donc voilà encore une manière de perdre la nationalité chilienne qui n'est
33 pas prévue dans l'article 11 de la Constitution et qui est en vigueur au Chili. C'est-à-
34 dire le Traité de Rio, la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906 qui est
35 toujours en vigueur au Chili, dit par l'expert du Chili, M. Nogueira. *"Cela se trouve*
36 *encore renforcé"* -c'est toujours Nogueira qui parle- *"si nous prenons en considération*
37 *que l'article 20 de la Convention américaine interdit aux Etats parties de priver*
38 *arbitrairement les personnes du droit de changer de nationalité, qui fait partie*
39 *constitutive essentielle du droit à la nationalité. Cette norme affecte directement la*
40 *matière qui fait l'objet de notre analyse -c'est Nogueira qui parle- en ce que la réforme*
41 *constitutionnelle de 2005 rétablirait une pleine harmonie avec l'article 1 de la*
42 *Convention panaméricaine de Rio en vigueur entre Etats américains et avec*
43 *l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'Homme de 1990, évitant la*
44 *responsabilité internationale qui pourrait potentiellement encourir l'Etat du Chili en*
45 *interdisant la renonciation volontaire à la nationalité chilienne aux Chiliens ayant*
46 *une double nationalité d'un autre pays panaméricain, ou à toute personne depuis la*

1 *ratification de la Convention américaine des droits de l'Homme*". Donc pour
2 M. Nogueira, l'Etat chilien a encouru dans un acte illicite international en interdisant
3 à M. Pey de renoncer à la nationalité chilienne après que le Registre de l'état-Civil ait
4 inscrit qu'il était étranger par renonciation.

5 Maintenant, je vais vous citer, pour vous démontrer à quel point
6 l'intervention de M. le Président ce matin, en disant qu'il ne connaissait aucun, aucun,
7 expert en droit constitutionnel qui soutiendrait une thèse différente de la sienne, n'est
8 pas vraie. Nous avons apporté le chapitre d'un livre publié à Santiago par les Editions
9 LexisNexis, qui s'appelle *La réforme constitutionnelle de 2005*, publié à l'initiative de
10 l'Association chilienne des droits constitutionnels, dont M. Cea fait partie, et
11 coordonnée par le professeur Francisco Zúñiga Urbina, où une série d'auteurs et de
12 rédacteurs de traités analysent en détail les diverses réformes touchant la Constitution
13 introduites par la loi de 2005.

14 Sur le sujet de la nationalité, nous avons recueilli les opinions de trois
15 experts. Il s'agit du professeur Avilés, du professeur Quinzio Figueireido et du
16 professeur Ribera Neuman. Toutes ces opinions sont convergentes avec celles que
17 nous soutenons non seulement aujourd'hui mais tout au long de la procédure arbitrale.

18 Ainsi, au chapitre 4 de la contribution du professeur Avilés, qui s'intitule
19 *La jurisprudence chilienne comme anticipation de la réforme*, et faisant clairement
20 allusion à la nouvelle rédaction de l'article 11 de la Constitution politique de l'Etat,
21 paragraphe 1, le professeur Avilés cite la jurisprudence établie par la Cour d'appel de
22 Valparaiso, dont il a été question ici tout à l'heure, dans son arrêt du 2 avril 2001
23 confirmé par la Cour suprême, relatif à une personne qui avait récupéré sa nationalité
24 nicaraguayenne et avait renoncé à la nationalité chilienne, ce qui fut accepté par les
25 tribunaux chiliens malgré le refus de l'autorité administrative.

26 A propos de cette jurisprudence, l'auteur, le professeur Avilés, indique, je
27 cite (*citation*) : "*La cour a rejeté cette argumentation de l'autorité administrative en*
28 *acceptant le recours sur la base d'une interprétation qui, au fond, reconnaît le droit à*
29 *cesser d'être chilien en termes plus larges que ceux que suggère le texte*
30 *constitutionnel puisque l'on ne peut obliger un citoyen naturalisé à se livrer à des*
31 *comportements répréhensibles pour obtenir de la sorte l'application d'une autre cause*
32 *de perte de la nationalité*".

33 Concernant la limitation imposée par la nouvelle rédaction de l'article 11
34 n° 1 de la Constitution, à savoir que la renonciation doit être précédée d'une
35 naturalisation dans un autre pays, cet auteur affirme (*citation*) : "*Pour sa part, il y est*
36 *indiqué, faisant écho aux traités internationaux en vigueur, s'agissant d'éviter de*
37 *créer des apatridies, que la renonciation volontaire au Chili ne produit pas la perte*
38 *de la nationalité si la personne préalablement ne s'est pas naturalisée dans un pays*
39 *étranger*".

40 Le professeur Quinzio Figueireido, analysant cette modification de
41 l'article 11, affirme, je cite (*citation*) : "*Cette disposition est devenue beaucoup plus*
42 *claire avec la modification mentionnée, dès lors qu'elle s'ajuste mieux aux principes*
43 *consacrés dans les traités internationaux sur cette matière, et en général au Droit*
44 *International en ce qu'il doit être juste et équitable*". Il ajoute plus loin (*citation*) : "*La*

1 *réforme relative à la nationalité, nous la trouvons en accord avec ce que se doit d'être*
2 *cette institution juridique, dès lors qu'elle doit répondre à des considérations tant*
3 *internes qu'externes, de sorte qu'il lui faut s'accorder à l'égard du Droit International,*
4 *et tout spécialement des traités internationaux en la matière, tout comme dans le droit*
5 *interne".*

6 Ainsi, pour le Pr Quinzio Figueireido, la réforme reprend simplement ce
7 qui découlait déjà du droit interne et du droit international, étant rappelé en outre que
8 lorsque ce dernier consacre et règle un droit de la personne humaine, selon l'article 5
9 de la Constitution politique de l'Etat du Chili, l'incorporation dans l'ordonnement
10 juridique interne est immédiate et avec rang constitutionnel. En effet, nous produisons
11 encore un article de M. Cea qui a été publié dans la revue *Ius & Praxis*. Il s'appelle
12 *Los tratados de derechos humanos y la constitucion politica de la República* ("Les
13 traités des droits de l'Homme et la Constitution politique du Chili") où il dit qu'il a
14 participé à la réforme de la constitution de 1989. Et il écrit (*citation*) : "*J'estime que du*
15 *point de vue du droit international conventionnel, les traités internationaux sur les*
16 *droits humains ont la même valeur que les dispositions de la Constitution par le biais*
17 *de l'article 5* », elles deviennent donc partie du régime constitutionnel chilien au point
18 de vue « *formel et substantiel* », matériel.

19 **M. le Président.** - Vous me permettez une question ? Je crois en tout cas
20 que j'ai compris de quoi il s'agissait dans l'arrêt de la Cour de Valparaiso et qu'il n'est
21 peut-être pas indispensable de connaître l'opinion de tous les professeurs imaginables
22 au Chili ou ailleurs, et nous savons ce que sont que les opinions de professeur. Mais il
23 y a un point qui m'apparaît en vous écoutant, je ne suis pas sûr d'avoir bien compris.

24 Dans l'Affaire Castellón, que vous avez citée abondamment, il est tout à
25 fait clair que la renonciation est liée à l'acquisition de la nationalité du Nicaragua.
26 C'est bien cela, n'est-ce pas ? Il est tout à fait clair que la renonciation est liée à
27 l'acquisition d'une nationalité étrangère qui, dans l'Affaire Castellón, est celle du
28 Nicaragua.

29 La question qui m'est apparue, je suis peut-être le seul à n'avoir pas
30 compris sur ce point, c'est de savoir si soit selon le droit chilien, soit selon les
31 principes interaméricains ou les principes du droit international, il serait possible pour
32 en Etat lié par ces principes ou pour le Chili de subordonner la reconnaissance de la
33 renonciation à cette forme de renonciation ou bien si n'importe quelle forme de
34 renonciation volontaire serait admise en dehors de l'acquisition d'une nationalité
35 étrangère. Ma question est-elle claire ?

36 **M. Garcès.** - Oui. Je crois que la réponse vous a été donnée par le
37 professeur Cea, qui a parlé ce matin, dans son traité de droit constitutionnel, de l'arrêt
38 de 2002 que je vais vous lire littéralement. Cette fois-ci, j'ai la traduction en français.
39 Il dit (*citation*) :

40 "*Toute personne a le droit de changer de nationalité. Ce n'est pas*
41 *toutefois un droit absolu et illimité au point d'être exercé arbitrairement*" -voilà une
42 limite, "*arbitrairement*"- "*car le renoncement doit en effet toujours satisfaire aux*
43 *exigences mentionnées par la Constitution et les lois de son pays*".

1 Dans le cas d'espèce, la CDN fait partie du système chilien et les principes
2 de la liberté, de la libre volonté d'accéder au bénéfice de la CDN et d'y renoncer sont
3 consubstantiels au système de la CDN. Et la Convention américaine des Droits de
4 l'Homme fait également partie du régime des lois internes.

5 Le Pr Cea poursuit (*citation*) : "*En outre, celui qui renonce à sa*
6 *nationalité doit le faire de façon légitime*" -voilà une deuxième condition- "*sur la base*
7 *de considérations ou de raisons qui, tout en étant personnelles, ne sauraient être*
8 *associées à la fraude, le délit ou le préjudice à l'égard des tiers*". Voilà les limitations
9 que M. Cea établit et sur lesquelles bien entendu nous n'avons pas d'opposition. Dans
10 le cas de M. Pey, il pouvait renoncer parce que la CDN, qui est de ce point de vue au-
11 dessus de la Constitution chilienne, le lui permet parce que, bien entendu, le risque
12 d'apatridie n'existait pas dès le moment où il était pleinement espagnol. Donc le grand
13 danger de l'apatridie, dont M. Cea a parlé ce matin, est exclu.

14 Pour finir, la citation du professeur Ribero Neuman (?) (*citation*) :
15 "*Récemment, la Cour suprême et le Conseil de défense de l'Etat ont protégé le lien*
16 *constitué par la nationalité en considérant qu'il ne suffisait pas d'acquérir une*
17 *nationalité pour que cela implique une renonciation à la nationalité chilienne mais*
18 *qu'il devait exister une manifestation de volonté expresse contenant l'indication d'une*
19 *volonté de renonciation*". Ceci était en vigueur avant la réforme de 2005.

20 Ainsi, je termine en disant qu'il résulte catégoriquement que, pour le
21 Pr Neuman, le nouvel article 11.1 de la Constitution politique de l'Etat n'a pas non
22 plus introduit une innovation en ce qu'il envisage la possibilité de renoncer à la
23 nationalité chilienne et qu'il s'agissait de préciser ce qui découlait et s'entendait de tout
24 l'ordonnancement juridique.

25 Conclusion. Il résulte de ce qui précède que contrairement aux prétentions
26 de la partie chilienne, la renonciation volontaire à la nationalité était une cause de
27 perte de celle-ci sous le régime de la Constitution de 1980, avant même la réforme de
28 2005, ce que confirment les auteurs que je viens de citer. Dès lors, la renonciation de
29 M. Pey Casado, intervenue le 10 décembre 1986 alors qu'il était ressortissant
30 espagnol, doit être prise en considération par le Tribunal arbitral qui devra reconnaître
31 la nationalité exclusive espagnole de M. Pey aux dates pertinentes de la Convention de
32 Washington.

33 En tout état de cause, à supposer que le Tribunal arbitral considère que la
34 Constitution de 1980 ne reconnaissait pas la renonciation volontaire comme une cause
35 légitime de perte de la nationalité alors que le risque d'apatridie n'existait pas, il ne
36 devrait pas tenir compte de la nationalité chilienne de M. Pey Casado pour établir sa
37 compétence pour les raisons suivantes : parce que l'interprétation de la Constitution de
38 1980 par la partie chilienne est en contradiction avec les normes du droit international
39 en ce qu'elle viole notamment le droit de changer de nationalité et la CDN entre
40 l'Espagne et le Chili, dont la pierre angulaire est le caractère absolument volontaire
41 pour les Espagnols et les Chiliens de s'accueillir à ses bénéficiaires ainsi que d'y
42 renoncer. Ce sont les pièces C29 et C91.

43 Voilà donc, monsieur le président, tout en vous présentant mes excuses
44 pour la longueur de l'exposé. Merci.

1 **M. le Président.** - Je vous remercie. Nous pouvons peut-être suspendre
2 cinq minutes pour que les arbitres puissent évaluer la suite du programme. Mais il n'y
3 a pas besoin d'interrompre, nous pouvons peut-être voir la question de l'horaire. Peut-
4 être que je devrais vous demander de combien de temps vous avez besoin pour traiter
5 le reste de votre exposé. A peu près une estimation. Maître Malinvaud ?

6 **Mme Malinvaud.** - Je pense que sur la question du *ratione temporis*, j'en
7 ai pour maximum trois quarts d'heure.

8 **M. le Président.** - C'était pour savoir s'il fallait faire la pause café ou thé
9 d'usage maintenant ou plus tard.

10 **Mme Malinvaud.** - Je pense qu'il est plus opportun de la faire maintenant,
11 oui.

12 **M. le Président.** - Dans ce cas, suspendons pour une vingtaine de
13 minutes, si vous êtes d'accord.

14 **M. Gaillard.** - Et MFN ?

15 **Mme Malinvaud.** - MFN devrait être beaucoup plus réduit.

16 **M. le Président.** - Très bien, cela nous donne la réponse que nous
17 attendions. La séance est suspendue pour vingt minutes.

18 *Suspendue à 17 heures 19, l'audience est reprise à 17 heures 42.*

19 **M. le Président.** – Mesdames, messieurs, nous reprenons l'audience et je
20 me tourne vers le Dr Garcès qui va nous dire s'il poursuit ou s'il passe la parole à l'un
21 ou l'autre des membres de la Délégation.

22 **Dr J. E. Garcès.** – Monsieur le président, comme je vous l'avais indiqué,
23 c'est Me Malinvaud qui va répondre à la quatrième question en suivant l'ordre de
24 l'ordre du jour.

25 **M. le Président.** – C'est parfait. Maître Malinvaud, vous avez la parole.

26 **Me C. Malinvaud.** – Je vous remercie. Je vais donc m'intéresser à la
27 quatrième question qui a trait à l'application *ratione temporis* du Traité.

28 Au préalable, une simple remarque matérielle : M. Garcès, tout à l'heure,
29 vous a annoncé que nous avons les documents à votre disposition si vous souhaitiez
30 en consulter. Ce que nous aurons surtout, c'est la liste des documents que nous
31 remettrons à tous, dont beaucoup sont facilement accessibles ou publiés et vous n'en
32 avez peut-être pas besoin. Nous serons à votre disposition pour vous communiquer,
33 parmi ces listes-là, ceux qui peuvent vous intéresser et peut-être vous les adresser
34 directement pour éviter que vous ne soyez chargés de documents. Mais ce sont ici des
35 dispositions purement matérielles.

1 **M. le Président.** – Puisque vous parlez de documents, c'était, bien
2 entendu, l'intention du Tribunal de soulever cette question de façon que les deux
3 parties aient une égale possibilité et un égal devoir de soumettre les documents
4 auxquels il a été fait allusion aujourd'hui. Poursuivons.

5 **Application dans le temps du Traité bilatéral**

6 **4. Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) que** 7 **le Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de** 8 **l'application dans le temps du Traité bilatéral ?**

9 **Me C. Malinvaud.** – Je vous remercie. En ce qui concerne plus
10 particulièrement la question n° 4, trois remarques sur l'exposé fait précédemment sur
11 cette question, étant entendu que nous compléterons, d'une manière générale, nos
12 réponses à la position prise par la demanderesse, dans notre réplique de demain.

13 Trois remarques

14 Première remarque : de même que pour nous aussi l'analyse de la
15 République du Chili en matière d'application *ratione temporis* du Traité a trait à
16 l'analyse de l'article 2 du Traité API.

17 Deuxième remarque : malgré le tableau présenté, il n'y a pas ou très peu –
18 en tout cas nous n'en avons pas identifié et l'autre partie non plus apparemment- de
19 jurisprudence postérieure à mai 2003 qui, dans un Traité strictement identique, c'est-
20 à-dire qui fait référence à la notion de controverse, a refusé d'appliquer le Traité à des
21 faits antérieurs à la controverse. Il n'y a donc pas de nouvelles jurisprudences qui
22 iraient à l'encontre de la jurisprudence Maffezini, à savoir celle évoquée déjà en 2003.

23 Enfin, troisième remarque, toujours à titre de remarque préalable, la
24 République du Chili -et elle l'a toujours fait- confond volontairement la controverse et
25 les faits à l'origine de la controverse. Ce sont des notions évidemment très différentes
26 qui sont au cœur de l'interprétation du Traité.

27 Mon exposé sera en deux temps. Le premier aura vocation à rappeler la
28 position des demanderesses et à évoquer la jurisprudence et la doctrine récente qui
29 vont dans ce sens, à savoir que le seul critère pertinent pour l'application *ratione*
30 *temporis* du Traité est la notion de controverse. Puis, deuxièmement, à titre
31 subsidiaire, que les actes du Chili sont des actes composites illicites ou une violation
32 continue de ses obligations et, dès lors, la condition *ratione temporis* est également
33 satisfaite.

34 Sur le premier point, seule la notion de controverse est pertinente. Notre
35 interprétation se base sur les articles 2-2 et 2-3 de l'API. Il est entendu que ce Traité
36 s'applique aux investissements futurs et passés avant son entrée en vigueur et la limite
37 temporelle, la seule donnée dans ce Traité, est (*citation*) :

38 « Il ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations
39 surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur ».

1 C'est là une dérogation expresse à ce que l'on pourrait appeler une
2 application rétroactive du Traité.

3 Ce Traité prévoit expressément que l'application *ratione temporis*, le
4 curseur, est celui de la naissance de la controverse.

5 La controverse est née en novembre 1995, soit après l'entrée en vigueur du
6 Traité qui est de 1994 et peu importe que des faits -et non pas tous les faits d'ailleurs-
7 à l'origine de la controverse soient antérieurs à cette date-là.

8 Si l'on prend, comme le suggère le Chili, la date des faits à l'origine de la
9 controverse et non la controverse, en réalité on rajoute une condition au Traité et c'est
10 parfaitement contraire aux règles d'interprétation de la Convention de la Vienne et,
11 notamment, à l'article 31.

12 A l'époque, nous avons la sentence Maffezini du 25 janvier 2000 qui a la
13 particularité de connaître exactement, avec cette précision d'article 2-3, la notion de
14 controverse à la même Clause et la décision était intéressante à la fois pour déterminer
15 la notion de controverse, pour confirmer que seul ce critère était pertinent et que peu
16 importait le fait que des faits de l'Etat aient précédé la naissance de la controverse –
17 c'est toujours le cas- mais surtout aient précédé l'entrée en vigueur du Traité.

18 Cette position reste d'actualité. Pourquoi ?

19 Nous avons recherché des Traités strictement identiques avec cette
20 particularité et nous avons tenté de voir si des décisions pertinentes avaient pu être
21 rendues. En réalité, nous n'en avons identifié que deux qui ont été citées, je crois, par
22 la demanderesse : il s'agit de la Décision Jan de Nul contre Egypte de juin 2006 et la
23 Décision Luchetti c/Pérou de 2005.

24 Dans ces deux décisions, la question était différente de celle qui nous est
25 posée. Pourquoi ? Parce qu'il y avait eu plusieurs controverses. La question qui était à
26 trancher par le Tribunal arbitral était de savoir si des controverses, antérieures à
27 l'entrée en vigueur du Traité, empêchaient la deuxième controverse d'être prise en
28 compte dans le cadre du Traité ou s'il s'agissait de controverses différentes. C'est la
29 question qui avait été à traiter. L'élément intéressant pour notre cas dans ces deux
30 arrêts, quelle que soit la décision prise sur le fait de l'unicité ou pas de la notion de
31 controverse, c'est que le Tribunal arbitral ne s'est attaché qu'à cette notion de
32 controverse et n'a pas été rechercher ou prendre en considération le point de savoir s'il
33 y avait ou pas des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité. Il a appliqué la
34 condition posée par le Traité, à savoir : est-ce qu'il y avait une controverse, mais avant
35 l'entrée en vigueur du Traité ou pas ?

36 Deuxième élément qui nous paraît particulièrement pertinent –cette fois-ci
37 il s'agit d'un élément de doctrine-, c'est l'article de Christophe Schreuer du 12 juillet
38 2005 qui, je crois, a été également cité par la partie défenderesse et que l'on retrouve
39 dans la Revue « *Transnational dispute management (volume II)* » de novembre 2005.

40 Cet article est très intéressant et il dit ceci et, tout d'abord, il relève que
41 « *de nombreux BIT s'appliquent à des investissements passés* ». Finalement, c'est

1 quelque chose d'assez courant. Mais il relève que « *seuls quelques-uns précisent*
2 *s'appliquer qu'à des controverses nées qu'après l'entrée en vigueur du Traité* » -cette
3 précision de l'article 2-3 est assez rare- « *et, dans cette hypothèse-là, alors seul ce*
4 *critère est pertinent* », puisqu'il dit, je cite en anglais :

5 « *It follows from provisions of this kind* » c'est-à-dire l'article 2-3, la
6 notion de controverse, « *that the time at which the dispute have arisen will be of*
7 *decisive importance for the applicability of the consent to arbitration. Some of the*
8 *actions and events leading to the dispute may have occurred before the BIT's entry*
9 *into force but ...* » –et c'est cela qui est important- “ *...the decisive time is the date at*
10 *which the dispute began.*”

11 Je reviens à la première remarque de tout à l'heure, avant d'exposer la
12 question n° 2. On est précisément dans des questions d'interprétation des Traités et
13 quand on a une Clause qui donne une condition, on doit se tenir à cette condition et ne
14 pas en inventer d'autres. La controverse est le seul critère qui est posé et, de fait, la
15 controverse doit être le seul critère retenu.

16 S'agissant des autres jurisprudences ou décisions qui ont pu être rendues
17 après mai 2003 et qui, de la même façon l'ont été en interprétant un Traité –certes sur
18 d'autres notions, principalement la notion de nationalité de l'investisseur et notamment
19 la date à laquelle l'investisseur doit être de la nationalité de l'Etat contractant, ou bien
20 portant sur le point de savoir comment la nationalité de la personne morale devait être
21 appréciée ou pas-, il convient de se référer au Traité, aux conditions du Traité et ne
22 pas en inventer d'autres.

23 Je fais référence aux jurisprudences que j'ai citées tout à l'heure en matière
24 de nationalité de l'investisseur qu'il s'agisse de *West Management Soufraki*, ou
25 *Champion Trading* et en ce qui concerne les critères de nationalité de personnes
26 morales, en ce sens qu'il convenait de ne pas en rajouter, je fais référence à la
27 sentence *Tokios Tokelés c. Ukraine* du 29 avril 2004.

28 Je suis quand même allé voir ce qu'avait fait la jurisprudence dans des
29 hypothèses où il n'y avait pas de clauses identiques à la nôtre et donc l'article 2-3 avec
30 la notion de controverse. Il se trouve que les décisions sont variables.

31 Certaines, faute de critères, vont retenir la date des faits de l'Etat. Ce sont
32 des décisions qui ont pu être évoquées par la République du Chili, à savoir en
33 particulier l'Affaire *Tecmed c/Mexique* du 29 mai 2003 ou, je crois, l'Affaire
34 *Generation Ukraine c/Ukraine* du 16 septembre 2003.

35 Mais ces décisions ne sont pas pertinentes pour nous parce que justement
36 il n'y avait pas ce critère de la controverse et, par conséquent, ils sont allés en chercher
37 d'autres. A partir du moment où il y a cette référence *ratione temporis*, il n'y a pas lieu
38 d'aller ajouter une condition et de rechercher si les faits étaient ou pas antérieurs à
39 l'entrée en vigueur du Traité.

40 De plus, il convient de rappeler que dans ces deux affaires,
41 l'argumentation de la demanderesse semble avoir été assez fluctuante sur les faits
42 invoqués ou pas. Je sais bien que chaque sentence est question de faits, mais il y avait

1 là, en particulier, semble-t-il, une certaine confusion, en tout cas dans l'esprit du
2 Tribunal, sur l'argumentation même de la demanderesse.

3 L'autre courant de jurisprudence, en l'absence de Clause comme celle que
4 nous avons, à savoir l'article 2-3, retient quand même le critère de la date de la
5 controverse. Là, je fais référence à une décision également citée ce matin, décision
6 d'autant plus pertinente que le critère pris est celui de la controverse –alors qu'il
7 n'était pas dans le Traité- et non pas celui du fait de l'Etat, je veux parler de la
8 Décision *Duke Energy contre Pérou* du 1^{er} février 2006.

9 Que s'est-il passé dans cette décision-là ? Il s'agissait non pas d'un BIT
10 proprement dit mais d'un accord de stabilité juridique entre la demanderesse et la
11 République du Pérou. Il était silencieux sur l'application *ratione temporis* et,
12 d'ailleurs, il ne précisait même pas qu'il s'appliquait à des investissements passés. Eh
13 bien, le Tribunal a rejeté la prétention du Pérou selon lequel le Tribunal n'était pas
14 compétent au motif que les faits invoqués étaient antérieurs à l'entrée en vigueur
15 puisque, selon les termes mêmes du Tribunal, qui d'ailleurs a cité l'arrêt *Maffezini* à
16 cet égard, il a été dit (*citation*) :

17 « *Ce qui est décisif pour la compétence ratione temporis du Tribunal,*
18 *c'est le moment où le litige juridique entre les parties est né et non pas le*
19 *moment durant lequel les éléments factuels sur lesquels repose le litige ont eu lieu* ».

20 Le Tribunal ayant retenu que la controverse était née après l'entrée en
21 vigueur de l'accord de stabilité, il s'est reconnu compétent.

22 Donc, le critère de la controverse, en l'espèce, est celui -et le seul- qu'il
23 convient de retenir. Je ne pensais pas avoir à revenir sur la notion de controverse qui
24 me paraissait être quelque chose d'assez largement établi dans la jurisprudence, qu'il
25 s'agisse des Décisions *Mavromatis*, de la CPIJ ou de la CIJ, *Southwest Africa, East*
26 *Timor* et, plus récemment, celle qui nous intéresse le plus, *Maffezini*.

27 Mais la confusion, entretenue par la défenderesse sur la distinction qu'il
28 convient de faire entre la controverse et les faits à l'origine de la controverse,
29 m'amène à revenir brièvement là-dessus. Une controverse, par définition, suppose
30 qu'il y ait eu un échange, une opposition marquée, pour le moins une discussion et une
31 certaine maturation avant d'arriver à la controverse et ce n'est pas le fait de l'Etat, quel
32 qu'il soit, qui est concomitant à la controverse.

33 Je cite, en termes de jurisprudence récente qui confirment cette analyse de
34 la notion de la controverse, un arrêt qui, me semble-t-il, a également été signalé tout à
35 l'heure, celui de *Pan American Energy contre Argentine* du 27 juillet 2006 qui, lui
36 aussi, reprend les définitions retenues par la jurisprudence passée sur la notion de
37 controverse pour l'appliquer de manière assez classique, en l'espèce.

38 Or, aujourd'hui, la controverse est née en novembre 1995, c'est-à-dire au
39 moment où, après qu'il y ait eu une demande de M. Pey de se voir restituer les biens
40 dont il avait été dépossédé, il y a eu refus du gouvernement chilien –je reviendrai plus
41 tard sur les conditions de ce refus-, le 20 novembre 1995, de restituer ses biens à
42 M. Pey, puis une nouvelle demande, puis pas de réponse. On connaît la suite. Tout

1 cela est postérieur à l'entrée en vigueur du Traité. D'ailleurs, ce refus constitue à lui
2 seul un fait illicite de l'Etat, postérieur à l'entrée en vigueur du Traité.

3 Voilà pour la position de principe et la position qui reste notre position
4 principale : le critère pertinent est celui de la controverse.

5 J'en viens maintenant à notre argument subsidiaire qui a trait à la notion
6 de fait illicite composite ou de violation continue.

7 En effet, à l'origine, les faits de la controverse dont vous êtes saisis
8 aujourd'hui sont finalement des faits essentiellement postérieurs à l'entrée en vigueur.
9 Pourquoi ? Parce qu'il ne faut pas retenir uniquement les décrets de 1975 et de 1977, il
10 faut également et surtout retenir le refus d'indemnisation de 1995 qui intervient dans
11 des conditions qui n'ont rien à voir avec les conditions de 1975 et avec un
12 gouvernement qui n'a rien avoir avec celui de 1975. Puis, il y a une décision qui, de
13 manière récurrente, est passée pudiquement sous silence, à savoir la Décision 43 du
14 28 avril 2000 selon laquelle les titres de propriété des biens de CCP et d'EPC ont été
15 attribués à des tiers, les a indemnisés et ce d'ailleurs à la veille même de l'audience de
16 procédure devant un autre Tribunal mais dans la même affaire.

17 Dans notre espèce, je vais revenir brièvement sur la notion de fait
18 composite illicite et la notion de violation continue pour voir quels sont les éléments
19 de jurisprudence ou de doctrine récents qui font application de ces théories-là dans le
20 cadre de la protection des investissements.

21 D'abord la notion de fait composite illicite. Là, il est clair que l'on fait
22 référence à l'article 15 des articles de la Commission de Droit International sur la
23 responsabilité des Etats, que je ne vais pas citer à nouveau, lequel article était déjà
24 noté, sous-jacent et présent en 2003.

25 En revanche la jurisprudence récente est l'application en l'espèce. Nous
26 avons relevé au moins quatre sentences, depuis mai 2003, qui ont consacré, voire
27 appliqué parfois, cette notion-là dans le corps de la décision. La première est la
28 Décision *Tecmed contre Mexique* du 29 mai 2003 qui va affirmer que des actes
29 antérieurs à l'entrée en vigueur peuvent être pris en considération, notamment lorsque
30 ces actes font partie d'une série d'actes et, lorsque le comportement ou les actes, une
31 fois consommés, ou dont la consommation a eu lieu après l'entrée en vigueur du
32 Traité, constituent une violation du Traité.

33 C'est, plus précisément, le paragraphe 68 de cette sentence où le Tribunal
34 précise que la prise en considération d'actes antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité
35 s'impose, en particulier lorsque, je cite (*citation*) : « *la signification et les effets des*
36 *actes antérieurs n'ont pas raisonnablement pu être appréciés à la date de leur*
37 *commission, soit parce que, comme le Traité n'était pas en vigueur, ils n'ont pas pu*
38 *être considérés dans le cas d'une éventuelle demande sur le fondement du Traité, soit*
39 *parce qu'il n'était pas possible de les apprécier dans le contexte général* ».

40 Je cite cette partie-là pour la raison toute simple que, très justement, dans
41 cette Affaire *Tecmed*, quand ils ont fait cette double alternative, ils se positionnaient
42 dans l'hypothèse où ils avaient considéré que, *ratione temporis*, le Traité ne

1 s'appliquait pas aux actes passés. Néanmoins, ils continuaient de les prendre en
2 considération pour voir s'il n'y avait pas une violation du Traité qui s'était concrétisée,
3 consommée après l'entrée en vigueur du Traité.

4 La seconde décision à laquelle je veux faire référence est la Décision *SGS*
5 *contre Philippines* du 29 janvier 2004. En réalité, le raisonnement du Tribunal sera de
6 reprendre la notion de fait composite, puis la notion de fait continu, avant de conclure
7 que, compte tenu de ces notions-là, qu'il y a bien eu un acte postérieur à l'entrée en
8 vigueur du Traité. Je cite, à cet égard, le paragraphe 166 de cette sentence qui lui-
9 même cite la Décision *Mondev* contre Etats-Unis de 2002 qui précise que (*citation*)
10 « *des événements ou un comportement antérieurs à l'entrée en vigueur d'une*
11 *obligation de l'Etat défendeur peuvent être pertinents pour déterminer la question de*
12 *savoir si l'Etat a ultérieurement violé son obligation.* »

13 C'est ce que nous vous demandons de faire dans le cadre de l'acte
14 composite.

15 C'est également ce qui a été évoqué dans la Décision *Duke Energy contre*
16 *Pérou* du 1^{er} février 2002 qui, bien qu'il ait considéré que le critère pertinent était
17 celui de la controverse et qu'il se soit reconnu compétent au titre de la naissance de la
18 controverse postérieure à l'entrée en vigueur du Traité, il a également précisé être
19 compétent pour apprécier tous les éléments factuels du litige, y compris ceux qui
20 étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité, pour déterminer si le défendeur a
21 violé celui-ci par un comportement qui a eu lieu ou qui a été « *consommé* » après
22 l'entrée en vigueur du Traité : c'est le paragraphe 150 de la sentence.

23 Enfin, et de manière peut-être plus anecdotique, dans la Décision
24 *Jan de Nul contre Egypte* de juin 2006, le Tribunal n'a pas à considérer cette question
25 puisqu'il s'est reconnu compétent *ratione temporis*. Néanmoins, il fait référence à
26 l'argument, soutenu par le demandeur à titre subsidiaire, qui reposait sur la notion de
27 fait composite illicite. Il n'exclut absolument pas la validité de ce principe ou de cette
28 thèse ; simplement il n'a pas à l'examiner dans la mesure où il s'est déjà déclaré
29 compétent.

30 Pourquoi tout cela peut-il s'appliquer en l'espèce, à supposer qu'on ne
31 retienne par le critère de la simple controverse ?

32 Je voudrais donner quelques explications, factuelles mais brèves. Il s'agit
33 non pas de reprendre le dossier, mais de reprendre un tout petit peu de cette
34 chronologie : les décrets de 1975 et de 1977 -et non pas de 1973, comme il est évoqué
35 de temps en temps- comme étant la dépossession *de facto*. De toute façon, cela ne
36 peut pas remonter avant 1975, puisque c'est le premier décret qui se soit appliqué aux
37 biens de CPP ; celui de 1997 s'étant appliqué à M. Pey, *ad nomen*. A ce moment-là,
38 l'expropriation illicite de M. Pey n'était pas définitive ou consommée ; elle ne le sera
39 que plus tard. En réalité, elle ne le sera que le 20 novembre 1995.

40 Pourquoi ? Parce que ce n'est qu'après le rétablissement du régime
41 démocratique au Chili -qui intervient en 88-89, avec l'élection d'un nouveau président
42 et après le rejet du plébiscite demandé par M. Pinochet- que M. Pey a pu revenir au
43 Chili pour la première fois, soit en mai 1989. C'est à ce moment-là qu'il a pu aller

1 devant les tribunaux chilien –et c’est la Décision du 29 mai 1995 (cf. pièce 21 de la
2 Requête)- pour essayer d'obtenir les titres originaux qui permettaient de démontrer sa
3 propriété. C’est seulement à cette époque-là qu’il a pu entamer un dialogue.
4 Auparavant, il n'était même pas question d'entamer un dialogue avec le gouvernement
5 du Chili.

6 C’est donc à ce moment-là, une fois qu’il a récupéré les titres, qu’il a pu
7 s'adresser au Président du Chili, ce qu’il a fait le 6 septembre 1995, pour demander la
8 restitution des biens (cf. pièce 22 de la Requête).

9 La réponse qui lui a été donnée par ce nouveau gouvernement est arrivée
10 le 20 novembre 1995 (cf. pièce 23) et c’est là que la « violation » commence à être
11 consommée ou consumée. C'est ce refus de restitution, ce refus d'indemnisation qui,
12 en réalité, constitue le fait illicite qui sera déterminant. Et encore, il y en aura un après
13 puisqu’à la suite de ce refus, il y a une nouvelle demande à laquelle il n'est pas
14 répondu.

15 Suit tout le déclenchement classique de la procédure avec le délai de
16 six mois, la requête, le temps assez long pris pour l'enregistrement de la requête, sur
17 lequel je ne reviendrai pas. Mais c’est ce refus du nouveau gouvernement, en
18 novembre 95, qui postérieurement à l'entrée en vigueur du Traité, consomme l'acte
19 illicite du gouvernement du Chili et qui, à lui seul, suffirait à justifier la compétence
20 *ratione temporis* du Tribunal, à supposer qu'on ne retienne pas uniquement la notion
21 de la controverse, mais qui, en l’espèce, constitue également la preuve d’un fait
22 composite illicite. Ce fait-là est encore aggravé et consommé ou consumé une
23 deuxième fois en avril 2000, avec la fameuse Décision 43.

24 Cette décision est quand même intéressante et, sans vouloir la replaider, je
25 voudrais faire quelques remarques sur cette dernière. C'est un nouveau fait de l'Etat,
26 sur lequel la République du Chili reste silencieuse, où il attribue à des tiers la propriété
27 des biens confisqués et il décide de les indemniser. En réalité, on est dans la situation
28 quasi inverse de 1975. Parce qu'en 75, on reproche à M. Pey d'être propriétaire des
29 biens CPP. Puis, en 2000, on attribue ces propriétés à M. Pey. Ce n’est donc pas la
30 même notion, mais pratiquement l'inverse de la situation de 1975 et de 1977.

31 Immédiatement après ce nouveau fait, qui est survenu dans des conditions
32 presque mélodramatiques au début de cette audience de 2000 -pratiquement personne
33 autour de cette table n’était là à l’époque, mais nous étions là et les transcripts sont là
34 pour l’attester-, décision qui a été brandie par la Délégation du Chili comme
35 constituant un élément fondamental, nouveau, qui remettait en cause toute la logique
36 de cette procédure puisque M. Pey n’avait jamais été propriétaire de quoi que ce soit.
37 Voilà la façon dont cette décision avait été annoncée. Evidemment, elle a donné lieu à
38 une controverse, immédiate pour le coup, et une opposition immédiate.

39 Aussi, oui, si l’on ne prend pas en compte le seul critère de la controverse,
40 on est bien dans le cadre d'un fait composite illicite consommé après l'entrée en
41 vigueur du Traité.

42 Quelques éléments sur la notion de violation continue. Là, je fais référence
43 à l’article 14.2 des articles de la CDI, toujours sur la responsabilité des Etats, l'idée

1 étant qu'un Tribunal arbitral est compétent *ratione temporis* dès lors que la violation
2 continue après l'entrée en vigueur du Traité.

3 En mai 2003, les deux arrêts de la CEDH, *Papamichalopoulos contre*
4 *Grèce* de 1993 et *Loizidou contre Turquie* de 1996, avaient été évoqués, sachant que
5 dans l'un comme dans l'autre il était intéressant de noter qu'il s'agissait bien d'une
6 hypothèse d'expropriation. En effet, dans la première, il s'agissait de la saisie d'un
7 bien sans expropriation formelle qui avait eu lieu environ huit ans avant que la Grèce
8 ne reconnaisse la compétence de la Cour. Dans la seconde affaire, avec un
9 raisonnement similaire, il s'agissait du refus de la Turquie de permettre au requérant
10 d'accéder à son bien, qui s'était poursuivi après l'acceptation de la compétence de la
11 Cour par la Turquie.

12 Quels sont les éléments nouveaux par rapport à l'année 2003 que l'on peut
13 évoquer sur cette notion de fait continu ?

14 D'une part, il y a les commentaires faits par le Professeur Crawford sur
15 ces notions de fait composite ou de fait continu, auxquels nous faisons référence (cf.
16 page 164 de son livre). Le Professeur Crawford fait état que la notion de fait illicite
17 continu a été également appliquée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour
18 établir sa compétence *ratione temporis* dans une série d'affaires. Ceci m'amènera à
19 citer quelques affaires récentes de la Cour européenne des droits de l'Homme à cet
20 égard.

21 Mais avant de citer ces affaires, je voudrais faire référence à la Décision
22 *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) c/ Philippines* du 29 janvier 2004 où le
23 Tribunal a remarqué qu'il est clair que l'article 8 –en l'occurrence, il s'agissait de la
24 Clause relative au règlement des différends, mais il n'y a pas de raison de l'appliquer
25 de la même façon en l'espèce- s'applique à des violations qui continuent, à cette date –
26 la date de l'entrée en vigueur du Traité- et que le défaut de payer des sommes dues en
27 vertu d'un contrat est un exemple de violation continue.

28 Pour quelques arrêts de la CEDH, je fais référence à la Décision *Ilascu*
29 *contre Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004. En l'espèce, il s'agissait d'une détention
30 illégale qui constitue une violation continue et qui peut être invoquée dès lors que la
31 détention se prolonge au-delà de l'entrée en vigueur du Traité. Toujours dans cette
32 décision, il était fait référence au fait qu'une décision de justice –en l'occurrence,
33 c'était la condamnation à une peine de mort- est un fait continu aussi longtemps
34 qu'elle n'a pas été annulée et continue à produire ses effets.

35 La dernière Décision de la CEDH à laquelle je souhaite faire référence,
36 c'est la Décision *Broniowski contre Pologne* du 22 juin 2004 où il a été décidé que,
37 même si le refus d'indemnisation –indemnisation dans le cadre de la perte de territoire
38 par des Polonais à la suite de l'occupation de la Pologne en 1939- était déjà
39 consommé avant l'entrée en vigueur de la Convention vis-à-vis de la Pologne, la Cour
40 a considéré que l'impossibilité dans laquelle était la requérante de voir exécuter son
41 droit à indemnisation, constituait une violation continue de la part de la Pologne, et la
42 CEDH a donc reconnu sa compétence.

1 C'est pourquoi nous considérons que cette jurisprudence, ainsi que les
2 fondements sur lesquels elle repose, notamment l'article 14 relatif à la responsabilité
3 des Etats, permettent d'alléguer qu'en l'espèce, nous sommes en face d'une violation
4 continue par le Chili qui a privé M. Pey et la Fondation de son droit de jouissance et
5 de sa propriété et cette privation s'est prolongée après l'entrée en vigueur du Traité.

6 En conclusion, à titre principal, la controverse et rien que la controverse
7 est postérieure à l'entrée en vigueur du Traité.

8 De manière subsidiaire, nous sommes en présence d'un acte composite
9 illicite ou d'un acte continu illicite.

10 Là encore, j'attire votre attention sur le fait que nous considérons, en tout
11 état de cause, que le refus d'indemnisation de novembre 1995 constitue un fait illicite
12 de l'Etat, en soi, postérieur à l'entrée en vigueur du Traité.

13 Je vous remercie.

14 **M. le Président.** – Je vous remercie, Maître. Docteur Garcès, voulez-vous
15 nous dire quelque chose à propos de la question n° 5 ?

16 **Clause de la nation la plus favorisée**

17 **5) Le Tribunal arbitral invite les parties à préciser les conséquences qu'elles**
18 **souhaitent, le cas échéant, voir le Tribunal tirer de la Clause de la nation la**
19 **plus favorisée figurant au Traité bilatéral.**

20 **Dr J. E. Garcès.** – Merci, monsieur le Président. En effet, la réponse très
21 brève de la partie adverse, ce matin, sur la question n° 5 va m'inciter, moi aussi, à être
22 bref.

23 Nous avons invoqué, à titre subsidiaire, la Clause de la nation la plus
24 favorisée en rapport avec la demande complémentaire déposée le 4 novembre
25 2002 relative à la valeur de la restitution des Presses Goss et le choix du For. Vous
26 vous rappellerez qu'en octobre 1995 une demande en restitution des Presses Goss a
27 été formulée auprès d'une Cour civile de justice du Chili. Cette restitution avait été
28 exclue de la requête d'arbitrage du 7 novembre 1997, mais pas l'indemnisation pour le
29 manque à gagner qui n'avait pas été demandé au tribunal chilien.

30 Or, de 1995 à 2002, aucune décision en première instance n'a été adoptée
31 au Chili par rapport à cette demande. Le 4 novembre 2002, les demanderesses ont
32 dénoncé les faits constitutifs d'un déni de justice au Chili à l'égard de cette demande.
33 Elles ont alors formulé la demande complémentaire concernant la valeur de restitution
34 *stricto sensu* de cette dernière ou sa valeur de remplacement. Pour autant, compte tenu
35 du déni de justice que l'on a évoqué dans cette demande complémentaire, nous avons
36 dit que la défenderesse ne pouvait pas invoquer la Clause *fork in the road* de
37 l'article 10 de l'API Espagne – Chili pour exclure la compétence du Tribunal arbitral.

38 Depuis lors, la thèse que nous avons soutenue a été confirmée par une
39 sentence arbitrale : *SGS contre Philippines* du 24 janvier 2004, en particulier par le
40 vote concurrentiel de l'un des membres de la Cour d'arbitrage. Et tout

1 particulièrement, dans un livre récent que nous avons étudié en préparation de cette
2 séance, le livre de Jan Paulsson *Denial of justice in international law* publié l'année
3 dernière par Cambridge University Press.

4 Il faut que je vous avoue qu'en lisant ce livre, je me suis retrouvé dans
5 l'argumentaire de Paulsson par rapport à cette affaire, car le point central qui nous
6 intéresse ici, dans cette étude, c'est celui de savoir à quel point on peut considérer
7 comme un « déni de justice » le fait qu'un Etat répudie les droits d'un étranger à
8 accéder à un arbitrage qu'il a reconnu dans un Traité international.

9 Dans son étude, Jan Paulsson reprend les analyses du juge Schwebel en
10 1987 sous l'intitulé «*Denial of Justice by governmental negation of arbitration* »,
11 publiées dans *International Arbitration : Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius,
12 1987.

13 En particulier, à la page 145 de l'étude de J. Paulsson, il cite le
14 juge Visscher qui dit ceci (citation) : « *Lorsqu'un Tribunal décline sa juridiction,*
15 *alors qu'il n'y a aucune autre voie ouverte au demandeur, on peut se trouver face à un*
16 *déni de justice.* »

17 En réalité, je crois que c'est le cas en ce moment et c'est pourquoi nous
18 disons que la Clause de la nation la plus favorisée, en ce qui concerne la *fork in the*
19 *road*, nous l'invoquons à titre subsidiaire. Pourquoi ? Parce que le déni de justice nous
20 épargne cette nécessité. D'ailleurs, c'est la thèse qui est réaffirmée par Paulsson,
21 lorsqu'il dit expressément que (citation) : « *La 'fork in the road' est incompatible avec*
22 *le déni de justice car, dit-il, dès lors qu'on a soumis un différend au Tribunal interne*
23 *et que le déni de justice est intervenu en cours de procédure, c'est-à-dire lorsque*
24 *l'arbitrage est déjà engagé, au moment initial du recours interne, on ne pouvait pas*
25 *prévoir que ce déni de justice allait intervenir.* » S'il intervient, in fine, ce fait illicite
26 permet de porter la requête à la connaissance du Tribunal international. En l'espèce, le
27 Chili a commis un acte de déni de justice, d'un côté, par le délai extraordinaire à
28 établir une vraie solution.

29 A l'heure où nous parlons, nous nous situons plus de dix ans après la
30 requête originale et, à ce jour, il n'y a pas eu de résolution en première instance. Le
31 délai de résolution d'un différend porté à la connaissance des Cours est en soit un
32 motif de déni de justice si ce délai est irraisonnable. Cet argument est développé en
33 page 177 par J. Paulsson. Il parle également d'un autre élément constitutif de déni de
34 justice, à savoir la *gross incompetence of the court* que l'on pourrait traduire comme
35 impéritie manifeste car un Etat a l'obligation de nommer des juges qui soient capables
36 de dire le droit. Or, l'Etat du Chili dans la présente procédure a commis des actes qui
37 constituent un déni de justice, non seulement par rapport à la demande interne de
38 1995, mais aussi pour l'ensemble de la réclamation de 100 % des droits que la
39 Fondation a porté à la connaissance du Tribunal, pour 90 %, ainsi que M. Pey
40 pour 10 %.

41 Je vais faire un bref récapitulatif pour vous montrer le tableau de ce déni
42 de justice sous le concept de répudiation du droit d'accès au Tribunal arbitral qui est
43 tout à fait différent de l'opposition légitime que la demanderesse peut faire des
44 exceptions des compétence prévues dans le règlement et dans la Convention de

1 Washington. Je parle non pas de cela, mais de la répudiation du déni à accéder à
2 l'arbitrage international.

3 La première manifestation est intervenue en 1997, avant que la requête
4 n'ait été enregistrée par M. Shihata, le secrétaire du CIRDI à l'époque, lorsque le
5 ministre de l'Economie du gouvernement chilien s'est rendu exprès à Washington
6 pour une rencontre *ex parte* en vue d'exiger du secrétaire général de CIRDI qu'il
7 n'enregistre, sous aucun prétexte, la requête de la Fondation et de M. Pey. Nous
8 n'avons appris cette visite et cette rencontre *ex parte* que très tardivement, seulement
9 le 2 février 1999, lors de la séance de constitution du Tribunal arbitral, lorsque la
10 Délégation du Chili a lu une lettre où il est fait état de cette visite.

11 Bien entendu, M. Shihata n'a pas accepté cette intervention, il a enregistré
12 la requête. Tout de suite après, le Chili a nommé comme arbitre M. Witker, dont j'ai
13 parlé tout à l'heure. Cet arbitre s'est prêté à produire un curriculum vitae sur lequel
14 étaient occultés son lieu de naissance -à savoir que son pays de naissance était
15 justement le Chili- et le fait qu'il était fils de parents chiliens. Cette nomination de
16 M. Wilker était accompagnée de la proposition, comme président du Tribunal, d'un
17 ressortissant chilien. Autrement dit, le Chili souhaitait contrôler le Tribunal par deux
18 membres chiliens : le président, reconnu chilien, et M. Witker en tant qu'arbitre dont
19 la nationalité était occultée. Lorsque nous avons indiqué que M. Witker était né au
20 Chili, le Chili a gardé le silence pendant des jours et des jours, jusqu'à la date où nous
21 avons produit la preuve que M. Witker était bien né au Chili.

22 En 1998, en remplacement de M. Witker, le Chili a nommé M. Leoro
23 Franco dont l'impéritie manifeste a été démontrée dans la présente procédure.

24 En août 1998, le gouvernement espagnol a reçu la demande du chef de la
25 Délégation chilienne auprès de la présente procédure pour modifier le contenu du
26 Traité bilatéral des articles que nous citons dans notre requête, justement pour
27 provoquer la déclaration d'incompétence du Tribunal arbitral.

28 En 1999, bien des mois après que le Registre de l'état-Civil chilien ait
29 enregistré M. Pey comme étant étranger, il a été ordonné de biffer, par ordre du
30 ministre de l'Intérieur, dans ce même Registre de l'état-Civil, l'inscription qualifiant
31 M. Pey d'étranger. Or, d'après la loi chilienne, aucune inscription portant sur la
32 nationalité ne peut être modifiée si ce n'est avec le consentement de l'intéressé ou par
33 un arrêt de justice, ce qui se comprend aisément.

34 Le 28 avril 2000, les demanderesses ont été dépossédées de leur droit de
35 par la Décision 43 dont vient de parler Mme Malinvaud. Le fait que cette décision ait
36 été prise le vendredi 28 -alors que le mardi suivant commençait l'audience sur la
37 compétence- a permis à la Délégation chilienne de traiter, je cite « d'imposteurs » les
38 parties demanderesses, de « fraudeurs ». On nous a jeté au visage que nous étions des
39 imposteurs et des fraudeurs et ce non pas une seule fois, mais au moins à une douzaine
40 de reprises, tel que cela figure dans les transcripts d'audience.

41 Le 5 mai 2000, alors que le président avait déjà clôturé la procédure orale,
42 ils ont introduit de nouvelles pièces qui contenaient des manifestations erronées, ou

1 délibérément faussées, sur des dimensions concernant la compétence et ce de façon à
2 pousser le Tribunal à se déclarer incompétent.

3 En août 2002, pour mémoire après qu'en mai 2002 le Tribunal arbitral a
4 décidé de joindre la question de fond à celle de la compétence, aussitôt après, c'est la
5 Chambre des députés du Chili qui adopte une résolution visant à approuver que le
6 Chili, à aucune condition, n'accepterait d'exécuter une Décision du Tribunal arbitral
7 qui s'avérerait non favorable au Chili. C'est donc le pouvoir législatif, après le
8 pouvoir exécutif, qui dénie le droit d'accès à l'arbitrage.

9 Le 2 septembre 2005, c'est à nouveau le ministre de l'Economie du Chili
10 qui se déplace à Washington, pour une réunion *ex parte*, pour interférer dans le travail
11 du Tribunal arbitral de la manière que le secrétaire général a décrite dans sa lettre du 2
12 décembre 2005. En interférant de la sorte dans le travail à huis clos du Tribunal
13 arbitral, le Chili a poursuivi dans cette voie, y compris en 2005 et en 2006 en exigeant,
14 du présent Tribunal, de soumettre ses travaux internes à la connaissance et à l'examen
15 de la défenderesse.

16 Entre 1998 et 2003, la défenderesse a gonflé la procédure au moyen de
17 pièces fausses ou manipulées, ce que nous avons énuméré dans la pièce C.268 sous le
18 titre *Mémoire concernant la mauvaise foi du Chili tout au long de la procédure*
19 *arbitrale provoquant sa prolongation et l'augmentation des frais.*

20 Depuis juin 2006, il a essayé de prolonger la procédure et les frais
21 corrélatifs en demandant la réouverture des procédures, orale et écrite, soit neuf ans
22 après le dépôt de la requête originale, alors que M. Pey a déjà 92 ans. Si, par malheur,
23 les lois de la nature intervenaient –excusez-moi, monsieur Pey-, la consommation du
24 déni de la justice serait totale à l'égard d'une personne dont le droit moral a été
25 maltraité d'une manière systématique depuis 1973, tel que cela a été rappelé ce matin
26 encore par les représentants du Chili.

27 En résumé, ceci montre l'intervention du pouvoir exécutif, du Contralor
28 Général de la République en entérinant la Décision 43 du ministre des Biens
29 nationaux, du pouvoir législatif par la Décision de la Chambre des députés en août
30 2002 et, enfin, du pouvoir judiciaire également si l'on se réfère aux termes dans
31 lesquels le Président du Tribunal constitutionnel, en tant que tel –donc le sommet du
32 pouvoir judiciaire- a pris la parole ce matin. Les pressions qu'exercent, sur la Banque
33 mondiale, les membres du gouvernement chilien et tous ces actes n'ont qu'un seul but,
34 un but commun : celui de la dénégation abusive de l'accès à l'arbitrage allant dans le
35 sens de pousser le Tribunal arbitral vers un déni de justice.

36 Car il faut savoir, monsieur le président, messieurs les arbitres, que le
37 Tribunal a décidé de ne pas accepter les mesures provisoires à l'égard à la Décision 43
38 -tel que cela a été rappelé ce matin- en considérant que cette décision n'avait pas
39 *l'effet de res judicata*, de chose jugée.

40 Mais attention, cette décision, ainsi que celle qui a suivi au Chili et, tout
41 particulièrement, son entérinement par le Contrôleur général de la République, le refus
42 par la Chambre d'appel en fonction de contrôle constitutionnel et par la Cour suprême
43 des requêtes déposées par M. Pey au titre des Presses Goss, qui font partie des

1 annexes de la demande complémentaire, sont autant d'éléments tendant à démontrer
2 qu'à l'intérieur du Chili, la *res judicata* ou, si vous voulez, l'immutabilité de la
3 dénégation des droits à la réparation de M. Pey est consommée. Cela a été encore
4 rappelé, ce matin, par le représentant du gouvernement chilien dans ses paroles
5 introductives.

6 Bien entendu, la *res judicata* ne joue pas à l'égard du Tribunal
7 international et vous l'avez écrit. Mais, si par malheur, le Tribunal décidait de se
8 déclarer incompétent, sachez que se produirait alors la situation que décrivait
9 de Visscher dans la citation que j'évoquais précédemment, et serait alors consommé
10 ce que le juge Schwebel écrivait, en 2003, dans son article '*Injunction of Arbitral*
11 *Proceeding and Truncation of the Tribunal*' lorsqu'il disait, je cite (*citation*) :

12 "In classical international law, a State denies justice when its courts are
13 closed to foreign nationals or render judgements against foreign nationals that are
14 arbitrary. In modern international law, a State denies justice no less when it refuses
15 or fails to arbitrate with a foreign national when it is legally bound to do so, or when
16 it, whether by executive, legislative or judicial action, frustrates or endeavours to
17 frustrate international arbitral processes in which it is bound to participate. These
18 cases are of exceptional importance in recognizing and applying this cardinal
19 principle."

20 Telle est la situation qui se crée

21 Eu égard à la Clause de la nation la plus favorisée, au cas où ce que nous
22 avons soutenu dans la demande complémentaire -que je viens de rappeler à l'instant-
23 ne serait accepté, à titre subsidiaire, nous avons invoqué la clause NPF de l'accord
24 Espagne-Chili en rapport avec d'autres Traités et, en particulier, avec la Suisse (pièce
25 C215), avec la Belgique, l'Allemagne, la Pologne, l'Autriche et même avec les Pays-
26 Bas. Tous ont des Traités en vigueur, soit six Traités en vigueur où le Chili accepte le
27 *fork in the road*. L'Espagne, elle aussi, l'a accepté dans ses Traités API en vigueur
28 avec le Costa Rica, avec la Turquie et l'Uruguay.

29 Par conséquent, comme l'évoquait le Pr Gaillard dans son commentaire en
30 2005, si la jurisprudence arbitrale récente admet, par un courant majoritaire, que
31 (*citation*) : « en l'absence d'exclusion spécifique, la Clause de la nation la plus
32 favorisée pourra s'appliquer à la question du règlement des différends, le débat se
33 déplace aujourd'hui du terrain des principes à celui de l'application concrète de la
34 Clause au règlement des différends », nous trouvons que, dans l'API Espagne-Chili, la
35 rédaction de la Clause est telle que les seules matières exclues de l'application de la
36 Clause de la nation la plus favorisée sont celles concernant le libre-échange, l'union
37 douanière ou le marché commun. Dès lors, il n'y a pas d'exclusion de la résolution de
38 la procédure.

39 Bien sûr, il nous a été rappelé que l'Affaire *Maffezini* dit que l'ordre
40 public, dans le cas de l'API entre le Chili et l'Argentine, et la *fork in the road* relèvent
41 de l'ordre public et que ceci irait à l'encontre de l'ordre public chilien. Pour ma part,
42 je ne suis pas tellement convaincu qu'il faille reprendre cette Décision *Maffezini*
43 comme la dernière parole.

1 Pourquoi ? Tout d'abord, parce que l'ordre public –d'autres sentences
2 l'ont dit déjà- est un concept dont les limites ne sont pas très claires et, dès lors,
3 l'application des critères relatifs à l'Affaire Maffezini est difficile, ne serait-ce que par
4 elle-même.

5 Ensuite, comme indiqué dans la sentence *Telenor*, une exclusion de la
6 Clause *fork in the road*, par le truchement de la Clause de la nation la plus favorisée,
7 ne va pas à l'encontre de l'ordre public lorsque cet Etat a accepté ce fait dans plusieurs
8 Traités. Or, le Chili l'a accepté, comme je viens de vous l'indiquer, dans cinq Traités
9 API.

10 La conclusion à laquelle arrive le Pr Gaillard est confirmée par la
11 jurisprudence et la sentence et, même les trois cas que nous avons révélés, les trois
12 sentences qui sembleraient dire le contraire, en réalité, viennent confirmer cette
13 conclusion. C'est le cas de *Plama contre la Bulgarie*, le cas *Salini contre la Jordanie*
14 et le cas *Telenor contre la Hongrie*. Dans ces trois cas, l'application de la Clause de la
15 nation la plus favorisée a été refusée pour résoudre un différend.

16 Dans le cas de Plama, le Tribunal, dans le cadre d'une Décision du
17 8 février 2005, a eu affaire à un Traité bilatéral API qui excluait explicitement le
18 règlement des différends par voie d'arbitrage CIRDI, ce qui n'est pas le cas ici.
19 Ensuite, cette affaire trouvait son fondement dans le Traité sur la Charte de l'énergie.

20 Les quatre raisons pour lesquelles les critères de Plama ne peuvent être
21 appliqués dans l'interprétation de l'API Espagne-Chili, ont été exposées en substance
22 dans la sentence de *l'Affaire Suez Aguas de Barcelona contre l'Argentine*, la Décision
23 de 16 mai 2006 dont le résumé est le suivant et qui peut s'appliquer parfaitement au
24 Traité Espagne-Chili. Le Tribunal, dans cette affaire, constate que (*citation*) :

25 “*The Plama tribunal was guided by the actual intent of the contracting*
26 *States. Indeed, subsequent negotiations between Bulgaria and Cyprus showed the*
27 *“two Contracting Parties to the BIT themselves did not consider that the MFN*
28 *provision extends to the dispute settlement provisions in other BITs.”*
29

30 Cette condition, dont il est question là, n'est pas présente dans le Traité
31 Espagne-Chili.

32 Deuxièmement, la sentence dit (*citation*) :

33 “*Third, as a further distinguishing factor, one may refer to the effect of the*
34 *MFN provision. In Plama, the Claimant attempted to replace the dispute settlement*
35 *provisions in the applicable Bulgaria-Cyprus BIT in toto by a dispute resolution*
36 *mechanism “incorporated” from another treaty.*”
37

38 Ce n'est pas le cas non plus.

39 Troisièmement, je poursuis le même arrêt (*citation*) :

40 “*The Plama tribunal also stated, in its reasons, that an arbitration*
41 *agreement must be clear and unambiguous, especially where it is incorporated by*

1 *reference to another text. This Tribunal does not share this statement. As stated above,*
2 *it believes that dispute resolution provisions are subject to interpretation like any*
3 *other provisions of a treaty, neither more restrictive nor more liberal.”*

4 Il s’agit des paragraphes 63 et 64 de la sentence de *Suez contre l’Argentine*
5 selon la Décision du 16 mai 2006.

6 Dans l’Affaire *Salini contre la Jordanie*, le 29 novembre 2004, le Tribunal
7 étant formé par le juge Guillaume, le Dr Cremades et M. Sinclair, une requête fondée
8 sur un contrat, où le Tribunal se déclare non compétent, et sur un Traité, où le
9 Tribunal se déclare compétent, le *fork in the road* et la Clause NPF sont régis par la
10 convention passée entre l’investisseur et l’Etat et non par la Clause NPF d’un Traité
11 bilatéral d’investissement.

12 Ensuite, le Tribunal remarque que les demandeurs n’ont cité aucune
13 pratique des États parties à cet API à l’appui de leurs prétentions, contrairement à ce
14 qu’ont fait, dans le présent arbitrage, les parties demanderesses (cinq API signés par le
15 Chili).

16 Finalement, toujours dans cette sentence *Salini*, au paragraphe 118, le
17 Tribunal note que (*citation*) :

18 “...*the intention as expressed in Article 9(2) of the BIT was to exclude*
19 *from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and an entity of a*
20 *State Party in order that such disputes might be settled in accordance with the*
21 *procedures set forth in the investment agreements. Lastly, the claimants have not*
22 *cited any practice in Jordan or Italy in support of their claims.”*

23 Voilà encore une raison en faveur de la thèse que nous soutenons.

24 Quant à la troisième sentence, celle de *Telenor contre Hongrie*, du
25 13 septembre 2006, il s’agit d’un contract-claim où l’article 11 de l’API avec la
26 Norvège réduit la compétence du Tribunal arbitral à la seule question de
27 l’expropriation. Au paragraphe 95, la sentence note (*citation*) :

28 “*Fourthly, of particular relevance is the practice of the States parties to*
29 *the BIT in the formulation of their dispute resolution clauses in BITs with other States.*
30 *(...)But what has to be applied is not some abstract principle of investment protection*
31 *in favour of a putative investor who is not a party to the BIT and who at the time of its*
32 *conclusion is not even known, but the intention of the States who are the contracting*
33 *parties. (...) There are BITs entered into by a State which provide for reference to*
34 *arbitration of all disputes, and others entered into by the same State that limit consent*
35 *to arbitration to specified categories of dispute, such as expropriation.”*

36
37 C’était le cas de l’Affaire *Telenor*, ce qui ne s’applique pas non plus dans
38 notre arbitrage.

39 Egalement à l’appui de notre interprétation, je cite l’arrêt *UNCITRAL*
40 *National Grid contre l’Argentine* du 20 juin 2006. Le Tribunal réplique, à *Salini* et
41 *Plama*, avec des arguments qui sont valables dans la présente affaire, aussi bien pour

1 la requête principale que pour la requête complémentaire de 2002, en particulier, et la
2 *Clause fork in the road* de l'article 10 de l'API Espagne-Chili. Au paragraphe 82 de
3 *National Grid*, le Tribunal note (*citation*) :

4 “*The Tribunal observes that the MFN clause does not expressly refer to*
5 *dispute resolution or for that matter to any other standard of treatment provided for*
6 *specifically in the Treaty.*”

7 Voilà, monsieur le président du Tribunal, les raisons pour lesquelles nous
8 avons invoqué, à titre subsidiaire, la Clause de la nation la plus favorisée.

9 **M. le Président.** – Je vous remercie, maître Garcès, provisoirement car je
10 vous remercierai encore. J'aimerais maintenant donner la parole au Professeur Gaillard
11 qui a une question de clarification à poser, sans préjudice des questions que le
12 Tribunal se réserve de poser aux deux parties, demain.

13 **QUESTIONS POSEES PAR LE TRIBUNAL**

14 **M. E. Gaillard.** – Merci, monsieur le président. En effet, c'est une
15 question de clarification et c'est la raison pour laquelle je pense plus opportun de la
16 poser ce soir de façon que les deux parties puissent réfléchir sur le sens de notre
17 question n° 5.

18 Bien entendu, nous avons lu, avec la plus grande attention, l'intégralité des
19 écritures, y compris les transcripts des audiences précédentes orales et avons noté que
20 la Clause de la nation la plus favorisée a été évoquée dans les discussions à divers
21 endroits. Le sens de la question était de savoir, en dehors d'une invocation
22 surabondante qui peut être faite ici et là, quels sont les effets juridiques à proprement
23 parler que vous essayez d'en tirer ?

24 Aujourd'hui, vous nous avez répondu que vous essayiez finalement, à titre
25 subsidiaire –et tout cela vient de manière très subsidiaire dans votre raisonnement–
26 d'écarter la limitation tirée de la *fork in the road* puisque celle-ci n'existe pas dans
27 d'autres Traités qui disent qu'au bout de 18 mois de tentatives infructueuses devant les
28 juridictions, par exemple, on peut aller devant le Tribunal arbitral ou des formules de
29 ce genre.

30 Il y a là deux questions de clarification. La première est de savoir s'il s'agit
31 de la seule conséquence juridique, de technique juridique, où vous avez besoin de cet
32 élément dans votre raisonnement, où vous invoquez la *fork in the road*, ou y en a-t-il
33 d'autres ? C'est pourquoi je pose la question ce soir aux deux parties, mais surtout à la
34 partie demanderesse : est-ce que c'est là-dessus que vous avez besoin de la *fork in the*
35 *road* ou est-ce que vous l'invoquez-vous également pour d'autres choses ? Si vous
36 relisez la question, celle-ci était (*citation*) : « *Le Tribunal arbitral invite les parties à*
37 *préciser les conséquences qu'elles souhaitent, le cas échéant, voir le Tribunal tirer de*
38 *la Clause de la nation la plus favorisée figurant au Traité bilatéral* ». Vous en avez
39 citée une, y en a-t-il d'autres ? Ceci permettra, le cas échéant, à la partie défenderesse
40 de répondre.

1 La seconde question, liée à la première –et là encore, il vaut mieux la
2 poser ce soir- porte sur votre argument du déni de justice mais vous n’êtes pas obligés
3 de répondre tout de suite. J’ai bien observé que la partie demanderesse, à titre
4 principal essentiellement, vise l'article du Traité concernant l'expropriation, la
5 nationalisation illicite (article 5). Lorsque vous invoquez les violations du droit
6 international ou les violations du Traité, est-ce que vous vous référez également à
7 d'autres dispositions de fond du Traité, les dispositions sur la compétence et sur le
8 mécanisme du règlement des différends mis à part, notamment sur l'article 4 sur lequel
9 vous avez été beaucoup plus discrets, dans vos écritures en tout cas ?

10 Aujourd’hui, j’observe que vous invoquez le déni de justice. La question
11 du déni de justice, quelle est sa source juridique dans le Traité ? Voilà la question que
12 je vous pose. Bien sûr, je la pose aux deux parties mais dès lors qu’il s’agit d’une
13 question de clarification des demandes, c’est plutôt à la partie demanderesse que je
14 m’adresse, quitte à ce que la partie défenderesse réponde également.

15 **M. le Président.** – Entendu. Comme l’a très bien dit le Professeur
16 Gaillard, nous n’attendons pas une réponse immédiate et celle-ci s’insérera
17 parfaitement dans l'exposé de réplique et duplique qui aura lieu demain. J’avais cru
18 comprendre Me Goodman comme ayant l’intention de répondre demain à la question
19 n° 5. C’est bien le cas ?

20 **M. R. Goodman.** – Oui, monsieur le président.

21 **M. le Président.** – Très bien. C’est maintenant l’occasion, au nom du
22 Tribunal arbitral, de remercier les deux parties pour des exposés extrêmement
23 intéressants, je crois pouvoir le dire d’ores et déjà. J’ajoute que nous envisageons, ce
24 que vous savez déjà d’ailleurs, de consacrer la matinée de demain à une réplique et
25 une duplique, j’allais dire à une brève réplique et une brève duplique qui, dans l’esprit
26 du Tribunal, ne devraient pas dépasser une heure et demie au maximum pour chacune
27 des parties, étant entendu qu’elles peuvent ne pas s’étendre jusque là. Puis, à l’issue de
28 cette réplique et cette duplique, le Tribunal arbitral se réserve bien entendu, compte
29 tenu de ce que nous venons d’entendre et de ce que nous entendrons demain matin, de
30 poser quelques questions complémentaires de clarification ou d’autres.

31 Voilà ce que je tenais à dire. Nous aurons également l’occasion de préciser
32 et de résoudre la question de l’échange des documents et pièces qui ont été
33 mentionnés.

34 Encore une fois, je remercie les deux parties. Il me semble, en tout cas à
35 titre personnel, mais je crois aussi au nom de mes collègues, que les questions posées
36 méritaient de l’être et qu’elles nous ont éclairés passablement sur un certain nombre
37 de points de cette importante affaire.

38 Je vous remercie. Nous reprendrons, si vous le voulez bien, à
39 9 heures demain matin. L’audience est levée.

40 *L’audience est suspendue à 18 heures 43.*

41