

**Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux
Investissements**

DECISION

dans l'Affaire CIRDI/ARB /98/2

entre :

Víctor Pey Casado

Fondation Président Allende

Demandeurs

et

la République du Chili

Défenderesse

rendue par un Tribunal Arbitral composé de :

Professeur Pierre Lalive (Président),
M. le Juge Mohammed Bedjaoui, (Arbitre),
M. l'Ambassadeur Galo Leoro Franco (Arbitre)

1. Vu la requête du 3 novembre 1997 de M. Victor Pey Casado et de la Fondation Président Allende contre la République du Chili sollicitant du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements qu'il :

« Reconnaît l'introduction de la présente demande d'arbitrage avec ses cinq copies, l'identification des parties ainsi que la preuve de la date de leur consentement à l'arbitrage, la production de l'information requise relative aux matières formant l'objet du différend de nature juridique découlant directement de la confiscation d'un investissement étranger, accompagnés du droit d'enregistrement de la demande,

Consente à en effectuer l'enregistrement, et après qu'elle ait été pleinement étayée,

Déclare illégitimes et contraires au droit International la saisie et la confiscation de l'investissement réalisé par le citoyen espagnol M. Victor Pey Casado,

Condamne la République du Chili à payer des dommages et intérêts pour un montant minimum de US\$ 505'822'969, ainsi qu'au paiement des intérêts à partir de la date de la sentence arbitrale, des honoraires et des frais d'arbitrage, des honoraires professionnels,

Y adjoigne toute autre condamnation que le Centre estimerait juste et équitable ».

2. Vu les articles 41, 42, 46, 48 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après « la Convention ») et les articles 12, 15, 16, 41, 47 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (ci-après « le Règlement »),

3. Vu le courrier de la Partie défenderesse du 18 mars 1998 adressée au Secrétaire général du CIRDI, M. Shihata, priant ce dernier de ne pas enregistrer la requête des Parties demanderesses,
4. Vu l'enregistrement de cette requête le 20 avril 1998 par le Secrétaire général du CIRDI,
5. Vu les communications de la République du Chili des 1er et 2 février 1999 contestant la compétence du Tribunal arbitral,
6. Vu la première session du Tribunal, tenue à Washington, D.C., le 2 février 1999,
7. Vu le mémoire des Parties demanderesses du 17 mars 1999 et son complément du 12 avril 1999.
8. Vu le mémoire sur le déclinatoire de compétence de la Partie défenderesse du 20 juillet 1999, notamment sa troisième partie, dont la conclusion sollicite du Tribunal «*la condamnation des demandeurs aux dépens, et en plus qu'il leur soit exigé, dans les plus brefs délais, une garantie suffisante pour les couvrir*»,
9. Vu la communication des Parties demanderesses du 22 juillet 1999, par laquelle ces dernières ont prié le Tribunal de demander à la Partie défenderesse qu'elle communique à celui-ci les documents énumérés dans cette communication, ainsi que dans une autre du 9 février 1999,
10. Vu la communication de la Partie défenderesse du 4 août 1999, par laquelle cette dernière demande au Tribunal de rejeter pour la plus grande part la requête en production de documents des Parties demanderesses,

11. Vu la communication du 13 septembre 1999 par laquelle la Partie défenderesse a sollicité du Tribunal le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire tendant à obtenir une garantie suffisante pour couvrir les dépens auxquels les Parties demanderesses pourraient éventuellement être condamnées,
12. Vu le mémoire en réponse du 6 octobre 1999 des Parties demanderesses sur le déclinatoire de compétence,
13. Vu la réplique du 27 décembre 1999 de la République du Chili sur le déclinatoire de compétence,
14. Vu la duplique du 7 février 2000 des Parties demanderesses sur le déclinatoire de compétence,
15. Vu l'audience sur la compétence du Tribunal arbitral, tenue à Washington D.C. les 3, 4 et 5 mai 2000,
16. Vu les «Réponses aux questions du Tribunal» de la Partie défenderesse du 5 mai 2000 et celles des Parties demanderesses du 17 mai 2000,
17. Vu la communication du 4 janvier 2001 des Parties demanderesses, par laquelle elles ont produit leurs courriers du 6 mai 2000 au Ministère des biens nationaux du Chili et au «Contralor General de la República»,
18. Vu la requête des Parties demanderesses du 12 mars 2001 en récusation du Président du Tribunal arbitral, et la démission de ce dernier le 13 mars 2001,
19. Vu la nomination le 11 avril 2001 du Professeur Pierre Lalive en qualité d'arbitre et de Président du Tribunal arbitral,

20. Vu la communication des Parties demanderesses du 23 avril 2001, par laquelle ces dernières ont sollicité du Tribunal la recommandation de mesures conservatoires tendant à ce que la Partie défenderesse sursoie à exécuter la décision n° 43 prise par le Ministre des biens nationaux du Chili le 28 avril 2000,
21. Vu la communication du 7 mai 2001 des Parties demanderesses, rappelant au Tribunal leurs précédentes requêtes en production de documents des 9 février et 22 juillet 1999, attirant particulièrement l'attention du Tribunal sur un mémorandum lu par le Sous-secrétaire du Ministère de l'intérieur et le Président du conseil de défense du Chili au cours d'une conférence du 3 février 1975, et insistant sur la pertinence de ce document dans le cadre de la communication de la Décision n° 43,
22. Vu l'ordonnance de procédure n° 1 du 10 mai 2001, notifiée aux Parties le 11 mai 2001, par laquelle le Tribunal arbitral, constatant qu'aucune décision n'avait encore été rendue sur les exceptions préliminaires soulevées par la Partie défenderesse au moment de la démission du précédent Président du Tribunal, a offert à chacune des Parties la faculté de se prononcer dans un délai de dix jours sur la demande de mesures conservatoires requises par l'autre Partie,
23. Vu la détermination des Parties demanderesses du 17 mai 2001 se prononçant sur la demande de mesures conservatoires sollicitées par la Partie défenderesse et concluant au rejet de celle-ci,
24. Vu la détermination de la Partie défenderesse du 21 mai 2001 se prononçant sur les demandes de mesures conservatoires sollicitées par les Parties demanderesses et concluant au rejet de celles-ci,
25. Vu l'ordonnance de procédure n° 2 du 13 juin 2001 par laquelle le Tribunal a décidé, après consultation avec les Parties, de les entendre

concernant leurs demandes respectives de mesures conservatoires et de leur offrir la possibilité de déposer des documents à l'appui de leurs arguments sur les mesures conservatoires jusqu'au lundi 18 juin 2001,

26. Ouï les arguments oraux présentés par les Parties lors de l'audience sur les mesures conservatoires tenue à Genève le 21 juin 2001 et vu les pièces produites par les Parties à cette occasion,
27. Vu également l'ordonnance de procédure n° 3 du 22 juin 2001, notifiée aux Parties le 25 juin 2001, par laquelle le Tribunal arbitral a constaté que l'article 12 du Règlement d'arbitrage avait été parfaitement respecté en la présente espèce et a déclaré clos l'incident soulevé par la Partie défenderesse par ses communications des 26 avril, 9, 14 et 21 mai 2001, tendant à la certification par le Tribunal du point précis où se trouvait la procédure au moment de la vacance du siège du Président du Tribunal,
28. Vu la décision du 25 septembre 2001 sur les mesures conservatoires sollicitées par les Parties, notifiée à celles-ci le 26 septembre 2001.
29. Vu l'ordonnance de procédure n° 4 du 25 septembre 2001 par laquelle le Tribunal arbitral a autorisé les Parties à déposer une note écrite relative aux documents touchant la question de compétence et qui ont été remis au Secrétariat du CIRDI selon une liste annexée à ladite ordonnance ; invité la Partie défenderesse à faire connaître sa détermination définitive sur les requêtes de production de documents présentées par les Parties demanderesses les 9 février et 22 juillet 1999, et renouvelées le 7 mai 2001 ; interdit la production de nouveaux documents ; et fixé une audience de plaidoirie sur la compétence les 31 octobre et 1er novembre 2001 à Washington, DC.

30. Vu la décision du Président du Tribunal du 1er octobre 2001 de tenir l'audience de plaidoirie sur la compétence les 29 et 30 octobre 2001 en réponse à une demande de la Partie défenderesse du 28 septembre 2001.
31. Vu les notes de chacune des Parties déposées le 15 octobre 2001,
32. Vu la requête en production de nouveaux documents déposée par les Parties demanderesses le même jour,
33. Vu l'invitation du Président du Tribunal faite à la Partie défenderesse de se prononcer sur cette requête dans la mesure où les documents dont celle-ci fait l'objet ne seraient pas déjà connus d'elle,
34. Vu les observations de la Partie défenderesse du 24 octobre 2001 au sujet de cette requête,
35. Vu l'audience des 29 et 30 octobre 2001 du Tribunal sur la compétence, à l'issue de laquelle les Parties demanderesses ont remis une note de plaidoirie formulant leurs conclusions en ces termes :

« *Il est demandé au Tribunal de :*

rejeter l'exception d'incompétence soulevée par la République du Chili ;

se déclarer compétent pour connaître et statuer sur le différend qui oppose Monsieur Victor Pey Casado et la Fondation espagnole Président Allende à la République du Chili ;

condamner l'Etat chilien à payer aux demanderesses les frais de la procédure, y compris les frais et honoraires d'avocats, des Membres du Tribunal, les frais pour l'utilisation des installations du CIRDI, les frais

de traduction, ainsi que les frais et honoraires des conseils, experts, et autres personnes appelées à comparaître devant le Tribunal – ou, subsidiairement, les frais de procédure de la présente Partie.»

36. Vu le fait que la Partie défenderesse a, dans la note de plaidoirie qu'elle a remise à l'issue de l'audience du 30 octobre 2001, persisté dans ses conclusions tendant à ce que le Tribunal arbitral se déclare incomptént pour connaître de l'affaire, rappelant que le fardeau d'établir la preuve des faits fondant la compétence du Tribunal arbitral incombe aux Parties demanderesses,

Le Tribunal arbitral, après délibérations considère ce qui suit :

EN FAIT

37. Il résulte des écritures et des plaidoiries des Parties les faits que l'on peut brièvement résumer de la façon suivante aux seules fins de la présente décision, sans préjudice aucun de la reconnaissance de leur établissement ou de leur appréciation par le Tribunal arbitral à un stade ultérieur de la procédure:
38. Victor Pey Casado est né à Madrid le 31 août 1915 et a reçu à la naissance la nationalité espagnole. Il a émigré au Chili en 1939 et s'est inscrit le 20 mars 1947 auprès du Consulat général d'Espagne comme résident permanent au Chili.
39. Par décret supérieur n° 8054 du 11 décembre 1958, Victor Pey Casado a obtenu la nationalité chilienne, sans renonciation à la nationalité espagnole, en application de la Convention sur la double nationalité entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili du 24 mai 1958.

(A) L'INVESTISSEMENT DU DEMANDEUR

40. Le 3 août 1967 a été constitué à Santiago du Chili le Consortium Publicitaire et Périodique SA (CPP SA). Cette société, appartenant à un certain Dario Sainte-Marie Soruco possédait 99% du capital social de « l'Entreprise périodique *Clarín* » Limitée (EPC Ltée), éditrice du quotidien *Clarín* qui existe depuis 1955.
41. En mai et octobre 1972, alors que Victor Pey Casado était Président de CPP SA, il a convenu avec Dario Sainte-Marie, au moyen d'accords successifs passés à Estoril (Portugal) et à Genève (Suisse), des termes de l'achat de 100% du capital de CPP SA (soit 40'000 actions).
42. Le montant total du prix d'acquisition de US\$ 1'280'000, prix qui ne ressort d aucun document produit par les Parties, aurait été acquitté de la façon suivante : Dario Sainte Marie aurait reçu en date du 29 mars 1972 à Madrid un premier virement d'un montant de US\$ 500'000 de la Manufacturers Trust Co de Londres. Les modalités de paiement auraient été établies, selon les Parties demanderesses, par un accord postérieur passé entre les Parties le 13 mai 1972 à Estoril, lequel stipule en son point F « *DMS (Dario Sainte Marie) accepte qu'en remplacement de ce qui est stipulé aux point A à D il lui soit déposé US\$ 500'000 (cinq cent mille dollars 0/00) à son nom dans une banque suisse et que soit remis une lettre de change, à son ordre, venant à échéance dans le délai d'un an, pour US\$ (deux cent quatre vingt mille)US\$280.000, lettre qui devra être payée en Suisse. En garantie de ce paiement, DSM gardera en sa possession 12.000 (douze mille) actions du Consortium. En cas d'acceptation de cette option prévue par VP, il est convenu l'élimination des rentes viagères mentionnées au point B(sic) [D] »>. Le 2 octobre 1972 à Genève, Victor Pey Casado aurait remis en mains propres un document signé de sa main à Dario Sainte Marie attestant du transfert de 12'000 actions de CPP SA. Le lendemain 3 octobre 1972, Victor Pey Casado aurait fait virer par le*

truchement de la Bank für Handel und Effekten de Zurich deux montants de US\$ 500'000 et US\$ 250'000 respectivement à la « Cifico Bank AG » (inscription manuscrite), à Genève, en faveur de Dario Sainte Marie. Finalement Victor Pey Casado aurait remis le 3 octobre 1972 un ordre de paiement de US\$ 10'000 sur ce même compte, ainsi qu'une lettre de change de US\$ 20'000.

43. Les Parties demanderesses en concluent que c'est donc au plus tard le 3 octobre 1972 que Victor Pey Casado a acquis l'intégralité des 40'000 actions de CPP SA, par la remise de l'intégralité des titres au porteur endossés en blanc.
44. Dans leur note de plaidoirie de l'audience des 29 et 30 octobre 2001 (p. 53), les Parties demanderesses indiquent que Victor Pey Casado a inscrit sur les titres signés en blanc les noms de Emilio Gonzales, Ramon Carrasco et Jorge Venegas, à qui il entendait transférer une partie des actions dès que ces personnes (ces bénéficiaires) auraient été en mesure d'en régler le prix. Aucun paiement n'étant jamais intervenu, Victor Pey Casado allègue être resté le seul propriétaire et possesseur de ces titres. En revanche, dans leur Mémoire du 17 mars 1999 (pp 6-7), les Parties demanderesses indiquent que Victor Pey Casado a reçu de la part du vendeur les actions « signées en blanc ». Les pièces jointes par les Parties demanderesses sembleraient indiquer plutôt que différentes personnes étaient propriétaires des actions et que ces personnes ont signé en blanc des actes de cession d'actions, ce qui pose la question de savoir de qui le demandeur a en définitive acquis les actions.
45. La Partie défenderesse, qui conteste l'existence même de l'investissement, aurait pourtant reconnu publiquement à plusieurs reprises le droit de propriété du demandeur, Victor Pey Casado, notamment dans un Mémorandum du Ministère de l'intérieur et du Président du Conseil de défense de l'Etat, rendu public le 3 février

1975, ou encore par les décrets de confiscation visant la propriété du demandeur.

46. La Partie défenderesse soutient dans ses écritures que la Convention entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la protection et le soutien réciproques des investissements, signée à Santiago le 2 octobre 1991, en vigueur depuis le 28 mars 1994 est inapplicable à cet investissement, au motif, d'une part, que cette Convention s'appliquerait aux transferts de capitaux réalisés par des investisseurs de chacune des Parties sur le territoire de l'autre, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce puisque le prix d'acquisition des actions a été payé à l'étranger, de surcroît en US dollars ; et d'autre part, parce que l'investissement en question, s'il était avéré, ne serait pas en conformité avec la législation du pays receveur de l'investissement puisque il aurait violé notamment le décret n° 1272 du 7 septembre 1961 sur le régime des changes, le décret ayant force de loi (DFL) n° 258 du 30 mars 1961, la loi n° 16643 sur les abus de publicité, les formalités inhérentes à l'achat d'actions de société anonyme, et la décision 24 de l'accord de Carthagène.

(B) LA CONFISCATION

47. Victor Pey Casado est resté en possession des 40'000 actions de CPP SA, jusqu'à ce que, à la suite du coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973, des troupes saisissent, dans les bureaux de Victor Pey Casado, rue Agustinas n° 925 à Santiago, l'intégralité des actions, les pièces relatives à leur acquisition et leur paiement, des documents comptables et d'autres biens personnels du demandeur.

48. De même, les biens et immeubles des sociétés CPP SA et EPC Ltée ont été saisis et sont passés aux mains de l'Etat chilien en vertu, notamment, des Résolutions de l'Intendant de la Province de Concepción en date du 12 novembre 1973 et des décrets du Ministère

de l'intérieur n° 165 du 10 février 1975 et n° 580 du 24 avril 1975. A cette époque, il a été indiqué que le journal *Clarín* tirait à 270'000 exemplaires et était le seul journal chilien à disposer de son propre réseau de distribution couvrant tout le territoire national.

49. La dissolution des sociétés CPP SA et EPC Ltée et la confiscation de tous leurs biens meubles et immeubles ont été décidées par décret du Ministère de l'intérieur n° 165 du 10 février 1975. Le décret suprême 1200 du 25 novembre 1977 a déclaré que passaient en pleine propriété de l'Etat les biens meubles et immeubles, droits et actions appartenant à Victor Pey Casado.

(C) LA NATIONALITE DU DEMANDEUR

50. Suite aux événements du 11 septembre 1973, Victor Pey Casado aurait été contraint de se réfugier auprès de l'Ambassade du Venezuela et se rendre dans ce pays le 27 octobre 1973. Les autorités chiliennes auraient ordonné au Consulat du Chili à Caracas de ne pas délivrer de passeport chilien à Victor Pey Casado, ce que le demandeur interprète comme une privation de sa nationalité chilienne et un refus de le mettre au bénéfice de la Convention entre l'Espagne et la République du Chili sur la double nationalité de 1958. Les autorités vénézuéliennes ont finalement remis au demandeur un passeport d'urgence pour « étranger sans nationalité » le 8 janvier 1974.
51. Victor Pey Casado tire arguments des faits ci-dessus pour conclure que le Chili l'a « dénaturisé » en lui refusant un passeport, la protection diplomatique et tous les droits que le Chili s'était obligé à garantir à une personne assujettie à la Convention sur la double nationalité de 1958.
52. Victor Pey Casado s'est ensuite rendu en Espagne, où il allègue avoir élu domicile, et avoir obtenu, le 10 juin 1974, une carte nationale d'identité et un passeport espagnol. En 1977, il a séjourné au Pérou.

53. Le 17 novembre 1988 le Consulat d'Espagne à Caracas a délivré un passeport espagnol à Victor Pey Casado.
54. La Partie défenderesse allègue de son côté que tout au long de la décennie 1990, Victor Pey Casado a toujours agi et s'est identifié comme ressortissant chilien.
55. Ainsi, en constituant la Fondation « Président Allende » le 15 janvier 1990, le demandeur se serait présenté dans l'acte authentique de constitution comme étant de double nationalité espagnole et chilienne et il se serait identifié également de la sorte dans les Statuts de la Fondation. Victor Pey Casado aurait requis et obtenu de l'autorité chilienne compétente (Ministère de la défense nationale) le 20 février 1991 une autorisation d'établissement d'un passeport chilien. Muni de ce document, il aurait fait plusieurs voyages à l'étranger, un premier vers les États-Unis en 1991 et un deuxième vers la Bolivie en 1994. Il aurait voyagé à nouveau vers les Etats-Unis, toujours avec son passeport chilien, le 21 mai 1997. Le demandeur n'a pas contesté avoir possédé un passeport chilien, encore qu'il se réfère plutôt à un « document de transport chilien ». Pour Victor Pey Casado, « le passeport n'implique pas la nationalité », d'autant que selon lui, comme les consulats d'Espagne en Amérique latine n'étaient pas autorisés à délivrer des passeports aux Espagnols double nationaux en cas de perte ou d'expiration, il n'avait d'autre choix que de se procurer un passeport chilien. Le demandeur se serait également inscrit dans les registres électoraux en date du 19 juillet 1993 en tant que ressortissant chilien. Le 2 janvier 1997, il se serait désigné comme national chilien lors de l'inscription d'une écriture publique pour la constitution de la Société Diloma Servicios Aéreos Limitada.
56. Victor Pey Casado allègue en revanche avoir renoncé à sa nationalité chilienne, si tant est qu'il n'eût pas déjà été dénaturalisé par la République du Chili postérieurement au coup d'Etat militaire de 1973.

57. Par courrier du 10 décembre 1996 au chef du « Département étranger et immigration » du Ministère de l'intérieur du Chili, responsable du Registre des cartes de naturalisation du Chili, il a déclaré que sa résidence habituelle a été transférée en Espagne depuis 1974 et que sa nationalité étant espagnole durant son séjour au Chili, il n'était pas au bénéfice de la Convention bilatérale du 24 mai 1958 sur la double nationalité entre le Chili et l'Espagne. Selon le demandeur, l'Etat du Chili n'a formulé aucune objection à cette communication.
58. En date du 7 janvier 1997, Victor Pey Casado s'est enquis auprès du Consulat général d'Espagne (Registre civil) à Santiago pour savoir si son dossier correspondait à sa situation réelle, à savoir qu'il était domicilié en Espagne depuis 1974 et n'était plus au bénéfice de la Convention bilatérale du 24 mai 1958. En réponse, le Consulat a, le 5 février 1997, radié l'inscription attestant du domicile chilien du demandeur au Registre des immatriculations du Consulat, sans toutefois mentionner que le demandeur était bien domicilié en Espagne depuis 1974.
59. Le 18 avril 1997, le directeur des affaires juridiques du Ministère des affaires extérieures de l'Espagne a écrit au représentant de Victor Pey Casado aux fins de savoir si le demandeur avait ou non perdu la nationalité chilienne. Dans sa réponse du 7 mai 1997, le représentant de M. Victor Pey Casado a indiqué que celui-ci avait perdu la nationalité « *effective ou prépondérante* » chilienne le 11 septembre 1973 en raison du fait que le Chili avait adopté des mesures destinées à le priver des effets de sa nationalité chilienne. Par communication du 22 mai 1997, le directeur des affaires juridiques du Ministère des affaires extérieures de l'Espagne a répondu que la Direction générale n'avait « *aucune objection à formuler* » et que cette information serait traitée confidentiellement. Le demandeur a tiré argument de cette communication pour en conclure qu'à compter de cette date, les

autorités espagnoles avaient pris acte du fait que Victor Pey Casado possédait exclusivement la nationalité espagnole.

60. Le demandeur a ensuite fait, en date du 16 septembre 1997, une déclaration notariée devant le Consul d'Espagne à Mendoza (Argentine) dans laquelle il a déclaré: « *Pour ne laisser place à aucun doute à cet égard, je déclare que la communication du 10 décembre 1996 [adressée] au Département « étranger » du Ministère de l'intérieur du Chili doit s'entendre (...) comme preuve de ma renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne (...)* ».
61. L'Ambassade d'Espagne au Chili a, par « Nota verbal » No 115 du 7 juillet 1998, transmis au Ministère des relations extérieures du Chili une requête du demandeur du 24 avril visant à ce que soit communiqué aux autorités chiliennes que le demandeur avait perdu sa nationalité chilienne en application de l'article 5 du Traité sur la double nationalité de 1958 en raison du transfert de son domicile en Espagne en juin 1974. Cette note avait pour but de notifier aux autorités compétentes ce changement. La direction de la politique consulaire et d'immigration du Ministère des affaires étrangères du Chili a transmis cette note le 24 juillet 1998 à la directrice du registre civil et d'identification en l'invitant à procéder aux « inscriptions qui conviennent et qui témoignent de cette renonciation ».
62. Par « Nota verbal » n° 190 du 18 novembre 1998, l'Ambassade d'Espagne a transmis au Ministère des relations extérieures du Chili la demande de Victor Pey Casado auprès des autorités chiliennes qu'elles lui remettent un document attestant de l'acceptation par ces dernières de sa renonciation à la nationalité chilienne. Une note du Registre du service civil et de l'identification du 25 janvier 1999 adressée au Comité d'investissement étranger chilien indique que, suite à la communication du Ministère des affaires étrangères du 24 juillet 1998, le Registre avait, en date du 4 août 1998 procédé à l'inscription de la renonciation à la nationalité chilienne de Victor Pey Casado.

63. Selon le demandeur, les faits qui précèdent démontreraient que le Chili a reconnu sa renonciation à la nationalité chilienne en date du 10 décembre 1996. En revanche, la Partie défenderesse soutient qu'il ne peut être conclu sur la base de ces documents que M. Victor Pey Casado a cessé d'être chilien car la « la nationalité chilienne ne se perd pas par renonciation », et qu'une telle renonciation, pour autant qu'elle fût établie et acceptée, serait inconstitutionnelle, nulle et de nul effet.

D) DEMARCHE DU DEMANDEUR

64. Au début des années 1990, le demandeur a entrepris de retourner au Chili et d'agir en vue de la restitution de ses biens. Le 16 janvier 1990 est constituée la Fondation philanthropique-culturelle Président Allende, inscrite sous le numéro 225 au Registre des fondations du Ministère espagnol de l'éducation et de la culture, dont le siège est à Madrid. A cette entité juridique, le demandeur a, en sa qualité de Président du directoire et du conseil de fondation, cédé par contrat du 6 février 1990 estampillé du Consulat d'Espagne de Miami, « *quatre-vingt-dix pour cent* » (90%) des actions des entreprises [CPP SA et EPC Ltée], le cessionnaire étant subrogé en lieu et place du cédant dans le contrat initial ». Le contrat indique aussi en son 3^{ème} (sic) [4^{ème}] alinéa : « *Le cessionnaire assume tous les droits du cédant à fin seulement de les faire valoir auprès de toute personne physique ou morale, (sic) [auprès de toute autorité, organisme ou institution publique ou privée,] auprès de tout Etat, et tout spécialement afin de revendiquer le patrimoine, les titres, crédits, droits, indemnisations de quelque nature que ce soit, qui seraient consécutifs au décret suprême no. 165, aux décrets-lois no. 93 et 1455, publiés respectivement au Journal officiel de la République du Chili le 17 mars 1975, le 10 novembre 1973 et le 28 janvier 1976, et de toute autre disposition ou tous autres agissements de fait, qui auraient touché les intérêts et droits cédés dans le présent contrat.* »

65. Les investigations menées par Victor Pey Casado au Chili lui ont permis de découvrir que les titres de propriété de ses actions avaient été produits par la République du Chili sur requête du Service des impôts internes dans le cadre d'une action judiciaire contre Dario Sainte-Marie Soruco pour évasion fiscale en septembre 1975 devant la 8ème chambre criminelle de Santiago, Rôle n° 12.545, cas archivé en 1979.
66. Par décision du 29 mai 1995, la 8ème chambre du Tribunal de Santiago consentit à la requête du 1er février 1995 en restitution des actions du demandeur, et fit restituer à celui-ci les 40'000 actions composant l'intégralité du capital social de CPP SA.
67. Par courrier du 6 septembre 1995 adressé au Président de la République du Chili, Monsieur Eduardo Frei Ruiz-Tagle, le demandeur a ensuite réclamé pour la première fois la restitution de ses biens, avec l'aval de la Fondation Allende. Il s'est identifié avec son n° de contribuable au Rôle Fiscal Tributaire (RUT) qui, selon la Partie défenderesse correspondrait au n° d'un ressortissant chilien.
68. Le Ministère des biens nationaux ayant rejeté cette requête, Victor Pey Casado a adressé une nouvelle requête au Président de la République le 10 janvier 1996, à laquelle il n'a reçu aucune réponse.
69. En date du 4 octobre 1995, Victor Pey Casado, avec l'accord de la Fondation Président Allende, a introduit devant la première chambre du Tribunal civil de Santiago une requête en restitution– ou en paiement de la valeur de remplacement – d'une presse rotative GOSS précédemment confisquée sous le régime militaire. Cette action est toujours pendante.
70. Par jugement du 13 janvier 1997, la 21e chambre civile de Santiago a prononcé la restitution des biens personnels de Victor Pey

Casado, sous forme d'indemnisation pécuniaire et a déclaré la nullité des décrets de confiscation n° 276 de 1974, n° 580 de 1975 et n° 1200 de 1977.

71. Il y a lieu de noter à ce stade que la Partie défenderesse tire de l'existence de ces procédures l'argument que les Parties demanderesses ont opté pour la juridiction nationale chilienne, ce qui exclurait la compétence du Tribunal arbitral du CIRDI.

72. En date des 30 avril et 29 mai 1997, le demandeur Pey Casado a invoqué l'article 10 al. 2 de l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la protection et le soutien réciproques des investissements, signé à Santiago le 2 octobre 1991, en vigueur depuis le 28 mars 1994. Le Gouvernement du Chili a rejeté la proposition de résoudre le litige à l'amiable dans le délai de 6 mois prévu à l'article 10 al. 2 de l'Accord.

**(E) CONSENTEMENT DES PARTIES DEMANDERESSES A
L'ARBITRAGE CIRDI**

73. Par déclaration écrite du 2 octobre 1997 estampillée du timbre du Consulat d'Espagne de Santiago, M. Victor Pey Casado a consenti au présent arbitrage, en conformité avec l'article 10. 3 de la Convention hispano-chilienne pour la protection et le soutien réciproque des investissements. Son consentement porte sur l'ensemble du litige découlant directement des confiscations des investissements commerciaux réalisés au Chili, à l'exception de la demande de restitution de la machine rotative GOSS, achetée en 1972 et installée au siège du quotidien *Clarín*, mais non des préjudices découlant de la mainmise sur ladite rotative, consistant en *damnum emergens, lucrum cessans* et intérêts compensatoires.

74. La Fondation Président Allende a donné son consentement à l'arbitrage le 6 octobre 1997, avec la même réserve que le demandeur

concernant la machine rotative GOSS. Le Conseil de Fondations a décidé le 14 décembre 1994 que toute réclamation relative à l'indemnisation des droits et crédits découlant de l'investissement de 1972, au sens de la Convention entre l'Espagne et le Chili, pouvait être formulée indistinctement par la Fondation elle-même ou par Victor Pey Casado.

F) DERNIERS EVENEMENTS

75. Le 23 juillet 1998 est entrée en vigueur, par publication au Journal officiel chilien, la loi 19.568 qui prévoit que la restitution des biens confisqués par l'administration fiscale chilienne après le 11 septembre 1973 pouvait être sollicitée devant le Ministre des biens nationaux avant le 31 décembre 1999, à condition que les requérants éventuels se désistent de toute action introduite préalablement devant un tribunal. En application de cette loi, le Ministère des biens nationaux a rendu le 28 avril 2000 la décision no 43, qui a identifié un certain nombre de biens mobiliers et immobiliers ayant appartenu à CPP SA ainsi qu'à sa filiale à 99%, EPC Ltée et reconnu la qualité d'actionnaire de ces deux sociétés en 1973 à MM. Jorge Venegas Venegas, Dario Sainte Marie Soruco, Ramón Carrasco Peña, Emilio González González, de sorte que leur succession, et notamment la société ASINSA SA pouvait prétendre à une indemnisation devant être déterminée et arrêtée par un décret supérieur ratifié par le Ministère des finances.
76. Saisie par les Parties demanderesses, la « Contraloría general» de la République du Chili a, par décision du 22 novembre 2000, estimé que la décision n° 43 était conforme au droit et que la procédure à laquelle elle se référait n'avait pas lieu d'être suspendue. La « Contraloría » a notamment constaté qu'il n'existe aucune preuve que Victor Pey Casado fût bien propriétaire des biens confisqués et que la décision du 29 mai 1995 de la 8ème chambre du Tribunal de Santiago, bien que restituant les actions de CPP SA au demandeur, ne se prononçait pas sur la question juridique de leur propriété.

77. Les dernières conclusions de la Partie défenderesse, dans sa Réplique sur le déclinatoire de compétence du 27 décembre 1999, sont formulées en ces termes :

« Conclusions et pétitoire

Conformément à ce qui est exprimé dans ce Mémoire en réplique sur l'incompétence du Centre pour connaître de la demande introduite contre l'Etat du Chili par M. Victor Pey Casado et la Fondation « Président Allende », la force incontestable des documents ci-joints, les objections fondées aux documents qui servent d'appui aux arguments de la Partie adverse, il a été pleinement confirmé que :

1. *Monsieur Victor Pey Casado est chilien.*
2. *L'Accord pour la promotion et l'encouragement réciproque des investissements souscrit par la République du Chili et le Royaume d'Espagne n'a pas d'effet rétroactif et, par conséquent, ne peut être appliqué pour régler des situations survenues avant son entrée en vigueur.*
3. *Les actifs réclamés ne constituent pas un investissement étranger.*
4. *La Fondation « Président Allende » n'a pas effectué les consultations amiables exigées par le Traité invoqué par la Partie adverse.*
5. *Les demandeurs ont opté pour la juridiction locale chilienne, renonçant par cet acte à la juridiction internationale.*
6. *L'Etat du Chili n'a pas donné son consentement pour que cette controverse puisse être portée devant un Tribunal CIRDI.*

7. Les tentatives de M. Pey Casado de se dépouiller de la nationalité chilienne afin d'accéder à un Tribunal qui lui aurait été interdit, ainsi que le transfert de 90 % de ses prétendus droits à une fondation espagnole dans le but évident de rattacher la controverse à un élément étranger, constituent le plus clair exemple de fraude à la loi.

Tout ce qui est dit antérieurement est valable malgré notre permanente allégation du fait que le Tribunal, nonobstant le grand respect que nous portons à chacun de ses membres, a été constitué en infraction aux normes du CIRDI.

[...] Dans le cas spécifique de la confiscation des actifs appartenant au Consorcio Publicitario y Periodístico SA et à la Empresa Periodística Clarín Ltda, l'Etat du Chili paiera l'indemnisation correspondante à ses propriétaires légitimes, conformément à une procédure qui se trouve actuellement bien avancée au bénéfice des affectés.

Par conséquent, [...] il convient que le Tribunal se déclare incompétent en raison du fait que le différend se trouve hors du champ de compétence du Centre».

EN DROIT

78. La compétence du Centre et celle du Tribunal arbitral ont été contestées par la Partie défenderesse, ainsi qu'on l'a vu, pour une pluralité de motifs.

Aussi la procédure sur le fond a-t-elle été aussitôt suspendue, par décision du Tribunal arbitral, le 2 février 1999, conformément à une pratique générale. En effet, à la réception d'un déclinatoire de compétence, les Tribunaux CIRDI ont aussitôt, en général, suspendu la procédure sur le fond et ouvert une procédure sur incident (cf. à ce sujet l'article 41(2) de la Convention et le commentaire de C. Schreuer, n°55 ss., pages 390-91, qui cite de nombreuses décisions).

La procédure, écrite et orale, qui a été suivie sur les exceptions d'incompétence a été résumée plus haut. Cette procédure étant close, il y a lieu pour le Tribunal arbitral de se prononcer sur lesdites exceptions.

79. Le texte de base à cet égard est l'article 41 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, qui est ainsi conçu :

*«(1) le Tribunal est juge de sa compétence.
(2) tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des Parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal, doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond. »*

80. Le premier alinéa de cette disposition n'appelle pas de longs commentaires. C'est un principe généralement admis en matière de règlement judiciaire ou arbitral international que celui du pouvoir de l'instance saisie de déterminer sa propre compétence, ainsi qu'il est reconnu par

exemple dans l'article 36(6) du Statut de la Cour internationale de justice, l'article 21 du Règlement d'arbitrage de 1976 de la CNUDCI, ou l'article 16 de la loi modèle de 1985 de la CNUDCI. Il est significatif que ce principe (parfois appelé celui de la « compétence-compétence ») ait été accepté sans discussion lors de l'élaboration de la Convention (cf. 1 *ICSID Reports* 31). Cet article 41, qui est le corollaire procédural de l'article 25, paragraphe 1, *in fine* (interdisant à la Partie qui a donné son consentement de le retirer unilatéralement) comprend nécessairement le pouvoir du Tribunal d'interpréter ce consentement, par exemple à l'égard de la Partie récalcitrante tentée de soutenir une interprétation restrictive.

On notera encore que le pouvoir reconnu au Tribunal par l'article 41, comme par le droit international général, d'être juge de sa compétence n'a jamais été contesté sérieusement dans les procédures soumises au CIRDI.

81. Il convient de noter aussi que l'article 41 confère au Tribunal le pouvoir exclusif de se prononcer sur sa propre compétence, vis-à-vis d'autres organismes internationaux ou nationaux, y compris des tribunaux étatiques (C. Schreuer, *ibid.*, page 371, n°7).

De cette compétence exclusive résulte, notamment, l'obligation des tribunaux internes de tous les États contractants de se conformer à la décision prise par un tribunal CIRDI sur sa propre compétence. C'est ce qu'a clairement proclamé le Tribunal dans la première cause soumise au CIRDI, l'affaire Holiday Inns et Occidental Petroleum v. Morocco, où l'État défendeur invoquait la compétence des tribunaux marocains, une prétention qui fut rejetée par le Tribunal arbitral au motif notamment que « *the Moroccan tribunals should refrain from making a decision until the Arbitral Tribunal has decided this question...* » (cf. P. Lalivé, *the First World Bank Arbitration Holiday Inns v. Morocco, Some Legal Problems*, 51 *British Yearbook of International Law* 123 (1981) ; C. Schreuer, *op.cit.*, n° 16, page 375). Dans l'affaire LETCO v. Liberia, le Tribunal constata que le fait pour le Gouvernement d'avoir intenté une procédure parallèle devant ses propres

tribunaux constituait une mauvaise foi procédurale qui donne lieu à l'octroi de dépens à la partie adverse (C. Schreuer, op. cit., p. 375).

Il y aura lieu d'examiner plus loin si ces principes trouvent ou non application en l'espèce, où la compétence des tribunaux chiliens a été parfois invoquée dans le contexte de certaines circonstances de fait.

83. L'alinéa 2 de l'article 41 de la Convention, d'une part oblige évidemment le Tribunal à statuer sur « *tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des Parties* », et d'autre part lui offre un choix quant à la manière de procéder : il peut traiter le déclinatoire « *comme question préalable* » ou décider que « *son examen doit être joint à celui des questions de fond* ».

84. Etant donné l'importance de ce choix, le Tribunal Arbitral estime opportun et même nécessaire d'examiner ici, avant d'en venir aux circonstances concrètes de l'espèce et aux arguments respectifs des Parties, l'histoire de cette disposition, sa « *ratio legis* » selon la doctrine la plus autorisée, ainsi que l'application qui en a été faite par les tribunaux internationaux et, tout particulièrement, par les instances constituées selon la Convention CIRDI.

85. L'article 41 de la Convention CIRDI est manifestement inspiré de l'article 62 commun aux Règlements respectifs de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice. Il est d'autant plus intéressant d'examiner la jurisprudence de ces deux Cours que l'article 41 de la Convention CIRDI, dans la mesure où il prévoit expressément la possibilité d'une jonction au fond de l'exception préliminaire, est inspiré de la pratique tant de la Cour permanente (article 62 de son Règlement) que de la Cour internationale de justice (article 62, paragraphe 5 de son Règlement de 1946, devenu article 79 paragraphe 7 de son Règlement de 1972).

Cour puisse statuer sur les unes et éviter de se prononcer sur les autres », en ajoutant que :

« le développement de la procédure sur le fond ...mettra la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause sur la deuxième exception du Gouvernement Yougoslave », d'où « il y a lieu de joindre les deux exceptions au fond ».

89. Dans l'affaire Losinger (exception préliminaire), l'Ordonnance du 27 juin 1936 (série A-B, page 23), la Cour a considéré que les conclusions du Gouvernement suisse quant au fond ont soulevé « certaines questions qui présentent une connexité étroite avec celles que pose l'exception d'incompétence opposée par le Gouvernement yougoslave »... si bien que « en statuant dès maintenant sur l'exception d'incompétence, la Cour risquerait, soit de trancher des questions appartenant au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution ».

90. D'une manière analogue, dans une Ordonnance du 30 juin 1938 (dans l'affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, exceptions préliminaires, série A-B n° 75 page 56) la Cour permanente considérait que :

« dans la phase actuelle de la procédure, une décision ne peut être prise ni sur le caractère préliminaire des exceptions, ni sur le bien fondé de ces mêmes exceptions ; qu'en effet, une telle décision soulèverait des questions de fait et des points de droit sur lesquels les Parties sont à plusieurs égards en désaccord et qui sont trop étroitement liés au fond pour que la Cour puisse se prononcer, dès à présent, à leur sujet ;... que , en raison dudit désaccord entre les Parties, la Cour a besoin des informations les plus précises concernant les thèses juridiques énoncées par les Parties et les motifs à l'appui de ces thèses, ... qu'en statuant sur les exceptions la Cour risquerait soit de trancher des questions qui appartiennent au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution ; ... », et enfin « que la Cour peut toujours ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond, lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir. »

86. En ce qui concerne l'innovation apportée par le Règlement de 1972, confirmé en 1978, elle ne mentionne plus la possibilité d'une jonction au fond, mais lui substitue la faculté pour la Cour de déclarer que l'exception « *n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire* ». Le sens de cette innovation est controversé et il est probable qu'elle n'ait pas eu pour but ni pour effet, pour citer l'important commentaire de Shabtai Rosenne (*The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996, Third edition, page 924) « *to abolish completely the option of joining an objection to the merits, in that way wiping out a virtually consistent case-law itself corresponding to a widely felt need and existing independently of the Rules of 1936-1946...* ».

87. En effet, et toujours selon Rosenne (page 922), l'ancien Règlement de la Cour n'avait fait que régulariser « *an unqualified power to join objections to the merits, after it had heard the Parties* ». Ce pouvoir de jonction avait été reconnu et utilisé pour la première fois par la Cour permanente dans son Ordinance du 4 février 1933 dans l'affaire relative à l'administration du Prince von Pless (exception préliminaire) (série A-B 1933, page 14). La Cour y constate « *l'existence d'une divergence d'opinions...[qui apparaît] indissolublement liée aux faits allégués par le demandeur et ne peut être constatée que sur la base d'une connaissance complète de ces faits, telle que seule la procédure sur le fond pourra la fournir* ». En d'autres termes, la Cour considère « *que la demande ainsi formulée soulève une question quant à la compétence de la Cour, question qui est liée* » à une autre question qui, selon la Cour, « *relève du fond* » si bien que « *la Cour ne saurait statuer sur la question de compétence avant d'avoir entendu les arguments quant au fond* ».

88. Dans le même esprit, la Cour permanente, dans l'affaire Pajzs, Csaky, Esterhazy (exception préliminaire), dans une Ordinance du 23 mai 1936 (série A-B n°66, page 9) a considéré « *qu'il existe entre les questions soulevées par la première de ces exceptions et celles qui sont à la base de la demande en appel formulée par les conclusions au fond du Gouvernement hongrois des rapports trop étroits et une connexité trop intime pour que la*

91. Il suffira, sans passer en revue l'ensemble de la jurisprudence de la Cour internationale, de mentionner enfin que dans l'affaire de la Barcelona Traction Light Power Company (arrêt du 24 juillet 1964), la Cour Internationale examine elle-même la jurisprudence de la Cour permanente et la sienne propre, notamment dans l'affaire de Certains emprunts norvégiens (C.I.J. Recueil 1956, page 74) et dans l'affaire du Droit de passage sur Territoire indien (C.I.J. Recueil 1957, page 150-152).

Cet arrêt contient une analyse particulièrement approfondie des problèmes procéduraux posés par les exceptions préliminaires à la compétence et des motifs pouvant soit justifier, soit imposer la jonction de ces exceptions au fond. On y lit notamment que :

« la protection des droits de l'État défendeur est un des éléments essentiels de la « bonne administration de la justice » » et que « c'est dans l'intérêt du Défendeur que le Règlement de la Cour contient un article 62 qui autorise la présentation d'exception préliminaire », mais il est dit aussi que « L'attitude de l'État défendeur n'est cependant que l'un des éléments que la Cour peut prendre en considération » dès lors que le Règlement (article 62) prévoit simplement que la Cour « statue sur l'exception ou la joint au fond » (page 43).

D'autre part , l'arrêt observe que la jonction ne sera décidée que « pour des motifs sérieux » dès lors « que l'objet d'une exception préliminaire est d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond. D'un autre côté, une jonction au fond ne signifie nullement que l'exception ait été perdue de vue. D'ailleurs, dans l'affaire relative à Certains emprunts norvégiens, où les exceptions avaient été jointes au fond, la Cour a retenu au stade du fond une exception d'incompétence et ne s'est donc pas prononcée sur le fond du différend. »

92. On citera enfin les considérants du même arrêt de la Barcelona Traction (page 46) sur le fait que :

«la troisième exception comporte un tel enchevêtrement de questions de droit, de fait et de qualité pour agir que la Cour ne saurait se prononcer sur cette exception au présent stade avec la pleine assurance d'être en possession de tous les éléments pouvant avoir de l'importance pour sa décision. Les Parties ont implicitement reconnu qu'il en est ainsi, dans la mesure où, même au présent stade, elles ont abordé des points de fond dans les écritures et les plaidoiries... »

93. Et la Cour de préciser que, à son avis, elle « *n'a pas à indiquer sur quels points particuliers elle considère que les questions de fait ou de droit relatives à la troisième exception pourraient être éclaircies par un examen au fond ; elle n'a pas non plus à indiquer pourquoi ces questions pourraient être éclaircies par un tel examen* ». Elle se contente de justifier sa décision de jonction de l'exception au fond par le motif que « *la procédure sur le fond...mettra la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause* » ainsi que par le motif, emprunté à l'affaire Pajsz - Csaky - Esterhazy existent « *des rapports trop étroits et une connexité trop intime* » entre les questions soulevées par les exceptions et les questions de fond « *pour que la Cour puisse statuer sur les unes et éviter de se prononcer sur les autres* ».

94. Il y a lieu d'ajouter à cette revue de la jurisprudence des deux Cours internationales de La Haye une référence à deux décisions postérieures à la révision du Règlement de 1972, laquelle, on l'a vu, ne mentionne plus la faculté de joindre l'exception au fond. Dans l'arrêt du 26 novembre 1984 prononcé entre le Nicaragua et les États-Unis (Recueil CIJ 1984, p. 425-426, para. 76) la Cour a constaté qu'une objection soulevée par les États-Unis soulevait « *une question qui touche des points de substance relevant du fond de l'affaire* ». Elle a conclu, puisqu'il ne lui était « *plus possible d'ordonner la jonction des questions préliminaires au fond depuis la révision du Règlement de 1972* », qu'elle n'avait d'autre choix que d'appliquer l'article 79 paragraphe 7 (actuellement paragraphe 9) de son Règlement actuel et de déclarer que l'objection ... « *n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire* ». De même, dans son arrêt du 27 juin 1986, entre les mêmes Parties (Affaire des Activités militaires et

paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Recueil CIJ, 1986, page 29), la Cour Internationale de Justice a passé en revue la pratique précédente et les problèmes posés par les exceptions préliminaires, lesquelles « peuvent , comme l'expérience l'a montré, se rattacher jusqu'à un certain point au fond » et l'arrêt commente ainsi la nouvelle disposition (de l'article 79 paragraphe 7 du Règlement de 1978) :

« en qualifiant certaines exceptions de préliminaires, elle [la nouvelle disposition de l'article 79] montre bien que, lorsqu'elles présentent exclusivement ce caractère, les exceptions doivent être tranchées sans délai, mais que, dans le cas contraire, et notamment lorsque ce caractère n'est pas exclusif puisqu'elle comporte à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devront être réglées au stade du fond."

95. Bien que le Règlement de la Cour internationale de justice, dans l'une ou l'autre de ses versions successives, soit évidemment sans portée dans un litige soumis à un tribunal arbitral du CIRDI, il est intéressant toutefois d'observer - dès lors que l'article 41 de la Convention est indiscutablement fondé, ainsi qu'on l'a vu, sur la pratique internationale et notamment celle des deux Cours de La Haye - la très grande analogie, voire l'identité des motifs qui ont pu conduire la Cour à décider soit la jonction au fond, soit aussi (après la modification de son Règlement) qu'une exception n'avait pas un caractère « exclusivement préliminaire » (voir à ce sujet, en particulier, le commentaire déjà cité de Shabtai Rosenne, 3ème Édition vol.II, page 925 ss.).

96. Quant à la doctrine du droit international, dans l'ensemble, elle s'accorde à approuver la pratique judiciaire ou arbitrale sur la faculté pour le tribunal, soit d'admettre ou de rejeter d'emblée une exception préliminaire, soit de joindre cette dernière au fond. Ainsi que l'écrit le juge Charles De Visscher (« Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice », Paris 1966, page 106) :

« la jonction des exceptions au fond est, dans une large mesure, une question d'espèce. La nécessité ou l'opportunité de l'ordonner dépend du lien que le Juge international perçoit entre l'exception et le fond ». Sans reprendre ici l'analyse que fait le savant auteur de la jurisprudence de la Cour, en particulier de l'affaire de la Barcelona Traction, il peut être utile à l'application, qui suivra, de l'article 41 de la Convention de citer quelques unes de ses observations. Il note par exemple que « l'intérêt du défendeur qui soulève l'exception n'est pas toujours d'empêcher seulement que l'affaire soit jugée. Il peut être légitimement intéressé à ce qu'elle ne soit pas discutée devant la Cour et, par conséquent, à obtenir in limine litis une décision qui retienne l'exception et mette un point final à l'instance » (page 107). Ch. De Visscher note aussi (page 108) que « la conception à la fois trop rigide et trop restrictive de la jonction au fond qui fut développée à la barre au nom du Gouvernement espagnol ne se concilie pas avec la souplesse que doit garder une décision qui, en dernière analyse, dépend dans chaque espèce des exigences d'une bonne administration de la justice ».

97. Dans un sens analogue, Sir Hersch Lauterpacht (« The Development of International Law by the International Court », London 1958, page 113), après avoir souligné l'attitude de prudence en matière de compétence dont témoigne la fréquence de la jonction des exceptions au fond, souligne d'autre part que :

« the reasons of caution which counsel the occasional joinder of preliminary objections to the merits may, in turn, be mitigated by other considerations. A defendant Government which pleads to the jurisdiction of the Court ought not, without good reasons and without its consent, to be expected to submit to the effort, expense and uncertainty of engaging in proceedings on the merits. » (page 114).

Ces considérations, évoquées déjà à propos de l'intérêt de l'État qui soulève l'exception d'incompétence, méritent d'être présentes à l'esprit du Tribunal arbitral dans la présente espèce.

98. Il n'en résulte pas pour autant que la méthode de la jonction au fond expressément prévue par l'article 41 de la Convention (comme par l'ancien Règlement ou la pratique tant des Cours internationales que de l'Arbitrage commercial international), doive être considérée comme « exceptionnelle » ainsi qu'on a cru parfois, mais à tort (voir par exemple Jack Lang, « La Jonction au Fond des Exceptions Préliminaires devant la C.P.I.J. et la C.I.J. », Journal Clunet, 1968, page 7 ; G. Abi-Saab, « les Exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Internationale », Paris, 1967, page 198 ; Fouad Ammoun, « La Jonction des Exceptions Préliminaires au fond en Droit International Public », in « Studi in honore di Gaetano Morelli », Milan 1975, page 17, page 39, qui à l'instar du Juge Armand-Ugon (Opinion dissidente, Barcelona Traction (page 116-163)), subordonne la jonction « à la condition qu'il soit impossible (sic) de trancher l'exception sans trancher le fond »).

99. En réalité, comme suffirait à le montrer le nombre des cas dans lesquels une exception d'incompétence a été jointe au fond, ni la pratique, ni du reste le texte même de l'article 41 de la Convention ne permettent de considérer que cette décision de procédure aurait un caractère « exceptionnel ». C'est ce que démontre par exemple l'analyse d'un commentateur particulièrement averti, Sh. Rosenne (op. cit., page 922, ss, page 924 et passim ; voir aussi Étienne Grisel, « les Exceptions d'Incompétence et d'Irrecevabilité dans la Procédure de la Cour Internationale de Justice », Neuchâtel, 1968, page 181-182, qui conclut :

« ...il n'est pas exact en fait de qualifier la jonction de « procédure exceptionnelle ». La Cour y a recouru dans sept affaires sur trente-trois, pour dix-sept exceptions préliminaires...on a vu que, d'après la jurisprudence, il y a quatre raisons distinctes dont chacune suffit à justifier la jonction...La jonction est souvent une solution élégante et pratique, notamment quand une exception se rattache à la compétence, ou à la recevabilité, mais ne peut pas être tranchée au stade préliminaire pour un motif quelconque ; cette décision permet de tenir compte des deux aspects de la situation en différant le

jugement sur le moyen mais en permettant également qu'à l'issu du procès soit rendu, le cas échéant, un arrêt d'incompétence ou d'irrecevabilité... »

100. Par ailleurs la Cour fait dorénavant un effort pour expliquer davantage pourquoi elle renvoie l'examen de l'exception au fond, mais en se gardant bien de donner des directives ou des orientations aux Parties quant aux points concernant l'exception et méritant des éclaircissements au stade du fond.

Voici, en conséquence, la trame du schéma général du raisonnement de la Cour, tel qu'il apparaît dans l'arrêt Lockerbie, dans lequel les Etats-Unis et le Royaume-Uni avaient soulevé, entre autres exceptions, une objection selon laquelle il n'y aurait plus lieu à statuer sur les demandes libyennes car elles auraient été privées de tout objet à la suite des résolutions à caractère obligatoire prises par le Conseil de sécurité :

« Il ne fait... aucun doute pour la Cour que les droits de la Libye au fond seraient non seulement touchés par une décision de non-lieu rendue à ce stade de la procédure, mais constituerait, à maints égards, l'objet même de cette décision. L'exception soulevée par les Etats-Unis sur ce point a le caractère d'une défense au fond. De l'avis de la Cour, cette exception fait bien plus qu' 'effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire...' »

La Cour relèvera d'ailleurs que les Etats Unis ont eux-mêmes abordé de nombreux problèmes de fond dans leurs écritures et leurs plaidoiries à ce stade et qu'ils ont souligné que ces problèmes avaient fait l'objet de débats exhaustifs devant la Cour ; ce Gouvernement a ainsi implicitement reconnu l'existence entre l'exception soulevée et le fond du litige d'une 'connexité...intime' ...

Si la Cour devait statuer sur cette exception, elle statuerait donc immanquablement sur le fond, or en invoquant le bénéfice des dispositions de l'article 79 du Règlement, le défendeur (les Etats-Unis) a mis en œuvre une procédure qui vise précisément à empêcher la Cour de ce faire.

La Cour conclut de ce qui précède que l'exception des Etats-Unis selon laquelle il n'y aurait plus lieu à statuer sur les demandes libyennes car

elles auraient été privées de tout objet (par le Conseil de sécurité) n'a pas un « caractère exclusivement préliminaire » au sens de cet article.

50... (L)a Cour pourra connaître de cette exception dans le cadre de son examen de l'affaire au fond » (affaire relative à des questions... résultant de l'incident aérien de Lockerbie, op. cit., arrêt du 27 février 1998, Recueil 1998, page 134, paragraphes 49-50. Même prononcé le même jour pour le cas Libye – Royaume-Uni).

101. C'est mutatis mutandis un raisonnement assez similaire que la Cour suivit quelques mois plus tard dans son arrêt du 11 juin 1998 rendu dans l'affaire Nigeria-Cameroun. Le Nigeria avait soulevé une « huitième exception préliminaire » selon laquelle la délimitation maritime entre lui et le Cameroun mettrait nécessairement en cause les droits et les intérêts d'Etats tiers (la Guinée équatoriale) au-delà d'un certain point de délimitation en mer.

La Cour a alors jugé qu'elle

« ne saurait..., en la présente espèce, prendre sa décision sur la huitième exception préliminaire en la considérant simplement comme une question préliminaire. Pour pouvoir déterminer quel serait le tracé d'une frontière maritime prolongée au-delà (d'un certain point), en quel lieu et dans quelle mesure elle se heurterait aux revendications éventuelles d'autres Etats, et comment l'arrêt de la Cour affecterait les droits et intérêts de ces Etats, il serait nécessaire que la Cour examine la demande du Cameroun au fond. En même temps la Cour ne saurait exclure que l'arrêt demandé par le Cameroun puisse avoir sur les droits et intérêts des Etats tiers une incidence telle que la Cour serait empêchée de rendre sa décision en l'absence de ces Etats, auquel cas la huitième exception préliminaire du Nigeria devrait être retenue, tout au moins en partie. La question de savoir si ces Etats tiers décideront d'exercer leurs droits à intervention dans l'instance conformément au Statut reste entière.

117. La Cour conclut que, par voie de conséquence, la huitième exception préliminaire du Nigeria n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire » (Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, Cameroun c. Nigeria, exceptions

préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, C.I.J. Recueil 1998, page 324, paragraphes 116-117).

102. Enfin il suffira de mentionner que la pratique des tribunaux arbitraux CIRDI, elle aussi, offre non seulement de fréquents exemples de déclinatoire de compétence mais aussi de cas où ces exceptions ont été jointes au fond conformément à l'article 41 de la Convention (voir à ce sujet le commentaire cité de C. Schreuer, page 395 ss. ainsi que « *the ICSID Convention : a commentary*, Cambridge University Press, page 546. Outre la décision AMCO v. Indonesia, décision du 25 septembre 1983, 1 ICSID Report 390, et les décisions Klöckner v. Cameroon, sentence du 21 octobre 1983, 2 ICSID Report, 13-18, et Atlantic Triton v. Guinea, sentence du 21 avril 1986, 3 ICSID Report, 39). Il y a lieu de citer aussi le raisonnement du Tribunal dans l'affaire SOABI c. Sénégal, décision du 1er août 1984, 2 ICSID Report, 180-189, où les Parties s'étaient référées constamment à des documents dont le contenu « *relate more or less to the actual merits of the case* ».

Le Tribunal arbitral en a déduit que :

« neither the letter nor the spirit of the various documents put forward by the parties as support for their respective positions on the jurisdiction of the tribunal...could properly be appreciated save after a full consideration of the actual subject matter of the Application...In the result, the Objection to Jurisdiction must be joined to the arguments on the merits, and will be addressed at the same time as the latter. » (at page 189).

103. Deux autres décisions rendues par des tribunaux arbitraux dans le cadre du CIRDI présentent un intérêt particulier pour la présente espèce, dans la mesure où elles concernent des exceptions d'incompétence fondées sur l'allégation de l'inexistence d'un investissement ou d'une expropriation.

Dans l'affaire Tradex c. Albanie (décision sur la compétence, du 24 décembre 1996, 14 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 161 (1999), cf. C. Schreuer, dans son Commentaire, déjà cité, sur la Convention,

page 547-548 ; ICSID Review vol. 14 n°1 1999, page 161 ss.), la Partie défenderesse, l'Albanie, contestait la compétence du Tribunal arbitral notamment pour les deux motifs suivants, : celui que le Demandeur Tradex n'était pas, selon la loi albanaise applicable, un « investisseur étranger » et que, à supposer l'existence d'un litige entre les parties, il ne concernait pas une « expropriation » au sens de la loi applicable.

Après avoir conclu que la Demandereuse Tradex était bien un « investisseur étranger » au sens de la loi applicable (loi albanaise de 1933), le Tribunal s'est posé la question de savoir si la conduite de la Défenderesse pouvait être considérée comme « une expropriation » au sens de cette même loi ; il a conclu en ces termes :

« ...the Tribunal feels a further examination of this matter in the context of establishing its jurisdiction according to article 8(2) [of the applicable Albanian law] would be so closely related to the further examination of the merits in this case that this jurisdictional examination should be joined to the merits ».

Pour ces raisons, le Tribunal, en application de l'article 41(4) deuxième phrase, du Règlement d'arbitrage CIRDI, a décidé :

« that this objection should be joined to the merits of the dispute, should the Tribunal find that the other objections to jurisdiction raised in this case cannot be accepted and thus this procedure is continued on the merits. »

104. Dans l'affaire American Manufacturing and Trading Inc. c. République du Zaïre (Sentence du 21 février 1997, Journal Clunet 1998, page 243) le Zaïre soutenait que le Tribunal était incompétent, notamment parce que la Demandereuse AMT, de nationalité américaine, n'avait « *jamais investi directement et en son nom dans la République du Zaïre* ». A son avis, la société AMT était simplement associée à un investissement d'une société Sinza, de nationalité zaïroise, si bien qu'il s'agissait « *d'un différend entre un*

État et un ressortissant de cet État, un tel différend n'étant pas compris dans le champs d'application de la Convention ».

On notera que, dans cette affaire, alors que le Contre-mémoire de la Partie défenderesse avait soulevé plusieurs objections préliminaires contre la compétence du CIRDI et en conséquence celle du Tribunal (Sentence, n°3.09), le Tribunal n'a guère cherché à discuter ou justifier la procédure finalement adoptée et ce sans doute en raison du fait « *que le Zaïre a fait défaut, tout en invoquant l'incompétence du CIRDI et du Tribunal* » (n°4.08), si bien que le Tribunal arbitral s'est contenté, d'une manière extrêmement sommaire, de déclarer (n°4.09) :

« après avoir soigneusement examiné les différents moyens invoqués par le Zaïre pour amener le Tribunal à se déclarer compétent [sic : pour incomptént], celui-ci a décidé de joindre la question de sa compétence au fond. D'ailleurs, le Tribunal estime qu'il a l'obligation de vérifier qu'il est régulièrement saisi et qu'il doit donc, dans tous les cas, examiner sa compétence avant d'entamer les questions relatives au fond. »

105. On rappellera en premier lieu, que pour pouvoir affirmer sa compétence, le Tribunal arbitral doit avoir vérifié que toutes les conditions posées par la Convention CIRDI et par le Traité bilatéral hispano-chilien sont bien réalisées et qu'il suffit que l'une de ces conditions fasse défaut pour que le Tribunal soit incomptént. D'autre part, le principe général de droit, qui s'impose en particulier dans le domaine de la procédure, judiciaire ou arbitrale, internationale, n'est pas contesté, selon lequel le fardeau de la preuve appartient à la Partie demanderesse (*actori incumbit probatio*). Et c'est en vertu de ce même principe qu'il incombe au Défendeur qui soulève une exception d'incompétence de faire la preuve des faits qu'il allègue à l'appui de son exception car, à l'égard de celle-ci, il est dans la position d'un demandeur (*in excipiendo reus fit actor*) (cf. Rosenne, op.cit. vol.II, page 922, 932).

106. Ces règles générales de procédure s'inscrivent dans le cadre d'un principe plus général encore, valable en droit international ainsi qu'en droit

national, celui de la bonne foi, qui oblige les Parties, le cas échéant, à collaborer à l'obtention et à la présentation de la preuve, par exemple dans les circonstances où cette dernière serait exceptionnellement difficile pour la Partie à qui elle incombe, - comme dans le cas de la preuve requise d'un fait négatif – et d'en rappeler qu'il appartient au Tribunal arbitral de veiller au respect de ces principes et d'apprécier, ou au besoin de trancher, les questions de procédure (cf. les articles 43 et 44 de la Convention de Washington et le Règlement d'arbitrage CIRDI, à l'article 34 et *passim*).

107. A la lumière des principes qui viennent d'être rappelés et, en particulier, de l'article 41 de la Convention CIRDI, le Tribunal arbitral examinera maintenant les questions de compétence qui lui sont soumises au vu des arguments respectifs présentés par les Parties dans la procédure écrite et la procédure orale, et, en particulier, des arguments présentés par la Partie défenderesse sur l'incompétence du Centre et du Tribunal. Dans cet examen, le Tribunal suivra dans la mesure qui lui paraît pratique et opportune l'ordre des objections résumées par la Partie défenderesse dans sa réplique sur le déclinatoire de compétence du 27 décembre 1999, et des conclusions rappelées plus haut dans la partie « En fait ». Ce faisant, il analysera avec une attention particulière les deux questions fondamentales, ou manifestement les plus importantes, qui divisent les Parties à ce stade de la procédure, soit la question de la nationalité et celle de l'investissement étranger.

(A) LA NATIONALITE

108. Il y a lieu de faire référence tout d'abord aux arguments respectifs des Parties tels qu'ils ont été brièvement résumés dans la partie « En fait » de la présente décision et de les compléter comme suit :

Selon la première conclusion de la défenderesse, « Monsieur Victor Pey Casado est chilien » : il « possède la nationalité chilienne par naturalisation du 11 décembre 1958, ne l'a jamais perdue, et la possède

encore en vertu de la Constitution politique de la République du Chili (plaideoirie de Me Brower, audience des 3,4 et 5 mai 2000, transcription page 38).

On indiquera en passant que la nationalité de la deuxième Partie demanderesse, la Fondation Président Allende, qui est indiscutablement et seulement espagnole, n'est pas en cause, les objections chiliennes visant cette dernière étant d'une autre nature, qui sera évoquée plus loin.

En sens contraire, le demandeur Pey Casado prétend avoir perdu la nationalité chilienne ou y avoir renoncé, d'où il résulterait qu'il doit être considéré comme possédant la seule nationalité espagnole, sa nationalité d'origine, qu'il aurait retrouvée lors de sa prise de domicile en Espagne, conformément au Traité bilatéral hispano-chilien.

109. Une controverse prolongée s'est établie entre les Parties à ce sujet tant dans la procédure écrite que dans la procédure orale. Son importance sur le terrain de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral est évidente si l'on considère par exemple que le système établi par la Convention CIRDI est exclusivement destiné, comme son titre l'indique, au règlement des litiges opposant un État partie à la Convention à un investisseur ressortissant d'un autre État, et non pas à l'un de ses propres ressortissants. Selon un commentaire déjà cité de la Convention (C. Schreuer, n° 424, 444, 446 et 447) : « *For natural persons possession of the host State's nationality is an absolute bar to becoming a party to ICSID proceedings ...the dual national would be disqualified from invoking the ICSID clause in the BIT... the individual investor's only chance to gain access to the Centre may be to relinquish the host State's nationality before consent to ICSID's jurisdiction is perfected...the investor would have to ensure that the renunciation of the nationality is valid under the host State's law...* ». A cela s'ajoute l'observation du commentateur des travaux préparatoires, où fut évoquée la possibilité qu'un État potentiellement défendeur impose à l'investisseur l'acquisition de sa propre nationalité pour se soustraire à ses obligations selon la Convention :

“during the Convention's drafting, the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Centre.. but it was decided that this question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral Tribunal” (n°447).

110. La question se pose, ou tout au moins peut se poser, de l'interprétation qu'il y a lieu de donner à la Convention et spécialement à la notion de « *ressortissant d'autres États contractants* » dans un cas comme celui-ci, en particulier dans des cas de double nationalité.

Au stade actuel de la procédure sur les exceptions d'incompétence, il ne paraît ni que la Partie défenderesse ait fait la preuve de son affirmation concernant la nationalité chilienne du demandeur ni que ce dernier ait démontré, de son côté, avoir valablement renoncé à cette nationalité ou en avoir été privé en raison des événements suivants le coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973 ou en raison de dispositions de caractère général ou particulier prises par le Gouvernement chilien.

En l'état actuel de ses informations, le Tribunal arbitral estime n'être pas en mesure de se prononcer avec certitude sur cette exception. En conséquence de quoi, il considère opportun de joindre cette exception au fond selon l'article 41 de la Convention.

(B) L'INVESTISSEMENT

111. La position de la Partie demanderesse, Pey Casado, quant à l'investissement qui lui aurait été confisqué au Chili, a été brièvement résumée dans la partie « En fait » de la présente décision (aux numéros 40 et suivants). Selon le demandeur, l'acquisition de la totalité des actions de l'importante entreprise de presse CPP SA, a eu lieu pour un prix de USD

1.280.000 et a constitué indiscutablement un investissement au sens de la Convention de Washington, laquelle ne donne, on le sait, aucune définition précise de la notion d'investissement, à la différence de nombreux traités bilatéraux en la matière (ainsi que le constate C. Schreuer, dans son Commentaire déjà cité, n°99, pour qui « *The general description frequently refers to « every kind of asset ».... The list of typical rights usually includes : traditional property rights, participation in companies, etc..* »). Cette acquisition de 100% du capital social du journal *Clarín* et de la société à responsabilité limitée EPC a été reconnue de diverses manières par la Partie chilienne, notamment après les confiscations par décret du 24 avril 1975, n° 580, signé du général Pinochet (cf. à ce sujet par exemple plaidoirie de mai 2000 sur la compétence, page 64 et 65).

D'après la Partie demanderesse, il s'est agi d'un investissement étranger conforme au droit chilien (comme l'exige l'article 2, alinéa 2 du Traité bilatéral du 2 octobre 1991 sur la protection des investissements, c'est-à-dire à la législation chilienne en vigueur en 1972, date de l'investissement, décret n°1272, du 7 septembre 1961 et décret n° 258, du 30 mars 1960), qui visaient non la totalité des investissements étrangers, mais ceux prétendant à bénéficier de certaines facilités.

112. De son côté la Partie défenderesse a objecté avec force que, à supposer qu'il y ait eu investissement en l'espèce, il ne s'agirait pas d'un investissement « étranger », et en tous les cas pas d'un « investissement étranger conforme à la législation chilienne ».

La défenderesse a insisté sur le caractère fondamental pour le Chili, grand importateur d'investissements étrangers, d'un « transfert de capitaux », comme l'exige expressément le Traité hispano-chilien, notamment dans son préambule et dans son texte. Or elle estime que « Monsieur Pey Casado n'a jamais transféré de capitaux de l'extérieur à destination du Chili » (plaidoirie de mai 2000, page 27).

En outre, la Partie défenderesse estime que, en l'absence d'un investissement étranger ayant respecté les conditions de la législation chilienne en vigueur en 1972, le Tribunal arbitral devrait se déclarer incompétent : « *pour qu'un acte puisse être décrit comme un investissement, outre le fait qu'il faut qu'il y ait un transfert de capitaux venu de l'extérieur, ... cette opération doit se faire conformément aux textes de lois en vigueur dans l'État bénéficiaire de l'investissement* » (Traité hispano-chilien, article 1 alinéa 2 et article 3 alinéa 1). Or en l'espèce, le demandeur n'aurait pas respecté, entre autre, la loi n° 1272 sur les régimes cambiaires ni une décision n° 24 entrée en vigueur conformément à l'accord de Carthagène de 1971.

113. Il n'est pas contesté entre les Parties qu'un investissement étranger doit être conforme à la législation en vigueur à l'époque dans l'État récepteur ou bénéficiaire. Il y a lieu de citer à ce propos la sentence rendue dans l'affaire CIRDI n°ARB-98-5 Eudoro Armando Olguin contre République du Paraguay, du 8 août 2000, (Sentence rendue en espagnol en application d'une Convention bilatérale sur les investissements), où l'on trouve les deux constatations suivantes : (traduction) « *il n'existe aucune stipulation dans la Convention bilatérale qui obligerait à ce que les investissements qui seraient faits par un ressortissant de l'autre État contractant fussent acceptés ou reconnus par l'État dans lequel il sont réalisés. Quant aux vices éventuels qui pourraient affecter les investissements de Monsieur Olguin, il s'agit manifestement d'une question de fond qui ne saurait être résolue à la présent étape de la procédure.* »

114. Cette dernière observation apparaît comme particulièrement pertinente en la présente espèce. En effet, des questions comme la réalité et la nature de l'investissement, l'existence ou non d'un transfert de capitaux conformément au préambule de l'accord de 1991, ou encore la conformité de cet investissement ou de ce transfert avec les exigences de la législation locale se trouvent au cœur même d'un litige portant, comme en l'espèce, sur la licéité et les conséquences de l'expropriation alléguée. Il s'agit là de questions qui, bien que soulevées dans le cadre d'exceptions préliminaires à

la compétence, apparaissent comme étroitement liées au fond et, en tous les cas, comme difficiles, voire impossibles à trancher sans risquer de préjuger des questions de fond.

Il est d'ailleurs significatif que, dans leurs exposés tant écrits qu'oraux, les deux Parties aient été amenées, presque inévitablement, à toucher des questions de fond et à dépasser le cadre strict d'exceptions purement préliminaires à la compétence.

115. La question d'une éventuelle jonction, au sens de l'article 41 de la Convention ne se poserait pas, si le Tribunal arbitral avait acquis la conviction de la réalité d'un investissement étranger dans les conditions posées par les textes applicables. Or en l'état actuel du dossier soumis au Tribunal, subsistent plusieurs points d'interrogation, qui touchent à la fois aux questions préliminaires de compétence et au fond du litige.

Ainsi, s'il paraît établi que M. Pey Casado a bien payé à M. Dario Sainte-Marie, propriétaire des actions de la société CPP SA., des sommes importantes en dollars à l'étranger, en vue de l'acquisition de l'intégralité des actions de la société en question, il n'a pas été clairement expliqué, par exemple, ni si ces capitaux sont parvenus ou ont été intégrés dans l'économie du Chili (en admettant que ce transfert soit, comme allégué, une condition nécessaire), ni pourquoi les actions auraient été signées en blanc, ni encore pourquoi le demandeur entendait transférer une partie des actions à Messieurs Gonzalez, Carrasco et Venegas.

116. En ce qui concerne l'acquisition et la propriété des biens dont la confiscation est critiquée par la requête d'arbitrage, on constatera que la présentation même faite par les Parties de leurs positions respectives atteste de l'existence de liens entre les exceptions d'incompétence et le fond du litige. C'est sans doute parce qu'elles étaient conscientes elles-mêmes de ce lien avec le fond du litige que les Parties, de manière fort compréhensible, se sont abstenues d'entrer dans le détail et de fournir les explications qui eussent pu éclairer davantage le Tribunal.

117. Il en est de même des divers faits ou éléments, allégués par les Parties demanderesses et contestés par la Partie défenderesse, qui établiraient la reconnaissance par les autorités chiliennes de l'acquisition par Mr. Pey Casado de 100% du capital des sociétés CPP SA (Clarín) et de la société EPC SARL. Il a été fait état, du côté des Requérants, d'une décision de la Huitième chambre du Tribunal pénal de Santiago, d'où résulterait la reconnaissance officielle de la qualité de propriétaire présumé de Mr. Pey Casado sur les actions de CPP, ainsi que d'un Mémorandum du 3 février 1975 du Président du « Conseil de défense de l'État », d'un décret n° 580 du 24 avril 1975, et d'autres éléments dont le rappel ici est superflu.

En sens contraire, diverses décisions administratives chiliennes ont été invoquées, notamment une décision n° 43, qui a été longuement débattue dans la présente procédure, d'où résulterait la révocation ou l'annulation de la reconnaissance alléguée de la qualité de propriétaire (au moins présumée) de M. Pey Casado.

118. En résumé, si le Tribunal arbitral serait sans doute en mesure de se prononcer d'ores et déjà sur certains aspects de la controverse relative à l'investissement dont la confiscation est alléguée par la requête d'arbitrage, ces aspects font partie d'un ensemble, d'une évidente complexité, dont d'autres éléments semblent insuffisamment établis et ne pourraient être isolés ou détachés sans inconvénients des autres facettes du problème. De l'avis du Tribunal arbitral, il est clair que, sur plusieurs aspects du dossier, rien ne peut être affirmé en l'état avec certitude dans la procédure préliminaire sur les objections à la compétence, si bien que, pour emprunter les termes de la jurisprudence internationale résumée plus haut, le Tribunal arbitral « ne saurait statuer sur la question de compétence avant d'avoir entendu les arguments quant au fond », car « en statuant dès maintenant sur l'exception d'incompétence, le Tribunal risquerait, soit de trancher des questions appartenant au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution ».

119. Etant donné les désaccords importants entre les Parties sur plusieurs questions de fait et points de droit, le Tribunal arbitral « a besoin des informations les plus précises concernant les thèses juridiques énoncées par les Parties et les motifs à l'appui de ces thèses », en particulier sur la question fondamentale de l'existence d'un investissement conforme aux exigences posées par la Convention CIRDI et le Traité hispano-chilien.

(C) AUTRES OBJECTIONS

120. Il reste à examiner si les autres objections soulevées par la Partie défenderesse à la compétence du Centre et du Tribunal arbitral peuvent ou non être traitées, selon les termes de l'article 41 alinéa 2 de la Convention de Washington, comme questions préalables ou si leur examen doit être joint à celui des questions de fond, comme il vient d'être décidé à propos de la nationalité des requérants et de la condition d'investissement étranger.

121. A titre liminaire, et compte tenu des liens existant par la nature même des choses entre les différents éléments, de fait et de droit, de la controverse sur la compétence séparant les Parties, on observera qu'il convient de présumer l'opportunité d'un traitement identique des diverses objections, c'est-à-dire l'opportunité de leur jonction au fond. Cela précisément pour tenir compte de ces liens et pour éviter que le traitement isolé et indépendant de l'une ou l'autre des exceptions soit préjuge, à l'insu du Tribunal arbitral, la solution qui pourrait être apportée par la suite à l'un des déclinatoires joints au fond, soit repose sur des motifs qui viendraient à se révéler erronés dans la suite de la procédure.

122. L'argumentation même des deux Parties témoigne, ainsi qu'il a déjà été dit, des liens de fait ou de droit unissant les différents aspects de la controverse sur la compétence, et il suffit pour s'en persuader de constater le nombre de répétitions et redites des mêmes faits et arguments présentés sous la rubrique de différentes exceptions. Ainsi, les arguments présentés pour affirmer la nationalité chilienne de M. Pey Casado, pour contester la qualité d'investissement « étranger » ou encore pour affirmer l'absence d'un

consentement pour porter la controverse devant un Tribunal CIRDI, en tous les cas « *ratione temporis* », reprennent pour partie les mêmes éléments ou thèses.

Il convient toutefois de ne pas se borner à cette observation générale et d'examiner encore chacune des objections présentées pour vérifier si elles peuvent être tranchées séparément, à titre préalable, ou doivent plutôt être jointes au fond.

(i) Non rétroactivité

123. Selon les conclusions de la Partie défenderesse énoncées dans sa Réplique du 27 décembre 1999 (cf. supra n° 77), « *l'accord pour la promotion et l'encouragement réciproques des investissements souscrit par la République du Chili et le Royaume d'Espagne n'a pas d'effet rétroactif et, par conséquent, ne peut être appliqué pour régler des situations survenues avant son entrée en vigueur.* »

Au stade actuel, le Tribunal arbitral n'a pas à se prononcer ni sur le sens précis à donner à la notion de « rétroactivité », ni sur la question de savoir si l'Accord bilatéral en question a, ou non, ou peut avoir un effet rétroactif. Il suffira de constater que, à supposer avec la Partie défenderesse que ledit Traité n'ait pas d'effet rétroactif, le désaccord entre les Parties porte ici sur la question de savoir si ledit Traité a été conclu ou non pour régler des situations ou une controverse survenues avant son entrée en vigueur (c'est-à-dire avant le 28 mars 1994).

Or cette question, celle de la date de naissance du litige, est très étroitement liée au fond et, notamment, aux circonstances dans lesquelles aurait eu lieu l'investissement étranger allégué par les Requérants et aux circonstances dans lesquelles les droits de ces « investisseurs » auraient été lésés, et à la date de ces faits.

124. Des observations analogues peuvent être faites en ce qui concerne la sixième conclusion et objection de la Partie défenderesse, selon laquelle « *l'État du Chili n'a pas donné son consentement pour que cette controverse puisse être portée devant un Tribunal du CIRDI* », étant précisé que le débat à ce sujet ne porte pas seulement sur la date de la naissance de ladite controverse (comme au sujet de l'objection précédente) mais touche aussi, à l'évidence, l'objection fondée sur la nationalité chilienne du demandeur Pey Casado, ainsi que la notion et la validité de l'« investissement étranger » alléguée par la demanderesse.

Pour les raisons qui ont été exposées en détail dans les parties précédentes de la présente décision, le Tribunal estime n'être pas en mesure de se prononcer avec une certitude suffisante et sans risque de préjugement, en l'état actuel de ses informations et du dossier, si bien que ce point doit être lui aussi joint au fond.

(ii) Consultations préalables

125. Les mêmes conclusions de la Partie défenderesse se fondent aussi sur la considération que « *la Fondation Président Allende n'a pas effectué les consultations amiables exigées dans l'Accord bilatéral hispano-chilien pour la promotion et l'encouragement réciproques des investissements* ».

Il convient d'ajouter à cette formulation les autres objections présentées (par exemple dans le « Mémoire en réplique sur l'incompétence » de l'État du Chili du 27 décembre 1999, page 120 à 124) en ce qui concerne la Fondation Allende. Ces observations paraissent relever à la fois de la notion d'objection à la compétence et de celle d'exception d'irrecevabilité, dès lors qu'il est affirmé que, pour diverses raisons, la Fondation Allende n'aurait pas la qualité pour agir ou la « légitimation active » et que, d'autre part, l'État du Chili n'a jamais consenti à son égard à un arbitrage CIRDI, au sens de la Convention de Washington et du Traité bilatéral hispano-chilien.

126. Il suffira d'observer à ce propos que la Fondation Allende se prétend cessionnaire (pour 90% des actions) de M. Pey Casado et que, dès lors, l'analyse de ses droits éventuels implique, comme ceux de M. Pey Casado, l'examen de questions de fond liées à la fois à la question de l'investissement étranger discuté ci-dessus et à l'examen de la cession contractée le 6 février 1990 à Miami et inscrite par la suite, le 27 avril 1990, au registre espagnol des Fondations.

127. Au stade actuel, il serait clairement prématuré pour le Tribunal arbitral de rechercher par exemple si la Fondation, créée le 16 janvier 1990, à Madrid, a été valablement créée ou dans une intention « frauduleuse » comme il a été allégué par la défenderesse, ou encore si elle a bien acquis valablement, et selon le droit applicable, tous les droits auxquels elle prétend de la part de M. Pey Casado, ou encore, et si et dans quelle mesure ladite cession est opposable à la Partie défenderesse, etc.

Toutes ces questions ne peuvent, dans l'intérêt manifeste d'une bonne administration de la justice, qu'être jointes à l'examen du fond, pour les raisons déjà indiquées, qu'il est superflu de répéter.

128. Un aspect particulier, toutefois, se prête d'ores et déjà à un commentaire, à tout le moins à titre d'orientation pour les Parties en vue de faciliter leurs futures présentations et sans que le Tribunal arbitral entende se prononcer de manière définitive à ce sujet, avant d'avoir entendu les éventuels développements que les Parties souhaiteraient apporter à cet égard. Il s'agit de l'objection, mentionnée plus haut, selon laquelle la Fondation Président Allende n'a pas effectué les consultations amiables exigées (cf. par exemple Mémoire en réplique sur l'incompétence, du 27 décembre 1999, page 116 ss., et 124 ; voir aussi le Mémoire d'incompétence du 20 juillet 1999, page 113).

129. La Partie défenderesse invoque les paragraphes 1 et 2 de l'article 10 de l'Accord hispano-chilien de 1991, selon lesquels :

« 1. Toute controverse relative aux investissements, dans le sens du présent Traité, entre une Partie contractante et un Investisseur de l'autre Partie contractante sera, dans la mesure du possible, résolue par consultations amiables entre les Parties dans la controverse.

2. Si la controverse n'a pas pu être résolue au terme de 6 mois à partir du moment où elle aura été soulevée par l'une ou l'autre des Parties, elle sera soumise, au choix de l'investisseur...etc. ».

130. De l'avis du Tribunal arbitral, il n'a pas été démontré jusqu'ici à sa satisfaction que cette disposition, fréquente notamment dans les traités bilatéraux relatifs à la promotion ou la protection des investissements, constitue véritablement, comme il a été prétendu, une « formalité habilitante », d'interprétation rigoureuse. Il en résultera que c'est « seulement après un délai de 6 mois à partir du moment où a été posée la controverse » que naît le droit pour l'investisseur d'entamer une procédure (internationale ou locale ;cf. Mémoire d'incompétence du 20 juillet 1999, n° 4. 1.2).

(iii) Choix d'un for

131. Une autre objection à la compétence soulevée par la Partie défenderesse (cf. sa conclusion n°5, citée ci-dessus) est fondée sur le fait que « *les demandeurs ont opté pour la juridiction locale, renonçant par cet acte à la juridiction internationale.* »

Il a été fortement soutenu par la Partie défenderesse, tant dans la procédure écrite que dans la procédure orale, que les Réclamants, ayant opté pour la juridiction chilienne, avaient par conséquent renoncé, et de manière définitive, à la juridiction internationale (cf. Mémoire du 20 juillet 1999, page 155, 143 ss. et passim).

Il a été très clairement exposé par la Partie chilienne que, en vertu de l'article 10 n°2 de l'Accord bilatéral entre le Chili et l'Espagne, l'option offerte, « au choix de l'Investisseur » entre la juridiction nationale de l'État récepteur

ou importateur de l'investissement, et l'arbitrage international, serait un choix « unique et définitif ». Or, est-il ajouté (page 144, n°6.3.6.4), « *les biens et actifs matière de ce procès ont été préalablement réclamés devant les tribunaux de Santiago du Chili* ». Il en résulterait ainsi une renonciation à l'option d'accès à un arbitrage international.

132. À quoi il a été répondu du côté de Parties demanderesses que l'option de for ainsi prévue n'est prescrite dans aucun texte comme devant nécessairement être globale et totale, et comme excluant la soumission d'une partie du litige à l'un des fors prévus et la soumission d'une autre partie à un autre for.

La doctrine internationale serait en accord avec ce point de vue, et les Parties demanderesses font observer que si M. Pey Casado s'est effectivement adressé à la justice chilienne, ce n'est que d'une manière très limitée, d'une part pour obtenir la restitution des documents sans lesquels il lui aurait été impossible de saisir la juridiction internationale, et d'autre part, pour la seule question de la rotative Goss.

Il serait donc inexact de prétendre (comme le fait par exemple le passage cité du Mémoire d'incompétence du 20 juillet 1999, page 144) que « *les biens et actifs matière de ce procès* » auraient été préalablement réclamés devant les tribunaux de Santiago.

133. Il est clair que la question de savoir quels sont exactement les « *biens et actifs* » qui sont la matière du procès aujourd'hui soumis au Tribunal arbitral (sur le terrain de la compétence) est étroitement liée au fond du litige, à la question de l'investissement, ainsi qu'à l'objet et à l'étendue de la confiscation dont se plaignent les Parties demanderesses.

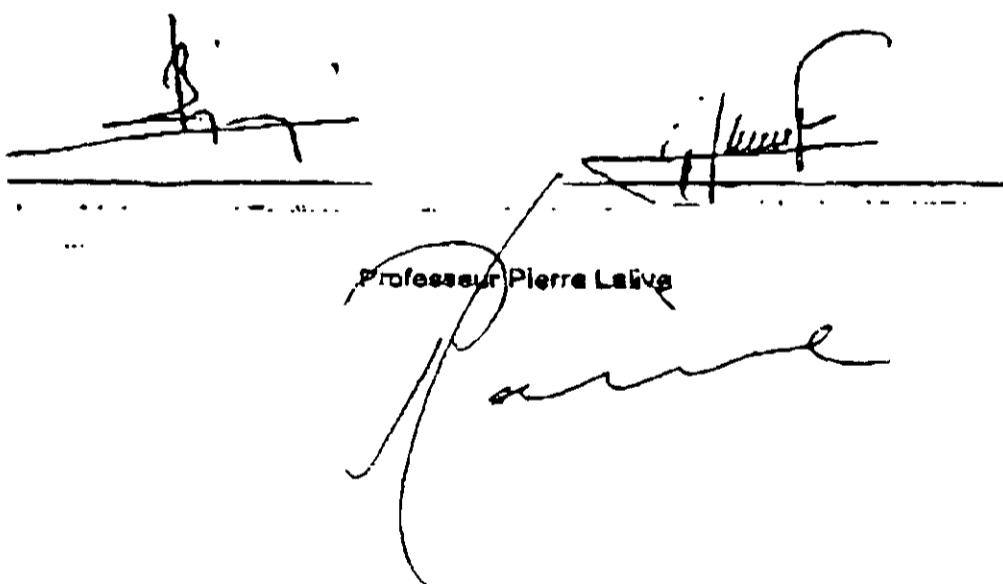
Il n'est donc à tout le moins pas opportun, et pour les raisons exposées en détail ci-dessus, que le Tribunal arbitral tente à ce stade et en l'état actuel de son information, de se prononcer à titre préalable sur cette objection d'incompétence ou d'irrecevabilité de la demande.

134. Quant à l'objection selon laquelle tant la renonciation alléguée par M. Pey Casado à sa nationalité chilienne que « *le transfert de 90% de ses prétendus droits à une fondation espagnole* » constituerait un clair exemple de « *fraude à la loi* » (conclusion n° 7 mentionnée ci-dessus), elle repose sur une argumentation qui touche véritablement, elle aussi, au fond du litige et à des questions, déjà examinées, comme celle de la condition de nationalité étrangère au Chili ou celle de la validité de la cession, questions dont le Tribunal arbitral a déjà indiqué qu'il serait prématuré et inopportun de les trancher à titre préalable, sans avoir bénéficié des développements et de l'argumentation approfondie que les Parties pourraient souhaiter lui soumettre dans un débat général de fond.

PAR CES MOTIFS, le Tribunal arbitral,

- 1) décide de joindre au fond les exceptions d'incompétence soulevées par la République du Chili ;
- 2) réserve la suite de la procédure.

Le 8 mai 2002


Professeur Pierre Lalive
Pierre Lalive