

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

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

*Affaire N° ARB/98/2*

**VERSION CORRIGÉE**

**RÉPONSE À LA DEMANDE DE NULLITÉ  
DE LA SENTENCE DU 8 MAI 2008**

que les parties Demanderesses soumettent au Comité *ad hoc*.

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

Washington, le 15 octobre 2010

<b>(I)</b>	<b>RAPPEL DE L'HISTORIQUE DE LA PROCEDURE D'ARBITRAGE .....</b>	<b>6</b>
<b>(II)</b>	<b>LA DEMANDE D'ANNULATION DE LA REPUBLIQUE DU CHILI EST DENUEE DE FONDEMENT .....</b>	<b>16</b>
1.	La presentation adoptee par les investisseurs espagnols.....	16
2.	Les fondements d'annulation relatifs à la conduite de la procédure d'arbitrage par le Tribunal	
2.1	Le refus du Tribunal arbitral d'entendre les témoins factuels et les experts .....	18
2.1.1	Le prétendu refus opposé a la République du Chili de contre-interroger Monsieur Pey .....	18
2.1.2	Le refus du Tribunal arbitral d'entendre les experts des Parties.....	30
2.2	Le rejet par le Tribunal arbitral des demandes de communication de pièces formulées par la République du Chili .....	32
2.2.1	La position de la République du Chili .....	32
2.2.2	La prétention de la République du Chili est sans fondement .....	32
2.3	La prétendue partialité du Tribunal arbitral .....	36
2.3.1	La position de la République du Chili .....	36
2.3.2	Les contours du fondement d'annulation retenu par le Chili (partialité du Tribunal arbitral article 52(1) (d)).....	37
2.3.3	La prétention de la République du Chili est sans fondement .....	38
2.4	Conclusions .....	42
3.	LES FONDEMENTS D'ANNULATION RELATIFS A LA SENTENCE .....	42
3.1	Les Fondements d'annulation concernant la compétence du Tribunal arbitral .....	43
3.1.1	La condition de l'investissement au sens de la Convention de Washington .....	43
3.1.2	La condition de la nationalité au sens de la Convention de Washington.....	49
3.1.3	Les conditions du consentement au sens de l'API : existence d'un investissement au sens de l'API .....	75
3.1.4	Les conditions du consentement au sens de l'API : la nationalité de l'investisseur au sens de l'API .....	89
3.1.5	Conclusion .....	91
3.2	Les fondements d'annulation concernant les violations par la République du Chili des dispositions de l'API: déni de justice et traitement juste et équitable .....	92
3.2.1	La position de la République du Chili .....	92
3.2.2	Les prétentions de la République du Chili sont sans fondement .....	95
3.3	Les fondements d'annulation concernant le calcul du dommage par le Tribunal arbitral.....	113
<b>(III)</b>	<b>L'ANNULATION INTEGRALE PLAIDIÉE PAR LA DELEGATION DU CHILI ET LE 8<sup>EME</sup> POINT DU DISPOSITIF DE LA SENTENCE .....</b>	<b>121</b>

<b>LES EXPECTATIVES DE L'ARBITRAGE SOUMIS AU CIRDI</b>	<b>121</b>
A. LE CONTEXTE GENERAL	121
La Constitution était en vigueur pendant le régime de <i>gesetzlichen Unrechts</i>	122
L'API est entré en vigueur sous le régime de "nullité de droit public" des Décrets confiscatoires édictés en vertu des Décrets 77 et 1726 de 1973	123
Les normes applicables en matière de nationalité après l'entrée en vigueur de l'API	128
Les normes applicables en matière d'investissements étrangers en conformité de l'API	131
B. APPLICATION SPECIFIQUE AU PRESENT ARBITRAGE	132
Les antécédents du différend né en novembre 1995 relativement à l'indemnisation	132
La nationalité de M. Pey, la Convention de Double Nationalité Espagne-Chili et la Constitution du Chili	138
C. SUR L'ADMISSION PARTIELLE D'UN MOTIF D'ANNULATION DU CHILI	139
a) Aperçu sur certains motifs d'annulation pour excès manifeste de pouvoir	139
b) Position de la République du Chili (§566, page 268 du Mémorial)	141
c) Matière à annulation partielle : l'antinomie et sa solution réelle ; la non application de la Constitution sous l'API au maintien de la confiscation	142
d) L'inversion des articulations logiques pertinentes. Raisons possibles d'une telle anomalie	146
e) Les effets sur la Sentence de la non application de la Constitution. L'excès de pouvoir manifeste	148
f) Arguments relatifs à l'annulation dans les pp. 566 du Mémoire en annulation et 313 de la Requête en annulation	151
g) Les graves conséquences dans la conclusion de l'arbitrage découlant du point 8 du Dispositif (le fait que le Tribunal arbitral n'a pas exercé sa juridiction)	155
<b>(IV) LES COUTS DE LA PROCEDURE EN ANNULATION .....</b>	<b>156</b>
<b>(V) CONCLUSION .....</b>	<b>157</b>
Tableau des pièces annexes	159

1. Monsieur Victor Pey-Casado et la Fondation Président Allende (les "Investisseurs" ou les Parties "Demandeuses") ont l'honneur de soumettre leur réponse au Mémoire en annulation déposé par la République du Chili (le "Chili" ou la "Défenderesse") le 10 juin 2010, conformément au calendrier de procédure arrêté dans l'Ordonnance de Procédure n°1.
2. Le 8 mai 2008, soit plus de dix années après l'introduction de la requête d'arbitrage par les Demandeuses, le Tribunal arbitral a rendu une sentence condamnant la République du Chili pour déni de justice et traitement discriminatoire.
3. Par le Mémoire en annulation du 10 juin 2010, la République du Chili persiste dans la dénégation des droits de Monsieur Pey et de la Fondation Président Allende tentant par tous moyens de faire annuler une Sentence qui n'a prononcé à son encontre qu'une condamnation symbolique, sans commune mesure avec le préjudice subi du fait de la dépossession et le profit que l'Etat chilien a obtenu, et continue à recevoir, de l'exploitation du patrimoine des Demandeuses.
4. Quelle meilleure démonstration que toute indemnisation à Monsieur Pey et la Fondation espagnole est inacceptable pour la République du Chili. Le Tribunal arbitral ne s'est pas trompé en la condamnant pour déni de justice et traitement discriminatoire.
5. Aujourd'hui la République du Chili tient des propos d'une extrême dureté à l'égard du Tribunal arbitral et en particulier de son Président. Comme on peut l'attendre d'un Président de cette expérience et plus généralement d'un Tribunal arbitral de cette carrure, les arbitres ont été à l'écoute des parties leur permettant d'exposer largement leur position respective et ont fait preuve de l'impartialité et de l'indépendance requise, malgré les comportements procéduraux intolérables de la République Chili, dont le but était d'empêcher Monsieur Pey et la Fondation de recevoir une indemnisation pour la confiscation des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée.
6. Cet objectif de la République du Chili l'a conduite à violer ses obligations internationales y compris pendant la procédure devant le CIRDI, en particulier en prenant la Décision n°43. La Décision n°43, Décision Ministérielle du 28 avril 2000, fût l'ultime moyen par lequel la République du Chili a imaginé échapper à la condamnation d'un tribunal international CIRDI : l'indemnisation de tiers pour la confiscation des mêmes biens. C'était pour la République du Chili la preuve absolue que Monsieur Pey était "un imposteur" et n'était pas le propriétaire légitime de ces deux sociétés.
7. Cette Décision n°43 fut prise *in extremis* quatre jours avant les audiences sur la compétence du Tribunal arbitral des 5 et 6 mai 2000. Cette Décision n°43 fut le résultat d'une stratégie élaborée dans le but de mettre un terme à la procédure d'arbitrage initié par Monsieur Pey et la Fondation Président Allende. Cette Décision n°43 n'a pas bénéficié qu'aux préputés héritiers des propriétaires des actions de CPP S.A. et EPC Ltée mais aussi à une société créée à cette fin, la société ASINSA, dont les actionnaires restent mystérieusement inconnus.

On peut dès lors comprendre l'insistance de la République du Chili à faire annuler une Sentence qui met en exergue son comportement internationalement illégal. C'est cette volonté

qui explique la longueur des développements du Mémoire en annulation, et non pas le caractère fondé ou sérieux du recours. C'est cette volonté qui avait amené les Demandéresses à solliciter la mise en place d'une garantie tant il est vraisemblable qu'elle persistera quand il s'agira d'exécuter l'article 53 de la Convention CIRDI.

8. En revanche, il y a un point sur lequel la République du Chili a raison : les Demandéresses ne sont pas complètement satisfaites de cette Sentence, malgré la qualité du travail du Tribunal. Elles ne sont pas satisfaites parce que le Tribunal a ignoré la Constitution chilienne sur un point. Le Tribunal n'a pas ignoré la Constitution sur la question de nationalité ainsi qu'il sera démontré, il l'a ignorée en ne l'appliquant absolument pas au Décret de confiscation n°165 de 1975 et déclarant que ce Décret "*faisait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien*".
9. Aujourd'hui, face à la persistance de la République du Chili à dénier les droits de Monsieur Pey et de la Fondation Président Allende, les Demandéresses ont décidé de soutenir l'annulation, non pas de la Sentence dans son ensemble, les préentions du Chili étant mal fondées, mais partiellement au motif que le Tribunal arbitral a effectivement omis d'appliquer la Constitution sur la validité des décrets de confiscation.
10. Enfin, les Demandéresses ne doutent pas que les membres du Comité *ad hoc* s'inscriront dans le cadre de la haute mission qui leur est confiée au titre de l'article 52 de la Convention, qui définit le régime du recours en annulation, et s'empêcheront d'opérer une révision au fond de la Sentence comme le demande la République du Chili.
11. En conséquence, les Demandéresses après avoir rappelé l'historique de la procédure arbitrale (I), démontreront que la demande d'annulation de la République du Chili est sans fondement et qu'elle tente de former un appel au fond de la Sentence (II). Les Demandéresses exposeront alors dans une troisième partie pourquoi la Sentence doit être annulée partiellement, sur un point très précis, qui n'affecte en rien les autres conclusions du Tribunal (III). Les Demandéresses termineront ce Mémoire en sollicitant du Tribunal qu'il condamne la République du Chili à supporter les coûts de cette procédure (IV).

(I) **RAPPEL DE L'HISTORIQUE DE LA PROCEDURE D'ARBITRAGE**

*"If an evil gremlin wanted to bring arbitration into disrepute it could take two different paths. One path would establish standards for impartiality and independence so low that proceedings could be conducted by biased arbitrators. The other path to shipwreck would make the arbitrator's position precarious by creating unrealistic standards that permit recalcitrant parties to derail arbitrations or have awards set aside by a simple allegation of bias, no matter how trivial the circumstances giving rise to the alleged pre-judgment or conflict of interest" (William W. Park, 2009)<sup>1</sup>*

12. Tant dans la Requête en annulation du 5 septembre 2008 (la "Requête") que dans son Mémoire en annulation du 10 juin 2010, la République du Chili prétend dénoncer une procédure d'arbitrage d'une extrême longueur qu'elle qualifie de *"the most anomalous and irregular"*<sup>2</sup> de toute l'histoire du CIRDI se permettant de rejeter sur le Tribunal arbitral et sur les Demandeurs la responsabilité des atermoiements dont elle est, en réalité, à l'origine.
13. Si la procédure d'arbitrage a été d'une extrême longueur et d'une rare complexité, la présentation qui en est faite par la République du Chili a l'apparence de la simplicité mais est, à dessein, lacunaire, partielle, voire délibérément erronée.
14. Les Demandées feront donc un bref rappel du déroulement de la procédure d'arbitrage pour permettre au Comité *ad hoc* d'avoir une vue d'ensemble de ces onze années de procédure. Ce rappel est d'autant plus important que la République du Chili se fonde sur de prétendues irrégularités qui auraient entravée la procédure pour demander l'annulation de la sentence rendue le 8 mai 2008 (la "Sentence"). Sentence dont l'un des piliers est la Décision n° 43 du 28 avril 2000, Décision administrative chilienne intervenue en cours de procédure pour la court-circuiter.
15. Le 7 novembre 1997, les Demandées ont déposé une requête d'arbitrage auprès du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (le "CIRDI") contre la République du Chili<sup>3</sup>.
16. Le même jour, le Centre en a accusé réception, en a transmis une copie à la République du Chili, conformément à l'article 36(1) de la Convention de Washington (la "Convention CIRDI"), et a confié le dossier à M. Alejandro A. Escobar, conseiller CIRDI et ressortissant Chilien.

---

<sup>1</sup> "Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent. Keynote Address", dans World Arbitration & Mediation Review (WAMR), 2009, Vol. 3; No. 3, 282.

<sup>2</sup> Requête en annulation p.2 §5

<sup>3</sup> Pièce CN59f

17. En raison de l'obstruction de la République du Chili, la requête ne sera enregistrée par le Centre que cinq mois plus tard, le 20 avril 1998.
18. Le 22 juin 1998, les Demandeuresses ont désigné Monsieur Bedjaoui, Juge et ancien Président de la Cour Internationale de Justice, en qualité de co-arbitre. Le 29 juillet 1998, la République du Chili a désigné Monsieur Jorge Witker Velásquez en qualité de co-arbitre, en omettant d'indiquer qu'il était né au Chili et qu'il avait acquis la nationalité mexicaine après avoir renoncé à sa nationalité chilienne. Elle proposait parallèlement de désigner un ressortissant chilien en qualité de Président du Tribunal arbitral<sup>4</sup>.
19. Suite à l'opposition des Demandeuresses, le 19 août 1998, le Centre proposait le Pr. Albert Jan van den Berg en qualité de Président du Tribunal, désignation à laquelle la République du Chili a objecté avec succès alléguant qu'il avait la nationalité hollandaise et était citoyen de l'Union Européenne.<sup>5</sup> Finalement, le 14 septembre 1998, le Centre a désigné Monsieur Francisco Rezek, en qualité de Président du Tribunal et M. Gonzalo Flores, ressortissant Chilien, Secrétaire du Tribunal.
20. Entre le 29 septembre et le 1<sup>er</sup> octobre 1998, en violation de l'article 10.6 du Traité Bilatéral de Protection des Investissements signé entre l'Espagne et le Chili<sup>6</sup> (l'API), certains membres de la délégation chilienne ont organisé une rencontre avec des fonctionnaires espagnols afin de négocier une interprétation conjointe de toutes les notions clefs du litige et en particulier du terme "Investisseur".
21. Ces discussions ont été consignées dans un procès-verbal de techniciens ministériels, jamais ratifié par le Ministre compétent, ni *a fortiori* publié au journal officiel, mais néanmoins communiqué par la République du Chili au Centre en vue de s'opposer à la compétence du Tribunal arbitral, après avoir blanchi la signature du représentant chilien, également présent dans l'arbitrage : Monsieur Banderas le "Fiscal" du Comité des Investissements Etrangers (CIE)<sup>7</sup>.
22. Le 21 octobre 1998, Monsieur Jorge Witker a démissionné du Tribunal, prenant acte de l'objection des Demandeuresses relative à sa nationalité<sup>8</sup>. Il sera remplacé le 18 novembre 1998 par Monsieur l'Ambassadeur Galo Leoro Franco<sup>9</sup>.
23. Le 2 février 1999, la première session d'arbitrage s'est tenue à Washington D.C. au cours de laquelle un calendrier de procédure a été fixé. Conformément au calendrier, le 23 mars 1999,

---

<sup>4</sup> Pièces CN67 et CN68

<sup>5</sup> Pièce CN 17

<sup>6</sup> Article 10.6 de l'API dispose: "*Les Parties contractantes s'abstiendront d'échanger, au travers des canaux diplomatiques, des arguments concernant l'arbitrage ou une action judiciaire déjà entamée jusqu'à ce que les procédures correspondantes aient été conclues; hormis quant-à-fait que les Parties à la controverse n'auraient pas exécuté la décision de la Cour arbitrale ou l'arrêt du Tribunal ordinaire, selon les modalités d'exécution établies dans la décision ou l'arrêt.*"

<sup>7</sup> Pièces C4, C6 annexes à la Réponse des Demandeuresses du 18 septembre 1999, Pièce CN90f

<sup>8</sup> Pièces CN70, CN71f, CN72f, CN73, CN74f, CN76f et CN78f

<sup>9</sup> A l'époque, Grand Croix de l'Ordre Bernardo O' Higgins, la plus haute décoration de la République du Chili.

les Demanderesses ont déposé leur Mémoire en demande<sup>10</sup>, y formulant expressément des demandes relatives au déni de justice et au traitement discriminatoire dont elles étaient victimes de la part de la République du Chili<sup>11</sup>. Par la suite, les Parties ont échangé de nombreux mémoires relatifs à la compétence du Centre et du Tribunal arbitral où les Demanderesses ont réitéré le déni de justice et la discrimination à leur égard.

24. Entre le 3 et le 5 mai 2000, une audience sur la compétence s'est tenue à Washington D.C. Au cours de cette audience, la délégation du Chili, alors demanderesse à l'exception d'incompétence, est intervenue la première. Dès le début de son intervention, le représentant de la République du Chili a déclaré avoir à sa disposition de nouvelles preuves démontrant l'incompétence du Tribunal, brandissant littéralement la Décision n°43, Décision Ministérielle rendue quatre jours plus tôt, indemnisanit des tiers pour la confiscation des biens dont Monsieur Pey revendiquait la propriété.
25. Lors de la présentation de cette Décision n°43, la République du Chili a omis de mentionner l'existence de la Société ASINSA. Il s'agit d'une Société par actions préalablement créée au Chili par Maître Testa, conseiller externe du Chili au début de la procédure d'arbitrage, à la seule fin de porter les droits d'indemnisation sanctionnant l'expropriation du CPP S.A. et EPC Ltée. ASINSA a ainsi acquis, pour un prix symbolique, une partie des « prétendus » droits des héritiers de Messieurs Gonzalez, Venegas et autres. On n'a toujours pas dévoilé l'identité des véritables actionnaires d'ASINSA, qui se sont répartis le bénéfice de la Décision n°43<sup>12</sup>.
26. Ainsi, après avoir tenté d'entraver l'accès des Demanderesses au CIRDI par une intervention diplomatique, la République du Chili essayait à nouveau d'y mettre un terme par une décision administrative interne.
27. Bien que la République du Chili ait déclaré qu'elle fonderait une large partie de son argumentation sur ces nouveaux documents, elle a indiqué n'en remettre une copie à l'autre partie qu'à la fin de l'audience, soit après l'intervention des parties Demanderesses. Le Tribunal ne s'y est pas opposé malgré les protestations des représentants des Demanderesses. Les audiences se sont donc déroulées sans que les Demanderesses puissent prendre connaissance du contenu des pièces annoncées par la République du Chili, en particulier de la Décision n°43, ni, *a fortiori*, répondre aux allégations du Chili fondées sur ces documents.
28. A l'issue de l'audience, le Tribunal ne prononçait pas le rejet des nouvelles pièces communiquées par la République du Chili. Il indiquait néanmoins qu'il réservait sa décision en précisant qu'elle consisterait soit dans le rejet pur et simple de ces nouvelles pièces, soit dans leur acceptation en laissant toutefois à l'autre partie la possibilité de s'exprimer, mais en leur interdisant de communiquer de nouvelles pièces leur permettant de réfuter les allégations de la République du Chili et le contenu des documents nouvellement communiqués.

---

<sup>10</sup> Daté du 17 mars 1999 Pièce CN80f

<sup>11</sup> Pièce CN80f, pp. 41-52

<sup>12</sup> Voir notamment Pièces N81f, CN82f, CN86f, CN87f, CN110, CN111 ; C56 à C63 ; C75 à C78 ; C172 ; C176 ; C209

29. Quelques jours après l'audience et après sa clôture, le Centre communiquait aux parties Demandéresses copie des documents remis par la délégation chilienne au Tribunal arbitral. Suivaient alors de multiples lettres des Demandéresses au Tribunal sur la communication de ces documents, sans que le Tribunal ne réponde<sup>13</sup>.
30. Ce n'est que neuf mois plus tard, soit le 28 février 2001, que le Tribunal arbitral sortira de son silence pour indiquer que, contrairement à la compréhension des Demandéresses, la procédure n'avait pas été clôturée à l'issue de l'audience de mai 2000, le Tribunal ayant seulement prononcé la clôture du débat oral<sup>14</sup>. Le Tribunal restait silencieux sur le sort des documents remis par la République du Chili au cours de cette audience, et le droit de réponse invoqué par les Demandéresses. Le 8 mars 2001 ces dernières rappelaient au Tribunal que leur droit de défense n'était pas respecté<sup>15</sup>.
31. Quatre jours après, le 12 mars 2001, soit près d'un an après l'audience de mai 2000 sur la compétence, les Demandéresses prenaient acte de l'absence de clôture, du silence du Tribunal arbitral sur les documents communiqués par le Chili après la dernière audience de mai 2000. Les Demandéresses invitaient alors le Président à démissionner pour les raisons mentionnées dans leur courrier daté du même jour. A défaut de démission, elles indiquaient qu'elles demanderaient sa récusation<sup>16</sup>.

Le lendemain, le Président Rezek présentait sa démission au Centre, qui l'a acceptée<sup>17</sup>.

32. Il résulte des termes de ce courrier et de la séquence des faits, que la position des Demandéresses n'était en rien motivée par une prétendue violation du secret du délibéré comme tente de le faire croire la République du Chili de manière spéculative.
33. Le Tribunal sera reconstitué le 11 avril 2001 par la désignation du Professeur Lalive en qualité de Président du Tribunal, après que la République du Chili se soit opposée avec succès à la désignation de Madame Gabrielle Kauffmann-Kholer. Mme. Gabriela Alvarez, ressortissante du Mexique, a été désignée Secrétaire du Tribunal, en remplacement de Monsieur Gonzalo Flores<sup>18</sup>.
34. Le 1<sup>er</sup> mai 2001, le Président Lalive indiquait au Centre, en réponse à une demande formulée par la République du Chili, que le Tribunal arbitral constitué du Président Rezek n'avait pris aucune décision relative à la compétence du Tribunal arbitral. Il indiquait en outre qu'en dépit du retard pris par la procédure, il souhaitait entendre les Parties<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Pièces CN97f ; CN99f ; CN101f, CN115f, CN119f, CN120f

<sup>14</sup> Pièce CN119

<sup>15</sup> Pièce CN120f

<sup>16</sup> Pièce CN120bisf

<sup>17</sup> Pièce CN121

<sup>18</sup> Les Demandéresses ont appris, après le remplacement de Monsieur Florès, que sa femme bénéficiait d'une aide financière de l'État chilien pendant qu'il était Secrétaire du Tribunal arbitral dans la présente affaire.

<sup>19</sup> Pièce CN123f

35. Le 23 avril 2001, les Demandées ont déposé une demande de mesures conservatoires tendant à la suspension des effets de la Décision n°43 du 28 avril 2000<sup>20</sup>. Le 25 septembre 2001, le Tribunal arbitral rendait sa décision rejetant l'ensemble des mesures provisoires sollicitées par les deux Parties<sup>21</sup>.
36. Aujourd'hui la République du Chili entend se prévaloir de l'existence d'une prétendue contradiction entre la décision du Tribunal arbitral, rejetant les mesures conservatoires sollicitées par les Parties, et la Sentence, pour soutenir sa demande en nullité<sup>22</sup>. Non sans un certain cynisme, la République du Chili va jusqu'à soutenir qu'elle n'aurait pas été condamnée si le Tribunal avait prononcé la suspension de l'exécution de la Décision 43, comme l'y avaient invité les Demandées<sup>23</sup>. Au-delà de l'impudence de ces prétentions, elles sont l'une et l'autre sans fondement<sup>24</sup>.
37. Les 29 et 30 octobre 2001, le Tribunal arbitral a tenu une audience relative à sa compétence, à l'issue de laquelle, par décision du 8 mai 2002, le Tribunal a décidé à l'unanimité de joindre au fond les exceptions d'incompétence soulevées par la République du Chili<sup>25</sup>.
38. Une nouvelle ordonnance de procédure a alors été rendue par le Tribunal établissant un nouveau calendrier procédural pour le dépôt des écritures. C'est dans ce cadre que le 11 septembre 2002 les Demandées ont déposé deux mémoires, l'un intitulé Mémoire complémentaire sur la compétence et l'autre Mémoire complémentaire sur le fond<sup>26</sup>. Il convient d'ores et déjà de souligner que, contrairement à l'allégation de la République du Chili, les parties Demandées ont expressément formulé des demandes relatives au déni de justice et au traitement discriminatoire dont elles étaient victimes de la part de la République du Chili<sup>27</sup>.
39. Les échanges d'écritures se sont poursuivis jusqu'à l'audience des 5 au 7 mai 2003 à Washington D.C<sup>28</sup>. Pendant cette période, chacune des Parties a sollicité de l'autre la production de documents. Le Tribunal arbitral est intervenu pour ordonner la production de certaines pièces sollicitées<sup>29</sup>. Par ailleurs, les Parties ont soumis des rapports écrits d'experts, juridiques et financiers, ainsi que des attestations de témoins.
40. A l'issue de l'audience de 2003, le Tribunal arbitral a indiqué aux Parties qu'il se réservait le droit de demander des compléments d'information si nécessaire<sup>30</sup>, raison pour laquelle il ne clôturait pas la procédure. Il a par ailleurs demandé aux Parties si elles avaient des réserves à

<sup>20</sup> Pièce 121bisf

<sup>21</sup> Pièce CN128f

<sup>22</sup> Mémoire en annulation §§60; 125 et suivants; 587 et 712

<sup>23</sup> Mémoire en annulation §724

<sup>24</sup> Infra §572 et suivants

<sup>25</sup> Pièce CN133bisf

<sup>26</sup> Pièces CN143f et CN144f

<sup>27</sup> Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002, pp 124 à 127 Pièce CN144f

<sup>28</sup> Sentence §§ 28 à 32 et Pièces CN143f, CN144f, CN145f, CN147f, CN148, CN151f, CN152f, CN153f, CN154f, CN155f, CN156f

<sup>29</sup> Ordonnance de Procédure N° 10, du 3 décembre 2002

<sup>30</sup> Transcription de l'audience de mai 2003 et Pièce CN159

formuler sur le déroulement de la procédure, et de l'audience en particulier. Les Parties ont répondu qu'elles n'en avaient pas<sup>31</sup>.

41. Le 27 juin 2005, le Centre a informé les Parties que le Tribunal arbitral avait déposé au Centre un projet de sentence. Un coup de force a alors été élaboré par la délégation chilienne dont les éléments essentiels peuvent être résumés ainsi.
  42. Alors que le 12 août 2005, le Centre informait les Parties par téléphone que le Tribunal arbitral se réunirait à New York pour discuter du projet de Sentence, le 24 août, la délégation du Chili adressait un courrier au Centre demandant la récusation de l'entier Tribunal, se prévalant de l'extrême lenteur de la procédure, démonstration de l'incapacité ou de l'inhabilité du Tribunal à rendre une Sentence<sup>32</sup>. Cette requête de la République du Chili est communiquée par le Centre à la partie adverse et aux membres du Tribunal le 26 août 2005.
  43. Le même jour, Monsieur Galo Leoro Franco, désigné par la République du Chili, prenait acte de la demande de récusation du Chili et démissionnait du Tribunal arbitral<sup>33</sup>. La démission de Monsieur Franco sera notifiée aux Demandorées par le Centre le 31 août.
  44. Le 2 septembre 2005, le Président du Tribunal écrivait au Secrétaire Général du CIRDI pour protester contre la position soutenue par le Chili. Il indiquait dans son courrier :
- tout se passe comme si la République du Chili, ou bien avait été informée du contenu du projet de Sentence, ou bien avait des raisons de soupçonner que le Tribunal Arbitral était sur le point de décider en sa défaveur... Quoiqu'il est soit, la Requête de récusation apparaît comme une tentative in extremis d'une Partie pour empêcher par tous les moyens une décision connue de lui ou présumée comme lui étant défavorable<sup>34</sup>.*
- Cette lettre sera communiquée aux Parties, plus d'un mois plus tard, le 11 octobre 2005, quatre jours après que l'ancien Président de la Cour Internationale de Justice ait demandé au Secrétaire Général du CIRDI d'informer le Tribunal arbitral et les Parties Demandorées du contenu de sa réunion *ex parte* du 2 septembre avec une haute délégation de la Défenderesse.<sup>35</sup>
45. Le 5 septembre 2005, les Demandorées avaient formulé leur opposition à la demande de récusation de la République du Chili<sup>36</sup>.
  46. Le 6 septembre 2005, Monsieur Leoro Franco écrivait au CIRDI, rejetant les critiques formulées par les Demandorées dans leur lettre du 5 septembre<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Transcription audience de mai 2003 p. 173 et Pièce CN159

<sup>32</sup> Pièce CN172f

<sup>33</sup> Pièce CN173f

<sup>34</sup> Pièce CN174f

<sup>35</sup> Pièce CN183f

<sup>36</sup> Pièce CN175f

<sup>37</sup> Pièce CN176f

47. Le 8 septembre 2005, le Centre informait les membres du Tribunal et les parties Demandérisses qu'une réunion *ex parte* s'était tenue le 2 septembre 2005 à Washington D.C. entre le Secrétaire Général du Centre, d'une part, et le Ministre de l'Economie du Chili et l'Ambassadeur du Chili à Washington ainsi que d'autres membres de la délégation chilienne, dont M. Jorge Carey, d'autre part. Le Centre omettait de mentionner que le Chili avait indiqué avoir connaissance du contenu du projet de Sentence<sup>38</sup>. Dans sa lettre du 7 octobre 2005, Monsieur le Juge Bedjaoui notait la présence dans la délégation du Chili de l'ancien secrétaire du Tribunal Arbitral, M. Gonzalo Flores.
48. Le 16 septembre 2005, le Ministre de l'Economie du Chili adressait au Secrétaire Général du Centre le mémoire en récusation de la République du Chili<sup>39</sup>. Aux termes de ce mémoire, la demande de récusation de Monsieur Bedjaoui était fondée d'une part, sur l'incompatibilité de sa fonction d'arbitre et sa nouvelle nomination comme Ministre des Affaires Etrangères d'Algérie et, d'autre part, sur son "incapacité" à remplir ses fonctions d'arbitre. S'agissant du Professeur Lalive, outre son "incapacité" à remplir ses fonctions, la République du Chili se prévalait de l'état de santé de ce dernier.
49. Le 22 septembre 2005, le Centre indiquait aux membres du Tribunal et aux Parties Demandérisses qu'ils avaient jusqu'au 7 octobre pour adresser leurs observations sur la demande de récusation formulée par la République du Chili.
50. Les 4 et 7 octobre 2005, Messieurs Lalive, Bedjaoui et Franco adressaient leurs observations au Centre sur la demande de récusation et sur la démission de l'arbitre désigné par le Chili<sup>40</sup>. Le 23 octobre 2005, Monsieur Franco formulait des observations sur les courriers de Messieurs Lalive et Bedjaoui<sup>41</sup>. Le 8 novembre 2005, le Chili déposait un nouveau mémoire répondant aux observations des membres du Tribunal arbitral. C'est à cette occasion que pour la première fois, le Chili a tiré argument des propos tenus par Monsieur le juge Bedjaoui dans sa lettre du 7 octobre<sup>42</sup>. Les échanges se poursuivront jusqu'à fin novembre 2005<sup>43</sup>.
51. Finalement, le 2 décembre 2005, le Centre, sur l'insistance de Monsieur Bedjaoui dans sa lettre du 7 octobre, informait les Parties, et en particulier les Demandérisses, que lors de la réunion *ex parte* du 2 septembre 2005, la délégation chilienne avait indiqué au Centre que l'arbitre, Monsieur Galo Leoro Franco, lui avait communiqué le contenu du projet de sentence déposé au CIRDI en juin 2005 et d'un document que M. Leoro appelait projet de sentence de janvier 2004<sup>44</sup>.
52. Cette révélation entraînait de nouveaux échanges entre le Centre, les membres du Tribunal et les Parties jusqu'au 23 janvier 2006, date à laquelle le Centre a indiqué aux Parties que le

---

<sup>38</sup> Pièce CN188f

<sup>39</sup> Pièce CN179f

<sup>40</sup> Pièces CN181f, CN182f, CN183f

<sup>41</sup> Pièce CN184f

<sup>42</sup> Pièce CN185f

<sup>43</sup> Pièces CN186f, CN187f

<sup>44</sup> Pièce CN188f

Secrétaire Général du Centre formulerait une recommandation au Président du Conseil Administratif<sup>45</sup>.

53. Le 3 septembre 2010, les Demanderesses ont appris que le Secrétaire Général du Centre avait en janvier 2006 recommandé par écrit au Président du Conseil Administratif d'accepter la récusation du juge Bedjaoui sur la base de sa lettre du 7 octobre 2005 (écrite en dehors des délibérations et décisions du Tribunal, cinq mois après le dépôt du projet de Sentence au CIRDI qui mettait fin à huit années de procédure). Cette recommandation n'a pas été signifiée aux parties. Le 13 février 2006, le Secrétaire Général *par intérim* du Centre, indiquait aux Parties qu'il allait solliciter l'avis du Secrétaire Général de la Cour Permanente d'arbitrage de La Haye<sup>46</sup>. Le 21 février, le Centre informait les Parties que le Président du Conseil Administratif avait rejeté la demande de récusation du Président Lalive et accepté celle de Monsieur le juge Bedjaoui. Il invitait donc les Demanderesses à nommer un nouvel arbitre<sup>47</sup>. Les Demanderesses ont manifesté leur désaccord les 2, 9 et 20 mars 2006<sup>48</sup>.
54. Le 14 juillet 2006, le Tribunal arbitral était à nouveau constitué et comptait parmi ses membres, outre le Président Lalive, Monsieur Chemloul, désigné par les Demanderesses, et le Professeur Gaillard, désigné par le Centre après que la démission de Monsieur Galo Leoro Franco ait été refusée par les autres membres du Tribunal<sup>49</sup>.
55. Il convient de souligner que, la République du Chili s'était opposée à la désignation par le Centre du Professeur Gaillard et, avant cela, à celle du Professeur Brigitte Stern (cette fois avec succès)<sup>50</sup>.
56. Entre août et septembre 2006, le Tribunal arbitral a entendu les Parties sur l'opportunité d'une nouvelle audience orale et son contenu. A cette occasion, la République du Chili demandait au Tribunal qu'il autorise l'échange de nouvelles écritures notamment pour lui permettre la mise à jour de son argumentation avec l'évolution de la jurisprudence, sans plus se soucier du retard pris par la procédure qui l'avait conduite à demander la récusation de l'entier Tribunal un an plus tôt. Pour leur part, les Demanderesses ont indiqué au Tribunal que la Règle d'arbitrage N° 12 disposait que la procédure devait "*reprendre au point où elle était arrivée au moment où la vacance s'est produite*"<sup>51</sup>.
57. Par lettre du 13 septembre 2006, le Tribunal arbitral après avoir entendu les Parties a indiqué qu'elles pourraient s'exprimer au cours d'une audience orale sur un certain nombre de points, mais que la réouverture des débats écrits était exclue<sup>52</sup>.

<sup>45</sup> Pièces CN190f, CN191f, CN192f, CN193f, CN194f, CN195f, CN196f

<sup>46</sup> Pièce CN198f

<sup>47</sup> Pièce CN199f

<sup>48</sup> Pièces CN200 à CN202bisf

<sup>49</sup> Pièce CN203f

<sup>50</sup> Pièces CN204a à CN207

<sup>51</sup> Pièces CN208 à CN209f et la communication des Demanderesses du 16 août 2006

<sup>52</sup> Pièces CN208f et CN209f

58. Le 2 octobre 2006, le Tribunal communiquait aux Parties les questions sur lesquelles il souhaitait entendre les Parties lors d'une prochaine audience, questions portant exclusivement sur la compétence.
59. Le 24 octobre 2006, le Tribunal arbitral fixait la date de l'audience au 15 et 16 janvier 2007, à Paris.
60. Le 8 novembre 2006, la République du Chili demandait au Tribunal de reconsidérer sa décision de ne pas autoriser l'échange de nouvelles écritures et de limiter l'audience aux seules questions posées par le Tribunal. Elle demandait également au Tribunal l'autorisation de formuler des observations et commentaires écrits sur le projet de Sentence de 2005 -adressé à l'ensemble des Parties par le Tribunal pour respecter le principe de l'égalité entre les Parties-tout en indiquant d'ores et déjà que ce projet comportait de "graves insuffisances et lacunes" ainsi que des erreurs de faits<sup>53</sup>.
61. La République du Chili réitérait sa demande le 17 novembre 2006<sup>54</sup>.
62. Le comportement de la délégation du Chili a conduit le Tribunal arbitral à intervenir par Ordonnance de Procédure No. 14/2006. Ainsi, le Tribunal rejettait à nouveau la demande du Chili de soumettre des écritures supplémentaires ainsi que celle tendant à l'autoriser à formuler des commentaires sur le "projet de sentence" de septembre 2005<sup>55</sup>. A cet égard, le Tribunal indiquait :

*Attendu que les critiques de la défenderesse concernant ce document préparatoire interne sont non seulement irrecevables mais mal fondées, comme le révèlent notamment la lettre du 27 septembre 2006 de la défenderesse et l'appui qu'elle croit trouver, à tort, dans les récits de l'Ambassadeur Leoro-Franco et l'idée de ce dernier, manifestement inexacte, qu'un premier document préparatoire interne aurait constitué une "sentence arbitrale déjà approuvée à Paris (lettre du Chili du 27 septembre 2006, page 4 note 2),*

*Attendu qu'aucune des Parties n'est en droit de commenter d'une manière quelconque l'un ou l'autre des documents ou projets internes et préparatoires qui ont été ou seront échangés entre les Arbitres dans la délibération de la présente cause,*

*Que le principe du contradictoire n'a aucune application à la demande de communication de documents de travail internes couverts par le secret de délibérations (Article 15 du Règlement d'Arbitrage) ;*

*Attendu en outre qu'aucune des Parties ne saurait se prévaloir des communications que lui a faites unilatéralement un des Arbitres en violation de l'obligation de confidentialité des délibérations contenue aux Articles 6 et 15 de Règlement d'Arbitrage (voir aussi Ordonnance n° 13, pages 2 et 3).*

---

<sup>53</sup> Pièce RA-74

<sup>54</sup> Pièce RA-75

<sup>55</sup> Pièce CN209f

63. Quelques jours avant l'audience, la République du Chili a adressé au Tribunal arbitral et à la partie adverse la liste des membres de sa délégation, en y incluant pour la première fois Monsieur Cea. A l'ouverture de l'audience, le représentant du Ministre du Développement et de la Reconstruction a pris la parole pour présenter ce nouveau représentant de la délégation chilienne en insistant sur sa qualité de membre de la délégation chilienne. Lorsque Monsieur Cea a pris la parole, il a indiqué au Tribunal arbitral "*je suis venu ici devant vous en tant que Président de la Cour constitutionnelle chilienne*" (transcription en espagnol, page 52).
64. Par ce moyen détourné, la République du Chili a introduit, lors de la dernière audience un nouvel expert de droit dans la procédure –les Demandées s'y étaient opposées expressément le 12 janvier 2007<sup>56</sup>. Après son intervention au matin du 15 janvier, Monsieur Cea n'a plus participé aux audiences, empêchant de fait les Demandées et le Tribunal arbitral de l'interroger sur certains points de son intervention<sup>57</sup>.
65. Il est révélateur de noter que dans son Mémoire en annulation, la République du Chili présente l'intervention de Monsieur Cea comme un élément de preuve supplémentaire sur la nationalité de Monsieur Pey<sup>58</sup>. C'est pourtant bien la République du Chili qui, aujourd'hui, non sans audace, se plaint d'une prétendue violation du droit d'être entendu du fait que Monsieur Pey, véritable partie dans la procédure arbitrale, est intervenu oralement, en cette qualité, à chaque audience.
66. Le 18 juillet 2007, le Tribunal arbitral a invité les Parties à lui communiquer les documents relatifs au montant alloué aux bénéficiaires de la Décision n°43 du 28 avril 2000. Les Demandées répondaient dès le 19 juillet 2007. Le 3 octobre 2007, face au silence de la République du Chili, le Tribunal arbitral lui demandait à nouveau de se prononcer sur cette question, ce qu'elle fit le 29 octobre 2007<sup>59</sup>. Un échange est alors intervenu entre les Parties<sup>60</sup>.
67. Le 24 août 2007, en violation de l'Ordonnance de procédure n°14<sup>61</sup>, la République du Chili adressait au Tribunal arbitral deux nouvelles sentences rendues dans des affaires CIRDI soutenant qu'elles confirmaient la position du Chili sur l'incompétence du Tribunal, et en particulier l'effet "*non rétroactif*" de l'API. Les Demandées se sont opposées à cette nouvelle communication.
68. Par lettre du 3 octobre 2007, le Tribunal arbitral rejetait la communication des nouvelles pièces tout en indiquant qu'il était informé de l'évolution des développements "jurisprudentiels" et doctrinaux.
69. Après avoir demandé aux Parties de s'exprimer sur les frais et coûts de la procédure le Tribunal arbitral a clôturé l'instance le 31 janvier 2008 et a rendu sa Sentence le 8 mai 2008.

<sup>56</sup> Pièce CN211f.

<sup>57</sup> Pièce CN213, pages 53-54 ; 68-83

<sup>58</sup> Mémoire en annulation §429

<sup>59</sup> Pièce CN221

<sup>60</sup> Pièces CN215-CN240

<sup>61</sup> Pièce CN209f, p. 5 : « *1. la conclusion de la Défenderesse tendant à voir autoriser les Parties à soumettre des écritures supplémentaires est rejetée* ».

**(II) LA DEMANDE D'ANNULATION DE LA REPUBLIQUE DU CHILI EST DENUEE DE FONDEMENT**

**1. LA PRESENTATION ADOPTEE PAR LES INVESTISSEURS ESPAGNOLS**

70. Avant de répondre aux arguments développés par la République du Chili au soutien de sa demande d'annulation, les Demandées souhaitent indiquer au Comité *ad hoc* les raisons qui les ont conduites à adopter un plan sensiblement différent de celui du Mémoire en annulation.
71. La première raison tient à la nature du recours en annulation. Il n'est plus contesté aujourd'hui que le recours en annulation est une voie de recours extraordinaire dont l'objet est de "*garantir la légitimité du processus de décision et non la justesse de la sentence au fond*"<sup>62</sup>.
72. A cette fin, la mission du Comité *ad hoc* est de s'assurer d'une part, que la procédure d'arbitrage a été conduite conformément aux règles fondamentales de procédure appliquées par les tribunaux CIRDI et, d'autre part, que la Sentence ne souffre pas d'irrégularités.
73. Pour cette raison, les Demandées ont divisé leurs développements en deux parties, la première relative à la conduite de la procédure par le Tribunal arbitral dont la violation affecterait la Sentence dans son entier, la seconde relative aux fondements d'annulation soulevés par le Chili concernant les différentes parties de la Sentence. Par cette présentation, le Comité *ad hoc* sera plus à même de suivre le raisonnement du Tribunal pour aboutir à ses différentes conclusions.
74. La seconde raison tient à des considérations pratiques. En effet, comme le reconnaît la République du Chili, sa présentation entraîne nécessairement de nombreuses répétitions, augmentant ainsi la longueur de ses écritures. Selon les Demandées, la structure qu'elles proposent permet d'éviter, autant que faire se peut, de tomber dans ce travers.
75. A cet égard, les Demandées ont constaté, qu'à de nombreuses reprises, les arguments de la République du Chili sur une partie donnée de la Sentence sont articulés, quel que soit le fondement sous-jacent (excès de pouvoir manifeste, défaut de motivation, etc.), sur la base d'une prémissse erronée ou inexistante. Dès lors, la démonstration de l'inexactitude de cette prémissse permet de réfuter la position du Chili dans son ensemble, sans besoin de plus de

<sup>62</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans *RFCC c/ Royaume du Maroc*, CIRDI No.AR/00/6 du 18 janvier 2006 au §§220-226. Voir également dans le même sens, Décisions des Comités *ad hoc* dans les affaires : *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005 au §34; *MCI Power Group L.C. and New Turbine Inc. c/ Republic of Ecuador*; CIRDI No. ARB/03/6 du 19 octobre 2009 au §24; *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIRDI No. ARB/02/7 du 5 juin 2007 au §23; *Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Peru S.A. c/ Peru*, CIRDI No. ARB/03/4 du 5 septembre 2007 au §97

développements. C'est notamment le cas des arguments de la République du Chili sur les conclusions du Tribunal concernant le déni de justice et la violation du traitement juste et équitable<sup>63</sup>.

76. La troisième raison tient au fait que le Comité *ad hoc* dispose d'un certain degré d'appréciation dans sa décision d'annuler ou non la Sentence<sup>64</sup>. En particulier, il appartient au Comité *ad hoc* de décider de la portée d'une éventuelle décision d'annulation, dès lors qu'il considèrerait qu'il existe un fondement valable<sup>65</sup>. En l'espèce, nombre d'arguments de l'Etat du Chili n'ont vocation à affecter que certaines parties de la Sentence. Dès lors, si le Comité *ad hoc* devait considérer que certains de ces arguments sont fondés- ce que les Demandées contestent- la présentation adoptée par les Demandées lui permettra de déterminer si la Sentence en est affectée dans son intégralité, ou seulement partiellement, et d'en tirer les conséquences qui s'imposent.
77. Afin de faciliter la lecture du Comité *ad hoc*, les Demandées feront, pour chaque partie, un bref rappel de la position de la République du Chili, en se référant aux paragraphes pertinents de son Mémoire en annulation, avant de présenter leurs arguments de réponse. Elles exposeront également, quand nécessaire, les contours des fondements d'annulation de la Convention CIRDI, dégagés par les Comités *ad hoc* dans de précédentes affaires.
78. En conséquence, les Demandées aborderont, dans une première partie (2.), les fondements d'annulation relatifs à la conduite de la procédure que sont le refus du Tribunal d'entendre lors de la procédure orale les experts et les témoins des Parties (2.1), le rejet du Tribunal d'ordonner la communication des pièces sollicitées par la Défenderesse (2.2), et la prétendue partialité du Tribunal arbitral (2.3).
79. Dans une seconde partie (3.), les Demandées traiteront des arguments concernant les conclusions du Tribunal sur sa compétence (3.1) en commençant par les exigences de la Convention CIRDI, condition d'investissement (3.1.1) et condition de nationalité (3.1.2), puis les conditions du consentement du Chili au sens de l'API Espagne-Chili, à savoir l'existence d'un investissement (3.1.3) et la nationalité de l'investisseur (3.1.4). Les Demandées discuteront ensuite des fondements d'annulation soulevés par le Chili relatifs aux violations par l'Etat des dispositions de l'API retenues par le Tribunal arbitral, à savoir le déni de justice et le traitement discriminatoire (3.2). Enfin, la dernière section sera consacrée aux fondements d'annulation touchant au calcul du dommage (3.3).

<sup>63</sup> Voir infra §§ 489 et suivants

<sup>64</sup> En ce sens par exemple, Décisions des Comités *ad hoc* dans les affaires *M.I.N.E. c/ Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 du 14 décembre 1989 au §4.10 et *Compañía de Aguas des Aconquija S.A. and Vivendi Universal c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/97/3 du 3 juillet 2002 au §66

<sup>65</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compañía de Aguas des Aconquija S.A. and Vivendi Universal c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/97/3 du 3 juillet 2002 au §69

## 2. LES FONDEMENTS D'ANNULATION RELATIFS A LA CONDUITE DE LA PROCEDURE D'ARBITRAGE PAR LE TRIBUNAL

### 2.1 Le refus du Tribunal arbitral d'entendre les témoins factuels et les experts

#### 2.1.1 Le présumé refus opposé à la République du Chili de contre-interroger Monsieur Pey

##### (a) La position de la République du Chili

80. La République du Chili prétend que le Tribunal arbitral aurait autorisé, au cours de l'audience de mai 2003, l'audition de Monsieur Pey en qualité de témoin sans qu'il soit autorisé à le contre-interroger ou à faire entendre des témoins factuels permettant de contredire ses allégations. Selon elle, le comportement du Tribunal arbitral constituerait une violation (i) du droit d'être entendue<sup>66</sup> et (ii) de l'obligation de traitement juste et équitable<sup>67</sup>. Elle indique que les articles 32 et 35 du Règlement d'arbitrage conféreraient aux Parties "*an absolute right to present witnesses and experts at such hearing*"<sup>68</sup>. Ce droit serait confirmé par les règles IBA relatives à la preuve dans l'arbitrage international, qui bien que non applicables, sont le reflet des "*best practices*" dans les procédures d'arbitrage international et plus particulièrement par les articles IV (7) et IV (8)<sup>69</sup>.
81. La République du Chili prétend que le Tribunal arbitral l'aurait privée de l'opportunité de présenter, au cours de la procédure orale, ses témoins et experts, tout en acceptant le témoignage oral de Monsieur Pey. Elle prétend, en outre, que le Tribunal l'aurait empêchée de procéder au contre-interrogatoire de Monsieur Pey<sup>70</sup>.
82. Ce faisant, le Tribunal arbitral aurait manqué à son obligation de traiter les Parties de manières égalitaire. Il aurait également privé la Défenderesse de son droit d'être entendue. La République du Chili conclut que la Sentence doit être annulée en application de l'article 52(1) (d) de la Convention CIRDI.

##### (b) Les contours des fondements d'annulation retenus par le Chili: droit d'être entendu et traitement juste et équitable (article 52(1) (d))

<sup>66</sup> Mémoire en annulation §§257-269

<sup>67</sup> Mémoire en annulation §§279-298

<sup>68</sup> Mémoire en annulation §258

<sup>69</sup> Mémoire en annulation §258-260

<sup>70</sup> Mémoire en annulation §261

83. Il convient tout d'abord de souligner que l'annulation sur le fondement de l'article 52 (1) (d) n'a été prononcée que très rarement par un Comité *ad hoc*<sup>71</sup>.
84. Cela s'explique par l'article 52(1) (d) de la Convention qui requiert la réunion de deux conditions cumulatives : l'une tenant à la gravité de l'inobservation et l'autre au caractère fondamental de la règle de procédure prétendument violée<sup>72</sup>.
85. Cette double condition a été rappelé par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c/ Guinée* :

*5.05. Une première observation sur cette disposition concerne le terme « grave ». Pour constituer une cause d'annulation, l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure doit être grave. Le Comité considère que cela constitue un critère à la fois quantitatif et qualitatif : la violation doit être importante et de nature à priver une partie du bénéfice de la protection que la règle était destinée à lui fournir.*

*5.06. Une seconde observation concerne le terme « fondamental » : même une violation grave d'une règle de procédure ne constitue pas une cause d'annulation à moins que cette règle ne soit « fondamentale ». [...] Le terme « règle fondamentale de procédure » ne doit pas être compris comme incluant nécessairement toutes les règles du Règlement d'arbitrage du Centre.<sup>73</sup> (soulignement ajouté)*

86. Dès lors, en analysant la demande d'annulation de la République du Chili, le Comité *ad hoc* devra s'assurer que la violation alléguée par le Chili, si tant est qu'elle existe, est une violation grave et concerne une règle fondamentale de procédure.
87. Pour être qualifiée de grave, la méconnaissance de la règle doit avoir conduit le Tribunal à prendre une décision substantiellement différente de celle qu'il aurait prise s'il avait respecté ladite règle. Selon les termes employés par le Comité *ad hoc* dans la décision *MINE*, "*l'inobservation doit être substantielle et de nature à priver une partie du bénéfice de la protection que la règle était destinée à lui fournir*"<sup>74</sup>.
88. En outre, la violation doit porter sur une règle fondamentale de procédure, ce qui n'est pas contesté par la Défenderesse. Or, il résulte des travaux préparatoires de la Convention que toutes les règles de procédure prévues par le Règlement d'arbitrage ne sont pas fondamentales et qu'il faut entendre par règle de procédure fondamentale "*principles of natural justice*"<sup>75</sup>. S'il n'est pas contestable que le droit d'une partie d'être entendue est une règle fondamentale

<sup>71</sup> Tableau résumant les décisions des comités ad hoc dans les procédures d'annulation CIRDI (Annexe C)

<sup>72</sup> D. CARON, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process : Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal", *ICSID Rev. - FIJL* 1992, p. 42. et CH. SCHREUR, "Article 52 [Annulment]" in *The ICSID Convention : a commentary*, Cambridge, 2009, §§280-283, p. 980.

<sup>73</sup> E. GAILLARD, « Décision du 22 décembre 1989 » in CIRDI - Chronique des sentences arbitrales, *J.D.I.* 1991, p. 108.

<sup>74</sup> E. GAILLARD, « Décision du 5 février 2002 » in CIRDI - Chronique des sentences arbitrales, *J.D.I.* 2003, p. 180.

<sup>75</sup> CH. SCHREUR *The ICSID Convention : a commentary*, Cambridge, 2009, §279, p.980

de procédure, son respect requiert que chaque partie ait eu l'opportunité suffisante de présenter ses argumentations écrites et orales sur les questions soulevées<sup>76</sup>.

89. En revanche, cette règle n'impose pas au Tribunal arbitral d'entendre, au cours d'une audience, l'ensemble des témoins et experts pour lesquels les Parties ont soumis une attestation ou un rapport écrit, ni d'organiser des contre interrogatoires.

90. Ceci a été rappelé par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE* en ces termes : "Le terme « règle fondamentale de procédure » ne doit pas être compris comme incluant nécessairement toutes les règles du Règlement d'arbitrage du Centre".<sup>77</sup>

91. Cette limite s'explique notamment par le fait, que le Tribunal arbitral dispose d'une grande liberté dans la conduite de la procédure en général, et des audiences en particulier. Il est ainsi libre de décider si un témoignage est utile à sa compréhension du dossier. A cet égard, l'article 34 du Règlement d'Arbitrage CIRDI dispose :

*Le Tribunal est juge de la recevabilité de toute preuve invoquée et de sa valeur probatoire.*

*Le Tribunal peut, s'il le juge nécessaire, à tout moment de l'instance: (a) requérir les Parties de produire des documents, de citer des témoins ou de faire entendre des experts (...) (soulignement ajouté).*

92. Selon les Commentaires du CIRDI (1982) relatifs à l'article 34 du Règlement d'Arbitrage CIRDI, cette discrétion de l'arbitre s'applique à l'audition des témoins comme aux autres moyens de preuve :

A. *Le paragraphe (1) du présent Article s'inspire d'une pratique internationale de longue date. Il confère au Tribunal le pouvoir de déterminer la recevabilité, la pertinence et la valeur des preuves. Par conséquent, le Tribunal a le plein pouvoir de décider si une preuve particulière (par exemple des documents, interrogatoires, dépositions écrites, dépositions verbales par des témoins et experts faites devant le Tribunal ou devant un commissaire chargé de l'audition) est recevable. Il a également toute liberté, sous réserve du principe de l'égalité des parties, pour déterminer s'il doit tenir compte d'une preuve et quel poids lui accorder, c'est-à-dire établir sa "valeur probatoire". Le Tribunal peut ainsi apprécier le "poids" de la preuve selon que les probabilités font pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Enfin, il n'est pas tenu de fonder ses conclusions seulement sur des preuves: il peut tenir compte de certains faits proprio motu.*

<sup>76</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compania de Aguas del Acouquia SA et Vivendi Universal c/ Republic Argentine*, CIRDI No. ARB/91/3 du 3 juillet 2002 §83

<sup>77</sup> E. GAILLARD, « Décision du 22 décembre 1989 » in CIRDI - Chronique des sentences arbitrales, J.D.I. 1991, p. 108.

93. L'interprétation par le Chili des articles 32(1) et 35(1) du Règlement d'arbitrage en vue d'imposer au Tribunal d'entendre les témoins et experts présentés par les Parties est donc erronée.
94. L'article 32(1) du Règlement prévoit "*la procédure orale consiste en l'audition par le Tribunal des parties, de leurs agents, conseillers et avocats, et des témoins et experts*". L'objet de cet article vise à décrire le déroulement de la procédure orale, celui-ci s'inscrivant sous le Chapitre IV du Règlement d'arbitrage qui évoque les différentes phases de la procédure (écrite et orale). En revanche, il ne remet pas en cause le pouvoir du Président de mener les débats comme il l'entend.
95. L'article 35(1) du Règlement dispose quant à lui : "*les témoins et experts sont interrogés devant le Tribunal par les parties sous le contrôle du Président du Tribunal. Tout membre du Tribunal peut aussi leur poser des questions*". Là encore cet article n'a pas vocation à imposer au Tribunal d'entendre les témoins et experts qui ont soumis une déclaration ou un rapport écrit. Il a plus modestement pour objet de définir le déroulement de cette phase de la procédure orale.
96. L'article 36 (1) du Règlement d'arbitrage vient confirmer cette interprétation puisqu'il offre la possibilité au Tribunal "*de prendre en considération toute preuve présentée par un témoin ou expert sous la forme d'une déposition écrite*". La République du Chili soutient que cette exception n'a vocation à s'appliquer que lorsque "*les parties ou les témoins ne souhaitent pas se présenter à l'audience*" afin de pallier l'absence de pouvoir de coercition du Tribunal<sup>78</sup>. Cette interprétation de l'article 36 est inexacte. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'intégralité des commentaires de l'article 36.
97. L'argumentaire développé par la Défenderesse concernant les Règles IBA sur les moyens de preuve est également dénué de fondement. En effet, outre le caractère indicatif desdites règles, les articles IV(7) et IV(8) des Règles IBA cités par la Défenderesse doivent être lus à la lumière de l'article VIII(1)<sup>79</sup> relatif à la conduite de l'audience par le Tribunal. Cet article confère le contrôle des audiences au Tribunal arbitral. Il indique :
- 1. The Arbitral Tribunal shall at all times have complete control over the Evidentiary Hearing. The Arbitral Tribunal may limit or exclude any question to, answer by or appearance of a witness (which term includes, for the purposes of this Article, witnesses of fact and any Experts), if it considers such question, answer or appearance to be irrelevant, immaterial, burdensome, duplicative or covered by a reason for objection set forth in Article 9.2.* (soulignement ajouté)
98. Cette interprétation est confirmée par la doctrine. Ainsi, l'ouvrage de Poudret et Besson - *Droit comparé de l'arbitrage international*, indique que :

<sup>78</sup> Mémoire en annulation §260

<sup>79</sup> Repris, avec des modifications mineures, dans la Règle 8(2) des Règles du 29 mai 2010, qui renforce encore les pouvoirs du Tribunal arbitral.

*Sauf accord particulier entre les parties, le tribunal arbitral est également libre de diriger l'audience et de régler les modalités de la déposition des témoins. Comme l'exprime l'art. 8.1 des Règles IBA 1999, "The Arbitral Tribunal shall at all times have complete control over the Evidentiary Hearing", ce que les arbitres aiment rappeler dans l'acte de mission ou une ordonnance préparatoire avant l'audience. Ce pouvoir leur permet en particulier de limiter le temps de parole de chaque intervenant, de refuser un contre-interrogatoire ou d'autoriser un témoin à ne pas répondre à une question... Le tribunal arbitral n'est pas tenu d'entendre tous les témoins proposés par les parties. Il peut en particulier refuser une audition si celle-ci n'est pas pertinente. Sauf circonstances particulières, un tel rejet ne saurait constituer une violation du droit d'être entendu justifiant l'annulation de la sentence.* (soulignement ajouté)<sup>80</sup>

99. S'il est vrai que les Règles IBA ne sont pas directement applicables à la procédure d'arbitrage, l'article VIII(1) de ces Règles reflète la pratique générale en arbitrage international, comme l'a souligné la Défenderesse.
100. On peut ainsi lire dans le Traité de l'arbitrage commercial international de Messieurs Poudret et Besson "*la décision de recourir à des témoins appartient au tribunal arbitral. Celui-ci a toute liberté pour refuser d'entendre des témoins proposés par une partie s'il s'estime suffisamment informé des faits de la cause par les autres éléments de preuve. Sa sentence ne saurait être critiquée au motif d'un tel refus*"<sup>81</sup>.
101. Il résulte de ce qui précède que l'impossibilité de contre-interroger un témoin, comme le refus du Tribunal arbitral d'entendre les témoins et/ou experts au cours d'une audience orale, ne sauraient être considérés comme une violation d'une règle fondamentale de procédure.
102. En tout état de cause, il ne saurait s'agir d'une violation grave dès lors que le tribunal avait à sa disposition les attestations écrites et les rapports d'experts lui permettant de se forger une opinion. Dès lors, l'absence de témoignages oraux n'a pu manifestement conduire le Tribunal à rendre une décision substantiellement différente.
103. De la même manière, l'obligation de traitement juste et équitable d'une partie pendant la procédure, requiert du Tribunal qu'il traite les Parties de manière impartiale et égalitaire. En d'autres termes, selon ce principe, un Tribunal arbitral ne doit pas favoriser une partie au détriment d'une autre dans ses décisions procédurales ou lui accorder un avantage procédural. Cela ne signifie pas pour autant que le Tribunal doive rendre des décisions à tout point de vue égal concernant les différentes demandes des Parties. En particulier, le Tribunal n'est pas tenu d'ordonner la production de documents sollicités par une partie dès lors qu'il aurait accédé à la demande de l'autre partie. En l'espèce, tel n'a pas été le cas.

<sup>80</sup> Poudret-Besson, "Droit comparé de l'Arbitrage International" §6.4.3.3

<sup>81</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international §1277, également Ph. Pinsolle et R. Kreindler "Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale" Rev. Arb. 2003, n°1. 41 ; Yves Derains et E. Schwartz "A guid to the New ICC Rules of Arbitration" p. 256.

104. En tout état de cause, ainsi qu'il le sera démontré ci-dessous, le Tribunal a permis aux deux Parties de présenter leurs arguments sur l'ensemble du dossier et a toujours accordé une grande attention au respect du principe d'égalité entre les Parties.

(c) Les prétentions de la République du Chili sont sans fondement

105. A titre préliminaire, il convient de rappeler que les allégations de la République du Chili concernant le refus du Tribunal d'entendre des témoins et experts ainsi que l'impossibilité qui en a découlé pour la Défenderesse de contre-interroger Monsieur Pey concernent le déroulement de l'audience de mai 2003<sup>82</sup>.

106. Or, à l'issue de la dernière journée de l'audience, le Président du Tribunal a demandé aux Parties, comme il est souvent de tradition, si elles avaient des observations à formuler sur le déroulement de l'audience et plus particulièrement "*des critiques ou des réserves à noter au procès verbal*"<sup>83</sup>. En dehors de l'utilisation de pièces au cours de l'audience et de la question de la remise d'un dossier de plaidoiries qui ont été discutées entre les Parties, la République du Chili n'a formulé aucune réserve.

107. La Défenderesse n'a pas non plus formulé de réserves ou d'observations particulières à l'issue de l'audience de janvier 2007. Cette absence de réserve de la part de la République du Chili doit être, en application des articles 27<sup>84</sup> et 53 du Règlement d'arbitrage, considérée comme une renonciation à se prévaloir de prétendus manquements de la part du Tribunal, en particulier sur des violations qui se seraient déroulées au cours de l'audience de mai 2003<sup>85</sup>.

108. A cet égard, les Demandées renverront à la décision rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*. Dans cette affaire, la République des Seychelles soutenaient que le Tribunal avait fait preuve de partialité à son égard parce qu'il avait refusé d'entendre les témoins proposés par l'Etat. La République soutenait que "*whether the witnesses should be called to testify on its behalf before the Arbitrator was entirely for the Republic.*"<sup>86</sup>.

109. Le Comité *ad hoc* a rejeté la prétention de la République des Seychelles considérant "*as an initial matter, the Republic's allegation appears vulnerable to the point that it failed to challenge Sir Anthony's alleged, improper conduct at any time prior to the issuance of the Award, even though all of the conduct to which objection now is made (excluding fact of the*

<sup>82</sup> Mémoire en annulation §§257 et 279

<sup>83</sup> Transcription de l'audience de mai 2003 pp 626-627, Pièce CN159

<sup>84</sup> L'article 27 du Règlement d'arbitrage CIRDI dispose : *Une partie qui a ou devait avoir connaissance d'un fait qu'une disposition du Règlement administratif et financier, du présent Règlement ou de tout autre Règlement ou accord applicable à la procédure, ou d'une ordonnance du Tribunal, n'a pas été observée, et qui s'abstient de faire valoir promptement ses objections à ce sujet, est réputée avoir renoncé à ses droits d'objection, sous réserve des dispositions de l'article 45 de la Convention.*

<sup>85</sup> CH. SCHREUR *The ICSID Convention : a commentary*, Cambridge, 2009 §334, pp.994-995

<sup>86</sup> Décision Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/04 du 29 juin 2005 §51

*Award itself) occurred not later than during the preliminary hearing. (...) In the absence of having challenged Sir Anthony on the basis now asserted at any time during the 147 days that followed the conclusion of the preliminary hearing on July 23, 2003 and issuance of the Award December 17, 2003, the Republic must be deemed to have waived any such objection"<sup>87</sup>.*

- 110. N'ayant pas formulé d'objection à l'issue de l'audience de mai 2003, la République du Chili ne peut, aujourd'hui, fonder l'annulation de la Sentence sur des prétendus manquements du Tribunal au cours de la procédure, et en particulier à l'occasion de cette audience ou de son organisation.
- 111. En tout état de cause, l'absence de réserves de la Défenderesse démontre l'absence de gravité du manquement allégué.
- 112. En conséquence, le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1) (d) de la Convention concernant les faits qui se sont déroulés avant mai 2003, et en particulier au cours de l'audience de mai 2003.
- 113. En outre, ainsi qu'il le sera démontré, le Tribunal n'a pas manqué à ses obligations à l'égard de la république du Chili.

*(i) Monsieur Pey entendu en qualité de partie (et non de témoin)*

- 114. La République du Chili soutient que Monsieur Pey est intervenu en tant que témoin dans la procédure<sup>88</sup>. Cette affirmation est inexacte.
- 115. Il résulte de la lecture des transcriptions des audiences du 29-30 octobre 2001, ainsi que de celles du 5 mai 2003, que Monsieur Pey est intervenu en qualité de représentant des Demandanderesses (1), ce que la République du Chili a admis (2), ainsi que le Tribunal (3).

(1) M. Pey est intervenu en qualité de partie Demandanderesse et non de témoin

- 116. Lors de l'audience du 29 octobre 2001, Maitre Garcés (avocat pour les Demandanderesses) a clairement indiqué que Monsieur Pey intervenait "*en sa qualité de partie demandanderesse*" en réponse aux interrogations du conseil de la République de Chili :

*M. Goodman (conseil du Chili): Je voudrais seulement savoir si M. Pey Casado va parler comme témoin ou comme avocat, parce que, bien sûr, il n'était pas annoncé dans la note de la part de M. Pey Casado*

---

<sup>87</sup> Ibid §53

<sup>88</sup> Mémoire en annulation §257

*Président: Me Garcés, voulez-vous essayer de répondre à cette question ?*

*M. Garcés: Très volontiers. Nous avons annoncé la présence de M. Pey Casado dans la communication que nous avons envoyée le 19 octobre au Centre, cela a été communiqué à l'autre partie. M. Pey Casado, bien entendu, parle dans sa condition de "claimant", claimant, de partie demanderesse. Et il est à la disposition bien entendu du Tribunal pour lui poser des questions, si vous voulez poser des questions sur les faits qu'il peut expliquer en première personne.*

*Président: Si je vous comprends bien, c'est une question d'interprétation, il apparaît comme «claimant» - c'est bien cela ?*

*M. Garcés: Absolument.<sup>89</sup>*

117. S'agissant de l'audience du 5 mai 2003, alors que le conseil des Demanderesse proposait de passer la parole à Monsieur Pey sur un sujet précis, la Défenderesse est intervenue :

*LE PRÉSIDENT : Nous avons déjà entendu M. Pey. Par conséquent, je ne vois pas qu'il puisse y avoir des objections à ce qu'il expose le point de vue de la partie demanderesse. Vous avez la parole.*

*M GOODMAN : Monsieur le président ?*

*LE PRÉSIDENT : Maître Goodman.*

*M GOODMAN : C'était en 2001, en octobre à l'audience, que je demandais une question et c'était s'il témoignait comme témoin ou comme représentant d'une des Demanderesse, mais je vois que maintenant il témoigne comme représentant et alors ce qu'il va dire n'a aucune pertinence probatoire parce qu'il va parler des faits, s'il parle des faits. Il parle comme si c'était M. Garcés qui parle. Est-ce que j'ai raison ?*

*LE PRÉSIDENT : J'avais interprété personnellement, mais je réserve, évidemment, de consulter mes collègues s'il y avait un problème, mais j'avais cru dire en introduction que nous n'entendions pas de témoins. Par conséquent, le problème de la valeur d'un témoignage ne me paraît pas se poser à ce stade. Nous entendons d'un côté comme de l'autre. D'ailleurs toute personne qui fait partie de la délégation va exposer à sa manière le point de vue de cette délégation. Par conséquent, je crois qu'il n'y a pas... mais je comprends votre souci, qui a d'ailleurs déjà été exprimé dans la correspondance, ça ne nous a pas échappé. En tout cas, le cas de M. Pey est simple. La question pourrait être différente si quelqu'un d'autre que nous n'avons pas entendu prétendait ici témoigner. Pour l'instant nous n'entendons pas de témoins.*

*Je ne sais pas si cette précision vous satisfait ou pas.*

*M GOODMAN : Oui, c'est bien, monsieur.<sup>90</sup>*

---

<sup>89</sup> Transcription du 29 octobre 2001, p. 82

<sup>90</sup> Transcription de l'audience du 5 mai 2003, pp 97-98, Pièce CN159

- (2) Les conseils de la République du Chili ont reconnu que Monsieur Pey intervenait en cette qualité
118. La République du Chili a reconnu que Monsieur Pey est intervenu en qualité de "partie requérante" lors des audiences du 30 octobre 2001 et du 5 mai 2003.
119. En effet, le 30 octobre 2001 M. Goodman en se référant à l'intervention de Monsieur Pey à l'audience du 29 octobre, précisait que c'était une "(...) *déclaration que M. Pey Casado a faite hier en tant que partie requérante (...)*"<sup>91</sup>.
120. De nouveau lors de l'audience du 5 mai 2003, le conseil de la partie Défenderesse précisait, au sujet de Monsieur Pey "je vois que maintenant il témoigne comme représentant (...)"<sup>92</sup>.
- (3) le Tribunal entendait les intervenants des deux Parties non comme témoins mais bien comme "Parties"
121. Il résulte de ces déclarations que Monsieur Pey intervenait en qualité de partie, comme le représentant de l'Etat pouvait intervenir et comme Monsieur Cea, Président de la Cour Constitutionnelle, est intervenu au cours de l'audience de janvier 2007.
122. Il était donc clair pour tous, y compris la République du Chili, que Monsieur Pey s'exprimait en qualité de partie et non en qualité de témoin de fait. Le Tribunal a confirmé sa compréhension plusieurs fois. Dès lors, les faits mentionnés par Monsieur Pey seraient appréhendés comme de simples éléments de l'argumentaire des Demandereuses, et non comme des éléments de preuve *stricto sensu*.
123. En tout état de cause, la République du Chili n'a jamais demandé à interroger Monsieur Pey. Quand bien même elle l'aurait demandé au cours de l'audience, l'impossibilité de l'interroger ne saurait être considérée comme une violation *grave d'une* règle fondamentale de procédure<sup>93</sup>.
124. De plus, ainsi qu'il le sera démontré ci-dessous, et comme le Tribunal l'avait indiqué, il n'a pas accordé de valeur probatoire à l'exposé de Monsieur Pey.

<sup>91</sup> Transcription de l'audience du 30 octobre 2001, français, partie 1, p. 3

<sup>92</sup> Transcription de l'audience du 5 mai 2003 p. 96, Pièce CN159

<sup>93</sup> Supra§§88et suivants

*(ii) Le Tribunal arbitral n'a pas traité la République du Chili différemment des investisseurs*

125. Contrairement aux allégations du Chili, le Tribunal arbitral n'a pas traité la République du Chili de manière injuste ou inéquitable. A ce titre, il est important de souligner que s'agissant de l'audience de mai 2003, le Tribunal a informé les deux Parties qu'il ne souhaitait entendre ni les témoins factuels ni les experts juridiques, à ce stade de la procédure. Ainsi, le 23 avril 2003, le Centre écrivait aux Parties en ces termes :

*Le Président du Tribunal m'a demandé de vous informer que le Tribunal arbitral à ce stade et avant d'entendre les arguments oraux des Parties, ne voit pas le besoin d'entendre des témoins ou des experts<sup>94</sup>.*

126. Cette décision appartenait au Tribunal arbitral qui avait le pouvoir de conduire la procédure comme il l'entendait. En tout état de cause, il a permis à chacune des Parties de présenter ses arguments oraux tant sur la compétence du Tribunal que sur le fond, ainsi que de répondre aux questions que le Tribunal a posées à toutes les Parties sur un pied d'égalité<sup>95</sup>

127. On soulignera également que la République du Chili n'a pas demandé à faire entendre de témoins de fait. Ainsi, dans sa lettre au Tribunal du 16 avril 2003, la République du Chili indiquait :

*En ce qui concerne les témoins qui seront présentés par la République du Chili à l'audience, dans le cas où les Demandeur·es présenteraient seulement MM. Pey et Arraez, la République du Chili à son tour présenterait uniquement l'expert Brent Kaczmarek en tant que témoin-expert.<sup>96</sup>*

128. Messieurs Arraez et Kaczmarek étaient les experts respectivement missionnés par les Demandeur·es et la République du Chili pour évaluer le préjudice subi par les Demandeur·es. Dès lors, même si Monsieur Pey était intervenu en qualité de témoin, quod non, la République du Chili n'aurait pas été traitée de manière inéquitable puisqu'elle n'a pas souhaité présenter de témoins factuels en vue de contredire les dires de Monsieur Pey. On ne comprend dès lors pas comment le Tribunal aurait pu violer le principe d'égalité entre les Parties pour ne pas avoir laissé l'opportunité à la Défenderesse de présenter des témoins de fait<sup>97</sup>.

129. De plus, le Comité *ad hoc* se souviendra qu'au cours de l'audience des 15 et 16 janvier 2007, la République du Chili a tenté d'introduire un nouvel expert juridique en intégrant dans sa délégation, Monsieur Cea, Président de la Cour Constitutionnelle chilienne<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Pièce RA-73

<sup>95</sup> Transcription des audiences du 6 mai 2003 et 16 janvier 2007, Pièces CN159 et CN214

<sup>96</sup> Pièce RA-70

<sup>97</sup> Mémoire en annulation §280(4)

<sup>98</sup> Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, CN213

130. Le Tribunal arbitral ne s'est pas opposé à cette intervention qui avait pour seul objectif de faire entendre un nouvel "*expert*" de droit constitutionnel chilien, sans dépôt préalable d'un rapport écrit. En effet, à la différence de Monsieur Pey, partie à la procédure, Monsieur Cea a été intégré à l'équipe de défense de la République du Chili, sans accord préalable du Tribunal ou de la partie adverse, au seul motif qu'il était Président de la Cour Constitutionnelle chilienne. Sa déposition faite, il a quitté l'audience sans prévenir ni le Tribunal ni les Demandées<sup>99</sup>.

131. Le Tribunal arbitral a autorisé la participation de Monsieur Cea en qualité de représentant d'une partie en dépit de l'objection des Demandées<sup>100</sup>. Le Tribunal n'a pas, à cet égard, violé le principe d'égalité des Parties - en tout cas à l'encontre de la République du Chili.

*(iii) L'exposé de Monsieur Pey n'a pas été retenu comme preuve par le Tribunal arbitral*

132. Pour que l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure puisse donner lieu à annulation, "*elle doit avoir conduit le Tribunal à prendre une décision substantiellement différente de celle qu'il aurait prise s'il avait respecté la dite règle*"<sup>101</sup>. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

133. La République du Chili soutient que le Tribunal arbitral se serait appuyé exclusivement sur le "témoignage" de Monsieur Pey notamment pour décider de la propriété des actions de CPP S.A. et EPC Ltée<sup>102</sup>. Elle relève à cet égard que la Sentence fait référence, à plusieurs reprises, à l'exposé de Monsieur Pey lors de l'audience de mai 2003<sup>103</sup>.

134. Cette affirmation est sans fondement. Lorsque, dans la Sentence, le Tribunal rappelle les faits en se référant à l'exposé de Monsieur Pey, il confirme qu'il ne s'agit que d'un argumentaire et non d'un élément de preuve. A ce titre, la Sentence indique qu'il s'agit d'"*allégations*" de la partie Demandée.

135. Ainsi, au paragraphe 63 de la Sentence, le Tribunal indique:

*§63 Il est allégué que M. Sainte Marie, en 1972, pour des "raisons strictement personnelles" et semble t-il d'ordre familial a décidé de vendre la société CPP S.A à son ami M. Pey Casado, lequel depuis des années, 1957-1958 l'avait assisté en tant que collaborateur et conseiller technique, notamment pour le développement et l'orientation de l'entreprise et était devenu "son collaborateur le plus étroit", le vendeur souhaitait en effet "quitter le pays pour toujours et de façon totale". C'est*

<sup>99</sup> Supra§62

<sup>100</sup> Pièce CN211 et transcription de l'audience du 15 janvier 2007, Pièce CN213 pp 53-54 et 68-83

<sup>101</sup> Décision du Comité ad hoc dans l'affaire *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI N°. ARB/98/4 du 5 février 2002, § 58, J.D.I 2008 n°1, pp. 167-195

<sup>102</sup> Mémoire en annulations §264

<sup>103</sup> Mémoire en annulation § 264 à 265 visant les paragraphes 63 et 233 et les notes de bas de page §31, §109 et §133 de la Sentence

*la raison pour laquelle, selon M. Pey Casado, le "mécanisme de transfert de l'entreprise" se serait déroulé de façon rapide et moins formelle qu'il est d'usage sur le plan commercial. (Soulignement ajouté)*

136. Il est également remarquable que les faits résultant de la déclaration de Monsieur Pey ne sont en rien déterminants sur la décision du Tribunal. Ils n'ont pour but que de replacer la vente des titres par Monsieur Sainte-Marie à Monsieur Pey dans leur contexte –faits systématiquement corroborés, par de nombreuses pièces contemporaines figurant au dossier.
137. Les deux autres références à l'intervention de Monsieur Pey dans la partie factuelle de la Sentence sont tout aussi exemplaires<sup>104</sup>. S'agissant des références à l'exposé de Monsieur Pey dans le dispositif de la sentence, et en particulier pour décider de la propriété des actions de CPP S.A et de EPC Ltée., les éléments déterminants se trouvaient dans les pièces du dossier<sup>105</sup>.
138. Ainsi l'existence de liens d'amitiés entre Monsieur Pey et Monsieur Sainte-Marie, résultait des multiples témoignages contemporains concordants figurant dans le dossier, y compris celui de Monsieur Osvaldo Sainte-Marie (frère de Dario) entre 1974 et 1976, ainsi que de diverses lettres de Monsieur Sainte-Marie lui-même à Monsieur Pey dont celles des 29 décembre 1976, 6 juin 1977, 9 octobre 1977, 16 février 1978<sup>106</sup>. Que ces liens aient été confirmés par Monsieur Pey lors de son intervention est tout à fait naturel.
139. En second lieu, contrairement à l'affirmation de la République du Chili<sup>107</sup>, la conclusion du Tribunal au paragraphe 228 de la Sentence n'est en rien liée aux relations d'amitiés existantes entre Monsieur Pey et Monsieur Sainte-Marie. A ce titre, il suffit de citer le paragraphe 228 de la Sentence dans son intégralité :

*En l'absence de délai spécifique imposé par la législation en vigueur de procéder aux formalités requises, M. Pey Casado aurait pu remédier à cette inopposabilité en procédant aux formalités nécessaires, ce dont il a été empêché par la saisie de ses titres. Contrairement à ce que soutient la défenderesse, le fait que M. Pey Casado n'ait pas procédé à l'accomplissement des formalités en questions avant la saisie de ses titres ne signifie pas qu'il ne pouvait pas le faire. Tout en continuant à se conformer à la réglementation sur le nombre minimal d'actionnaires, M. Pey Casado était bien en mesure de procéder aux formalités requises, et avait de l'avis du Tribunal, très vraisemblablement l'intention d'y procéder dès que la situation politique et économique le permettrait.*

140. Enfin, la référence de la République du Chili au paragraphe 233 de la Sentence n'est d'aucune aide. En effet, la référence faite par le Tribunal à la déclaration de Monsieur Pey se trouve à la note de bas de page n°190 et concerne l'affirmation selon laquelle le journal El Clarin était largement diffusé. Au-delà du fait que cet élément n'est en rien déterminant dans la conclusion

<sup>104</sup> Sentence §88 et §101

<sup>105</sup> Sentence §101, voir à cet égard une synthèse dans la Réplique sur la compétence et le fond du 23 février 2003, Pièce CN155f, pp. 23-65

<sup>106</sup> Pièces C156 à C159

<sup>107</sup> Mémoire en annulation §288

du Tribunal et qu'il n'est pas contesté, le Tribunal cite à l'appui de son affirmation non seulement la déclaration de Monsieur Pey mais également celle de Maître Garcés, conseil des Demandées, et la pièce C-84.

141. En réalité, chaque référence par le Tribunal à la déclaration de Monsieur Pey, visait soit à replacer les faits dans leur contexte, soit à confirmer sa compréhension des faits, déjà acquise de l'analyse des pièces du dossier. Dès lors, le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la République du Chili sur ce fondement.

## 2.1.2 Le refus du Tribunal arbitral d'entendre les experts des Parties

### (a) La position de la République du Chili

142. La République du Chili soutient également qu'elle a été privée du droit d'être entendue au motif que le Tribunal arbitral aurait refusé d'entendre ses experts dont Monsieur Kaczmarek. Selon la Défenderesse, le Tribunal était tenu de l'entendre à l'occasion de l'audience de mai 2003, dès lors qu'elle en avait fait la demande.

### (b) La prétention de la République du Chili est sans fondement

143. Pour les raisons déjà exposées<sup>108</sup>, l'argumentaire de la Défenderesse est erroné. En effet, l'audition d'un expert, quand bien même celle-ci serait demandée par l'une des parties, relève de la discrétion de Tribunal arbitral.

144. La liberté dont jouit le Tribunal dans la conduite de la procédure a été acceptée et reconnue par les deux Parties dans leurs correspondances. Les Demandées ont ainsi écrit le 11 avril 2003 que "*conformément à la Règle d'Arbitrage N° 14, le Tribunal arbitral dispose de la plus grande liberté et flexibilité pour conduire les audiences afin qu'elles produisent le maximum de résultats sans être limité par les suggestions de la défenderesse*"<sup>109</sup>.

145. Dans sa réponse du 16 avril 2003, la République du Chili a accepté le principe et indiqué que "*Concernant les aspects procéduraux de l'audience, le Tribunal jouit indubitablement de la liberté d'arrêter la procédure qui lui paraît souhaitable*"<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> Supra §87

<sup>109</sup> Pièce RA-69

<sup>110</sup> Pièce RA-70

146. Le Tribunal a exercé cette liberté, en décidant qu'il ne considérait pas nécessaire d'entendre des témoins, y compris des témoins-experts. La Défenderesse n'a pas soulevé d'objection à cette décision lors de l'audience<sup>111</sup> alors même que le Tribunal avait rappelé à cette occasion qu'il n'avait pas souhaité "*donner suite à certaines suggestions d'entendre des témoins ou d'entendre des experts*"<sup>112</sup>.

147. Le Tribunal justifiait sa décision en ces termes :

*Compte tenu des explications très détaillées qui nous ont été fournies, ceci ne nous paraît pas s'imposer, mais je ne peux pas exclure qu'après avoir entendu, et au cours de ses délibérations, le Tribunal constate qu'il pourrait être utile d'entendre un témoin ou d'entendre quelqu'un qui serait un expert des Parties. (...) En ce qui concerne des propositions d'entendre des experts qui nous aideraient dans l'interprétation de lois, de textes juridiques ou de conventions, le Tribunal constate que c'est à lui qu'il appartient de se livrer à la tâche difficile d'interprétation des textes, et qu'il n'a besoin ni le droit de déléguer cette tâche à des personnes qui s'intituleraient, à tort ou à raison, « experts »*<sup>113</sup>

De surcroît, la position du Tribunal arbitral est conforme à celle de la République du Chili concernant l'audition de Monsieur Kaczmarek.

148. En effet, à l'occasion des échanges entre le Tribunal et les Parties pour l'organisation de l'audience de mai 2003, la République du Chili avait indiqué :

*(2) Experts et témoins : Bien que la République du Chili serait heureuse de présenter ses experts et/ou témoins pour leurs témoignages et/ou interrogations, la lettre des Demandéresses en date du 13 décembre 2002 mentionne que les experts et témoins "ne pourront pas comparaître aux audiences des 5,6 et 7 mai 2003". Si c'est toujours le cas, la République du Chili ne voit pas alors le besoin de présenter ses propres experts et/ou témoins pour leurs témoignages et/ou interrogations à l'audience, à moins que le Tribunal juge qu'il serait utile d'avoir présents certains experts ou témoins dans ce but*<sup>114</sup>. (Soulignement ajouté)

149. Il en résulte que la Défenderesse ne peut valablement fonder une demande d'annulation sur le motif que le Tribunal aurait refusé d'entendre les experts des Parties.

---

<sup>111</sup> Supra §106

<sup>112</sup> Transcription de l'audience de 5 mai 2003 p. 6, Pièce CN159

<sup>113</sup> Transcription de l'audience de 5 mai 2003 pp. 6 et 7, Pièce CN 159

<sup>114</sup> Pièce RA-68

## 2.2 Le rejet par le Tribunal arbitral des demandes de communication de pièces formulées par la République du Chili

### 2.2.1 La position de la République du Chili

- 150. La République du Chili prétend que le refus du Tribunal arbitral d'ordonner la production des documents qu'elle avait demandée constitue une violation grave d'une règle fondamentale de procédure (en particulier l'obligation de traitement juste et équitable)<sup>115</sup>.
- 151. Selon elle, le Tribunal arbitral aurait réservé un traitement inégalitaire entre les demandes de communication de pièces soumises par les Demandées et celles soumises par la Défenderesse, en accueillant favorablement les premières et rejetant systématiquement les secondes<sup>116</sup>.
- 152. La République du Chili fait en réalité référence à deux demandes de communication, l'une du 3 octobre 2002, la seconde du 30 octobre 2002<sup>117</sup>. Selon elle, les pièces demandées auraient permis d'établir que les fonds avec lesquels Monsieur Pey avait acquis les actions de CPP S.A et EPC Ltée appartenaient à des tiers, et qu'il n'était donc pas le véritable propriétaire du journal<sup>118</sup>.

### 2.2.2 La prétention de la République du Chili est sans fondement

- 153. S'agissant de la production de documents, là encore, le Tribunal arbitral jouit d'une grande discrétion pour les ordonner ou les rejeter. Ainsi, l'article 34 du Règlement d'arbitrage CIRDI prévoit que "*le Tribunal peut, s'il le juge nécessaire, à tout moment de l'instance (a) requérir les parties de produire des documents, de citer des témoins ou de faire entendre des témoins.*"
- 154. Ce pouvoir discrétionnaire du Tribunal a été reconnu à diverses reprises par les Comités *ad hoc* saisis de recours en annulation.
- 155. Ce fut le cas dans l'affaire *Luchetti* dans laquelle le Comité *ad hoc* avait indiqué, concernant la production de documents :

---

<sup>115</sup> Mémoire en annulation §§299-311

<sup>116</sup> Mémoire en annulation §303

<sup>117</sup> Pièces RA-65 et RA-66

<sup>118</sup> Mémoire en annulation §307

*(...) the decision whether or not to proceed in either of these manners was within the Tribunal's discretion and the fact of not doing so does not constitute a violation of a fundamental rule of procedure<sup>119</sup>.*

156. De même, dans l'affaire *Azurix*, le Comité *ad hoc* avait rejeté l'argument de l'Argentine selon lequel le refus du Tribunal d'ordonner la production de documents constituerait une violation grave d'une règle fondamentale de procédure. Pour ce faire, le Comité s'était fondé sur le pouvoir discrétionnaire du Tribunal dans cet exercice en concluant :

*219. The Committee finds that a party cannot, simply by requesting the tribunal to call upon the other party to produce documents which are said to be relevant to a particular allegation, mandate the tribunal either to require the production of those documents or to accept the truth of the allegation in default of production. A tribunal might in its discretion refuse the request to require the documents to be produced, and ultimately find the asserted fact not to be proved. Regardless of whether or not the tribunal decides to call upon a party to produce documents, it will decide all of the issues on the basis of the evidence before it. That is not to deny that in some circumstances a tribunal's refusal to exercise its power under Article 43(a) of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rule 34(2) (a) at the request of a party could amount to a denial of a party's right to be heard. However, the fact that the tribunal decides to exercise its discretion one way rather than the other cannot in itself be an annulable error. To establish an annulable error, it is not sufficient to show that the tribunal rejected repeated requests for the production of evidence that the requesting party considered crucial to its case. Rather, it is necessary to establish that, in all of the circumstances there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure<sup>120</sup>.*

157. La République du Chili tente de se raccrocher à cette dernière phrase "*it is necessary to establish that, in all the circumstances there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure*" pour soutenir qu'en l'espèce, cette condition est remplie, le Tribunal ayant systématiquement rejeté ses demandes, tout en soutenant celles des Demandées<sup>121</sup> :

*233. The fact that a request by one party is allowed while a request by another party is denied does not mean that there has been an inequality in the treatment of the parties. Each request by each party must be considered and determined by the tribunal on its own individual merits. It is only where it can be shown that a tribunal has applied inconsistent standards in the way that it has treated the requests of the different parties that there can be said to be inequality in the treatment<sup>122</sup>.*

---

<sup>119</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Empresas Lucchetti S.A. et Lucchetti Peru S.A. c/ Peru*, CIRDI No. ARB/03/4 du 5 septembre 2007 au §123

<sup>120</sup> Décision comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix Corp c/ The Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/01/12 du 1er septembre 2009 au §219

<sup>121</sup> Mémoire en annulation §304

<sup>122</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix Corp c/ The Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/01/12 du 1er septembre 2009 au §233

158. En l'espèce, la République du Chili s'est vue refuser une requête de production de documents présentée le 3 octobre et complétée le 30 octobre<sup>123</sup>.
159. Le 4 octobre 2002, le Tribunal invitait les Demandéresses "à lui faire part de leurs observations", ce qu'elles ont fait les 11 et 21 octobre 2002 en soulignant l'absence de fondement de la demande, sa nature "abusive", "dilatoire", "téméraire", "de mauvaise foi", qualifiant celle-ci de "fishing expedition".
160. Le 11 novembre 2002, le Centre indiquait aux Parties, dans une lettre concernant un tout autre sujet<sup>124</sup>, que le Tribunal n'avait pas approuvé la demande de production de documents présentée par le Chili et précisait qu'il adresserait ultérieurement un document motivant sa position.
161. Contrairement à l'allégation du Chili, le Tribunal arbitral a expliqué aux Parties les raisons l'ayant conduit à prendre cette position dans son Ordonnance de Procédure No. 10 du 3 décembre 2002<sup>125</sup>.
162. En tout état de cause, le Tribunal arbitral n'a pas agi de manière inégale à l'égard de la République du Chili.
163. Il convient en effet de rappeler que la grande majorité des documents sollicités par les Demandéresses étaient des documents de Monsieur Pey lui-même, ainsi que des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée, qui avaient été confisqués par les autorités chiliennes après le coup d'état du 11 septembre 1973. Comme l'indique le dossier, les autorités de l'époque avaient alors saisi tous les biens de Monsieur Pey ainsi que tous les documents qui se trouvaient tant à son domicile que dans ses bureaux et dans ses entreprises (en ce inclus toutes correspondances, archives, livres de commerce et comptes bancaires). A ce jour, la plupart de ces documents restent en la seule possession du gouvernement chilien.
164. Dès lors, nombre de documents sollicités par la République du Chili n'étaient - ne sont toujours pas en la possession de Monsieur Pey. Comme les Demandéresses ont écrit au Tribunal arbitral le 11 octobre 2002 :

*M. Sainte-Marie a subi la confiscation de tous ses biens personnels par la Junte Militaire (...pièces c9 et c206). Une partie de la correspondance échangée entre M. Victor Pey et M. Dario Sainte-Marie à propos de l'investissement dans CPP S.A. se trouve en possession des autorités du Chili<sup>126</sup>, elle a été saisie par les troupes insurgées le 11 septembre 1973 (...) il convient d'indiquer que les autorités du Chili disposent de toutes les lettres échangées entre M. Jaime Barrios, Gérant*

<sup>123</sup> Pièces RA65 et RA66

<sup>124</sup> Demande de la République du Chili au Tribunal de traiter de manière séparée les questions relatives à la responsabilité et celles relatives au quantum.

<sup>125</sup> Pièce CN149

<sup>126</sup> Dans la pièce C113 M. Osvaldo Sainte-Marie fait référence à des communications écrites échangées entre son frère Dario et M. Victor Pey, qui étaient conservées au siège du journal CLARIN. Ce dernier est encore sous occupation militaire à l'heure actuelle.

*de la Banque Centrale du Chili en 1972, et M. Pey, concernant l'investissement de ce dernier dans CPP S.A. au moyen de capitaux internationaux. Les Demandeuresses ont sollicité à diverses reprises que la Défenderesse produise ces lettres<sup>127</sup>, une demande qu'elles renouvellent aujourd'hui. La totalité de la correspondance officielle de M. le Président Allende se trouve en la possession des Autorités du Chili. Elle a été saisie par la force au Palais de la Moneda le 11.09.1973. La totalité de la correspondance privée de M. le Président Allende se trouve en la possession des autorités du Chili. Elle a été saisie à sa résidence privée de la rue Thomas More, ainsi que tout ce qui s'y trouvait, par des moyens illicites. Une preuve de ce fait se trouve dans le dossier administratif produit par la Défenderesse le 16 septembre 2002, correspondant aux droits de la succession du Dr. Salvador Allende. (...) La presque totalité des membres du gouvernement démocratique du Chili, les plus hauts fonctionnaires de l'administration de l'Etat et les dirigeants des partis politiques favorables à la forme républicaine et représentative de gouvernement, ont été arrêtés par la Junta Militaire et interrogés sous la torture. Les autorités du Chili sont en possession des déclarations ainsi obtenues, y compris de celles portant sur l'investissement de M. Pey dans CPP S.A.<sup>128</sup>.*

165. C'est précisément pour cette raison que les Demandeuresses ont sollicité la communication d'un grand nombre de documents à la République du Chili.
166. Or, il est un principe dans les procédures d'arbitrage international que les Parties sont soumises à un devoir de coopération, aux termes duquel elles ont l'obligation de communiquer les documents qu'elles ont en leur possession pertinents pour la résolution du différend. Ce principe a été régulièrement rappelé par les tribunaux arbitraux en particulier par les tribunaux Iran/US, très régulièrement confrontés à la problématique qui se posait dans l'affaire Pey Casado et qui indiquaient :

*While the Claimant must shoulder the burden of knowing the value of the expropriated concern by the best available evidence, the Tribunal must be prepared to take some account of the disadvantages suffered by the Claimant ; namely its lack of access to detailed documentation ; as an inevitable consequence of the circumstances in which the expropriation took place<sup>129</sup>.*

167. Considérant la situation des Demandeuresses, la Défenderesse aurait dû, conformément à ce principe, communiquer les documents sollicités en sa possession sans que l'intervention du Tribunal arbitral ne soit nécessaire. Ce n'est que parce que la République du Chili n'a pas pleinement satisfait à ces demandes que le Tribunal est intervenu pour en ordonner la production par la Défenderesse.

<sup>127</sup> Communications au Centre en date des 22 juillet 1999 et 7 mai 2001; les points 1.3.8.6; 1.4.4 de la Réponse du 18 septembre 1999; le point II.3.1 de la Réplique.

<sup>128</sup> Réponse des Demandeuresses à l'initiation du Tribunal du 4 octobre 2002 suite au courrier de la Défenderesse du 3 octobre 2002.

<sup>129</sup> Iran-US Claims Tribunal- *Sola Tiles c/ The Government of the Islamic Republic of Iran*, Case No. 317 du 22 avril 1987 §52; *Federica Lincoln Riahi c/ The Government of the Islamic Republic of Iran*, 27 février 2003; *Harold Birnbaum c/ The Islamic Republic of Iran*, Case No. 967 du 6 juillet 1993 §49

168. Ceci étant rappelé, il faut également souligner que les Demandées se sont vues refuser l'accès à nombre de documents pertinents se trouvant dans les archives du gouvernement. Ainsi, les Demandées n'ont pas eu accès aux archives publiques de la "Superintendencia de Valores y Seguros", et partant, aux documents de CPP S.A. et EPC Ltée<sup>130</sup>.
169. Il résulte de ce qui précède que, contrairement aux allégations du Chili, le Tribunal n'a pas agi de manière inéquitable à l'égard de la République du Chili. Ses décisions concernant la communication de documents ont été guidées instamment par l'attitude de la Défenderesse qui, tout au long de la procédure, n'a cessé d'empêcher les Demandées d'accéder aux preuves qu'elle détenait à la suite de leur confiscation illicite par les autorités chiliennes.
170. En conséquence, le Comité *ad hoc* rejettéra la demande d'annulation de la République du Chili fondée sur ces faits.

## 2.3 La prétendue partialité du Tribunal arbitral

### 2.3.1 Position de la République du Chili

171. La République du Chili soutient que la Sentence doit être annulée en raison d'une prétendue partialité de Monsieur Bedjaoui, ancien membre du Tribunal arbitral, remplacé dans ses fonctions en février 2006.
172. La Défenderesse soutient que certaines actions de Monsieur Bedjaoui, et en particulier la position qu'il a exprimée dans sa lettre du 7 octobre 2005, démontrent sa partialité.
173. Afin de contourner la difficulté liée à la récusation de Monsieur Bedjaoui et à son remplacement par Monsieur Chemloul (purgeant la procédure de toute prétendue irrégularité), la République du Chili présente un argument particulièrement alambiqué consistant à soutenir que la Sentence du 8 mai 2008 est intervenue en raison de la démission de Monsieur Rezek qui, elle-même, serait le résultat d'une prétendue violation du secret du délibéré par Monsieur Bedjaoui au profit des Demandées<sup>131</sup>.
174. L'apparente habileté de l'argument ne résiste pas à l'examen.

---

<sup>130</sup> Contrairement aux termes du courrier de la Défenderesse du 30 août 2002, dans la pièce C171, se trouve la demande du 2 février 2001 du conseil chilien des Demandées aux fins d'obtenir l'accès aux registres publics de la Surintendance aux valeurs où sont conservés les documents de CPP S.A. Cette demande est restée sans réponse.

<sup>131</sup> Mémoire en annulation §§ 379-391

### 2.3.2 Les contours du fondement d'annulation retenu par le Chili (partialité du Tribunal arbitral - Article 52(1) (d))

175. S'il est évident que la partialité d'un Tribunal arbitral ou d'un membre du Tribunal est une cause d'annulation d'une sentence CIRDI, il s'agit également d'une accusation particulièrement grave qui requiert toute l'attention du Comité *ad hoc* qui ne pourra prononcer la nullité d'une sentence sur une simple apparence de partialité<sup>132</sup>.
176. Dès lors, l'affirmation de la République du Chili que "*A departure from the rule of impartiality exists, therefore, when a tribunal: (1) demonstrates any sign of partiality, or (2) fails to persuade the parties and public that justice has been rendered fairly, or (3) does not clearly demonstrate its efforts to treat the parties equally*" est pour le moins surprenante.
177. En réalité, si la partialité du Tribunal est régulièrement invoquée dans les recours, elle n'a jamais été retenue par les Comités *ad hoc*<sup>133</sup>.
178. Ainsi, le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Klockner I*<sup>134</sup>, sur la décision duquel la République du Chili appuie son argumentaire, avait rejeté les arguments de Klockner tendant à démontrer la partialité du tribunal dans cette affaire.
179. Après avoir examiné de manière très consciencieuse chacun des arguments de la partie requérante, il indiquait :

*The Claimant believes that there are signs of partiality and even hostility towards it particularly in the passages of the Award on "Klockner's conduct with regard to its partner" and the "duty of full disclosure to a partner. (...) Such evaluations, however severe they are or may be, cannot in themselves justify the allegation or even the suspicion of partiality. Their wording and repetition simply show the high idea the Tribunal had of the duties of cooperation and mutual disclosure of Parties to such a legal relationship and reflect a high moral conception. (...) The fact that, in its Law part, the Award devotes much more space (about three times more) to the Claimant's duties and its shortcoming in carrying them out than to the respondent Government's duties obviously does not justify any suspicion of partiality. (...) Finally, a certain impression of imbalance may have been aroused or reinforced in the Claimant by another aspect of the Award's structure. (...) While it is likely that the structure thus given to the Award played a part in giving the Claimant the impression of imbalance or even a bias, this impression was apparently reinforced by a third additional factor. This was the comparatively brief examination of the Government's obligations, or even an apparent underestimation of the latter's responsibilities. (...) Do the various elements and features of the*

<sup>132</sup> En ce sens, décisions des Comités *ad hoc* dans les affaires *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005 au §51; *Amco Asia Corporation and Others c/ Republic of Indonesia*, CIRDI No. Arb/81/1 du 16 mai 1986, *Klockner I c/ Republic of Cameroun*, CIRDI No. ARB/81/2 du 3 mai 1985 §94, également CH. Schreuer, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, 2009, §302 p.986

<sup>133</sup> Annexe C

<sup>134</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Klockner I c/ Republic of Cameroun*, CIRDI No. ARB/81/2 du 3 mai 1985

*Award, added to those already mentioned, in particular regarding the complaint that there was a failure to deal with questions submitted to the Tribunal justify the accusation of partiality or hostility, whether systematic or otherwise? The answer can only be negative. None of these elements would suffice to establish or even cause one to assume partiality on part of the arbitrators, who in all conscience and neutrality could perfectly have arrived at the Award's interpretations and conclusions.*

180. A la lecture de cette décision, comme d'autres, il est manifeste que l'accusation de partialité du Tribunal ou d'un de ses membres ne doit pas être fondée sur de simples spéculations, comme le fait la République du Chili dans son Mémoire en annulation.
181. De plus, en l'espèce, la récusation de l'arbitre sur lequel porte toutes les accusations de l'Etat chilien, Monsieur le Juge Bedjaoui, a été acceptée par le Centre. Or, l'annulation sur le fondement de défaut d'impartialité du Tribunal ne peut être une sanction appropriée que si la cause de récusation est apparue après le prononcé de la Sentence ou lorsque la récusation pour prétendue partialité a été refusée par le Centre d'arbitrage.
182. En l'espèce, seule la demande de récusation de Monsieur le juge Bedjaoui était fondée sur une prétendue partialité. Dès lors, le rejet de la récusation du Professeur Lalive ne peut fonder l'annulation de la Sentence. Or, après février 2006, c'est-à-dire après l'acceptation de la récusation de Monsieur Bedjaoui, la République du Chili n'a pas émis de réserve sur le fait que le Tribunal nouvellement constitué allait continuer sa mission. Elle n'a jamais indiqué que la prétendue partialité de Monsieur Bedjaoui avait conduit le Tribunal arbitral à rouvrir les débats en 2001, après la démission du Président Rezek. Pourtant, au vu de l'argument aujourd'hui soutenu, rien ne l'empêchait de formuler une telle objection, ou en tout état de cause, de formuler des réserves quant à l'intégrité de la procédure, si elle pouvait les fonder. La République du Chili ne peut légitimement attendre de constater que la Sentence lui est défavorable pour soulever cet argument pour la première fois devant un Comité *ad hoc*<sup>135</sup>.
183. Pour cette raison, la demande de la République du Chili doit être rejetée.
184. En tout état de cause, ainsi qu'il le sera démontré ci-après, les accusations de la République du Chili sont dénuées du moindre fondement.

### **2.3.3 La prétention de la République du Chili est sans fondement**

185. L'argumentaire de la République du Chili repose sur de simples spéculations émises sur la base de propos tenus par Monsieur Galo Leoro Franco<sup>136</sup>, l'arbitre désigné par le Chili, qui a, pour sa part, reconnu expressément avoir violé le secret du délibéré après que le Secrétaire

<sup>135</sup> Supra §§ 107 et suivants voir également décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005 §53

<sup>136</sup> Pièce RA-83

Général l'ai communiqué aux Demandéresses et aux autres arbitres en réponse à la lettre du 7 octobre 2005 de l'ancien Président de la Cour Internationale de Justice<sup>137</sup>.

186. Or, les propos de Monsieur Leoro Franco, si tant est que l'on puisse leur accorder quelque crédit compte tenu des circonstances dans lesquelles ils ont été tenus et les témoignages, manifestations et pièces figurants dans le dossier qui le contredisent<sup>138</sup>, sont sans fondement<sup>139</sup>. En effet, dans sa lettre du 16 décembre 2005<sup>140</sup> sur laquelle la République du Chili fonde son argumentaire, Monsieur Leoro Franco indique :

*Me Bedjaoui a maintenu que la session de New York [en septembre 2005] doit être tenue avec la participation de seulement deux des Arbitres, lui-même et le Professeur Lalive, ce qui serait légal. Sur ce point, il coïncide totalement avec moi lorsque je soutiens que à Paris [en 2004], les deux arbitres et leurs votes favorables ont été suffisants pour que la sentence arbitrale ait été approuvée, ce qui en effet s'est passé. Ce qui est remarquable c'est qu'il se trouve affecté par une sorte d'amnésie qui lui a empêché de se souvenir de la session de Paris, un point sur lequel il a été suivi, avec la même affection, par Me Garcés, qui, comme on peut en déduire de ses notes, sait méticuleusement ce qui se passe à l'intérieur du Tribunal, ce que le Tribunal doit faire ou non à une prochaine session; ce que le Secrétariat du CIRDI doit faire, démontrant ainsi autant de connaissances que celles que peut avoir un arbitre participant à la procédure.*

187. Lorsque Monsieur Leoro Franco fait référence aux notes de Me Garcés, il vise en réalité d'une part, la lettre du 5 septembre 2005<sup>141</sup> de Me Garcés demandant au Centre de rejeter la démission de M. Leoro ainsi que la demande de récusation de l'entier Tribunal et, d'autre part, les lettres de Me Garcés des 11, 19 et 30 septembre 2005<sup>142</sup>.

188. Il suffit de lire ces lettres pour s'apercevoir que les accusations de Monsieur Leoro Franco ne sont que spéculations.

189. Par exemple, dans la lettre du 5 septembre 2005, Me Garcés indiquait :

*Soit le Tribunal arbitral n'a pas délibéré à la majorité de ses membres sur le projet de résolution à intervenir avant la démission de M. Leoro Franco. Dans ce cas nous demandons au Tribunal arbitral et au CIRDI d'appliquer la disposition de l'article 56(3) de la Convention, et il appartient au Président du Conseil d'Administration de pourvoir à la vacance en prenant un nom sur la liste appropriée.*

*Soit le Tribunal a délibéré à la majorité de ses membres sur la sentence à intervenir avant la démission de M. Leoro Franco.*

<sup>137</sup> Supra §49

<sup>138</sup> Voir, entre autres, le « Calendrier de la Procédure » entre le 11 avril 2001 et le 26 août 2005 établi par le Président du Tribunal, le Professeur Lalive, dans l'annexe de sa lettre au CIRDI du 4 octobre 2005 (pièce CN181f)

<sup>139</sup> Ibid

<sup>140</sup> Pièce CN192f

<sup>141</sup> Pièce CN175f

<sup>142</sup> Pièces CN177bis, CN180, CN180bis, CN180ter

*Dans ce cas, nous demandons au Tribunal arbitral qu'après avoir informé le Président du Conseil d'Administration des circonstances spéciales de l'espèce, à ce stade avancé de la procédure, il sollicite son accord pour agir en application de l'article 48(1) de la Convention et, poursuivant son travail sereinement, rendre la Sentence dans les plus brefs délais.*

190. La lettre du 11 septembre 2005 avait quant à elle pour seul objet de demander au Centre de respecter les dispositions de la Convention CIRDI afin de ne pas retarder plus avant la procédure qui durait depuis plus de huit années<sup>143</sup>.
191. Les lettres des 19 et 30 septembre 2005 constituaient l'argumentation des Demandées - sollicité par le Centre - pour s'opposer à la récusation de Messieurs Lalive et Bedjaoui et à la démission de Monsieur Leoro Franco. Leur lecture établit que les arguments des Demandées étaient essentiellement juridiques, les quelques éléments de faits résultant des informations communiquées par le Centre lui-même<sup>144</sup>.
192. Rien dans les propos tenus dans ces courriers ne permet de venir étayer les spéculations de Monsieur Leoro Franco. Le simple fait de procéder par alternative contredit l'allégation de celui-ci selon laquelle "*des notes de Me Garcés on peut déduire qu'il sait ce qui se passe à l'intérieur du Tribunal... démontrant ainsi autant de connaissances que celles que peut avoir un arbitre participant à la procédure*".
193. De même, les informations contenues dans la Pièce C-268<sup>145</sup> intitulée "*Mémorandum relatif à la mauvaise foi du Chili au long de la procédure arbitrale provoquant sa prolongation et l'augmentation des frais*" ne permettent pas de supporter l'allégation de la Défenderesse, les développements relatifs à ce dernier évènement étant d'ailleurs très limités (un seul paragraphe de quelques lignes sur 42 pages).
194. En réalité, la prétendue partialité de Monsieur l'ancien Président de la Cour Internationale de Justice, le juge Bedjaoui, qui a conduit à sa récusation, est fondée sur les termes de sa lettre du 7 octobre 2005 demandant que le Centre informe le Tribunal et les Demandées du contenu de la réunion *ex parte* entre une haute délégation du Chili et le Secrétaire Général du CIRDI le 2 septembre 2005<sup>146</sup>. La République du Chili ne peut légitimement se prévaloir de propos tenus par un arbitre en octobre 2005 –en dehors des délibérations du Tribunal et après que celui-ci avait pris la décision sur la compétence et le fond déposée au CIRDI en juin 2005– pour démontrer l'existence d'une prétendue violation d'une règle fondamentale de procédure en 2001, par ce même arbitre.
195. En outre, la démission de Monsieur Rezek le 13 mars 2001 n'est pas liée à une prétendue violation du secret du délibéré. Sans reprendre l'exposé ci-dessus<sup>147</sup>, la demande de démission du Président par les Demandées résulte du non respect par le Tribunal du principe *audiatur*

<sup>143</sup> Pièce CN177bis

<sup>144</sup> Pièces CN180bis et CN180ter

<sup>145</sup> Pièce CN180f

<sup>146</sup> Pièces CN 200 à CN202

<sup>147</sup> Supra §§23 et suivants

*et altera pars* concernant les pièces communiquées par le Chili après la clôture de l'audience de mai 2000<sup>148</sup>. Rappelons à cet égard que les Demandéresses avaient formulé les plus importantes réserves sur la conduite de la procédure au cours de cette audience. En effet, après l'intervention de la Défenderesse, Me Garcés prenait la parole et indiquait :

*Monsieur le Président, je voudrais évoquer à nouveau le principe du contradictoire comme étant un droit fondamental dans toute procédure judiciaire digne de ce nom. Il se trouve qu'une fois de plus la partie chilienne nous annonce qu'elle va présenter des documents une fois fermée la séance de la présente audience. (...) Toutefois, ces documents n'ont pas été présentés au Tribunal lorsque la possibilité officielle leur en a été donnée, c'est-à-dire avant la Réplique dont le Tribunal leur a fixé le délai en relation avec la question de la compétence. Ils n'ont pas non plus été présentés ni avant-hier ni aujourd'hui. (...) par conséquent, nous estimons conformément au Droit, conformément aux statuts du Centre, et conformément aux normes applicables dans toute procédure judiciaire civilisée du Monde, que le Tribunal ne peut admettre ces documents pour absence totale de respect, non des délais - c'est là une question que dans une procédure d'arbitrage les Parties peuvent plus ou moins modifier, avec l'assentiment du Tribunal - mais du principe (...) du contradictoire, qui nous paraît sacro-saint dans cette procédure<sup>149</sup>.*

196. Comme elles l'ont indiqué dans leur lettre du 12 mars 2001, les Demandéresses n'avaient pas pu répondre à l'argumentaire de la Défenderesse lors de la dernière audience sur la base de pièces produites après la clôture de celle-ci, le 5 mai 2000. Si le droit d'une partie d'être entendue a été bafoué dans cette procédure, c'est bien à cette occasion.
197. L'allégation de la République du Chili selon laquelle, en avril 2001, le Tribunal arbitral avait déjà délibéré et était arrivé à la conclusion qu'il n'était pas compétent est également dépourvue de fondement.
198. En effet, dans sa lettre du 28 février 2001<sup>150</sup>, Monsieur Rezek a fait savoir que, contrairement à ce que pensaient les Demandéresses, la procédure n'était pas close, et dans sa lettre de démission du 13 mars 2001, deux semaines plus tard, il n'a pas indiqué que le Tribunal était parvenu à une décision, mais a fait référence à une "dernière réunion réalisée à huis clos entre arbitres pour discuter de leurs opinions finales". En outre, après avoir été désigné et avoir pris connaissance de l'avancée de la procédure<sup>151</sup>, le Professeur Lalive a expressément informé les Parties, sur l'insistance de la République du Chili, que le Tribunal n'avait pris aucune décision relative à sa compétence<sup>152</sup>.
199. La réalité est bien plus simple. Suite à cette récusation et à la démission, non acceptée, de Monsieur Galo Leoro-Franco, le Tribunal a été reconstitué dans son intégralité. C'est ce dernier Tribunal qui a rendu la Sentence du 8 mai 2008, ni Monsieur Bedjaoui, ni Monsieur Galo Leoro-Franco, n'ont participé aux délibérations et à la Sentence. Aucune opinion dissidente n'a été émise. Dans ces conditions, la République du Chili ne peut légitimement

<sup>148</sup> Pièces CN97f, CN99f, CN101f, CN115f, CN119f, CN120, CN120bisf, CN121

<sup>149</sup> Transcription audience du 5 mai 2000, pp.66 et 67

<sup>150</sup> Pièce CN120

<sup>151</sup> Rapport du CIRDI Pièce CN123f

<sup>152</sup> Pièce CN123f

demander l'annulation de la Sentence au motif de la prétendue impartialité de Monsieur Bedjaoui.

200. Dès lors, malgré les difficultés rencontrées dans cette procédure arbitrale, auxquelles la République du Chili n'est pas étrangère, les accusations de partialité du Tribunal arbitral n'ont, ne serait-ce qu'un soupçon de vraisemblance, que ce soit en ce qui concerne le Tribunal qui siégeait en 2001 après la démission du Président Rezek ou celui qui a rendu la Sentence. En conséquence, le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la Sentence sur ce fondement.

## 2.4 Conclusions

201. Ainsi qu'il vient d'être exposé, la République du Chili n'a pas réussi à démontrer qu'une règle fondamentale de procédure aurait été gravement méconnue par le Tribunal arbitral au cours de la procédure. Et pour cause. Ce dernier a toujours appliqué avec conscience les principes fondamentaux que sont le principe du contradictoire (ou celui du droit d'une partie d'être entendue), le principe d'égalité entre les Parties et le principe d'indépendance et d'impartialité du Tribunal. En dépit du comportement procédural inacceptable de la République du Chili, le Tribunal arbitral ne lui en a jamais tenu rigueur et a accordé à la délégation chilienne les égards que toute partie est en droit d'attendre d'un tribunal dans une procédure d'arbitrage international.
202. Les membres du Comité *ad hoc* ne sauraient se laisser abuser par la gravité des accusations portées par la République du Chili et la dureté des propos à l'égard du Tribunal arbitral et en particulier de son Président, alors qu'ils sont sans fondement, voire injurieux.
203. Le Comité *ad hoc* rejettéra par conséquent la demande d'annulation de l'Etat chilien fondée sur les faits ci-dessus exposés.

## 3. LES FONDEMENTS D'ANNULATION RELATIFS A LA SENTENCE

204. Les Demanderesses analyseront dans cette partie les arguments développés par la Défenderesse sur certaines conclusions du Tribunal. Afin d'être en mesure de suivre au mieux le raisonnement du Tribunal arbitral, les Demanderesses suivront la structure de la Sentence.
205. Dans un premier temps, les Demanderesses examineront l'argumentaire de la République du Chili sur la partie de la Sentence consacrée à la compétence du Tribunal arbitral (3.1) en commençant par les conditions prévues à l'article 25 de la Convention CIRDI et, plus particulièrement la condition d'investissement (3.1.1), et la condition de nationalité (3.1.2).

206. Elles discuteront, ensuite, les arguments de la Défenderesse sur les conditions du consentement du Chili à l'arbitrage au sens de l'API Espagne-Chili, à savoir l'existence d'un investissement (3.1.3) et la nationalité de l'investisseur (3.1.4).
207. Les Demandées répondront ensuite aux fondements d'annulation soulevés par le Chili relatifs aux violations par l'Etat des dispositions de l'API retenues par le Tribunal arbitral, c'est-à-dire le déni de justice et le traitement discriminatoire (3.2). Enfin, la dernière section sera consacrée aux fondements d'annulation touchant au calcul du dommage (3.3).

### **3.1 Les fondements d'annulation concernant la compétence du Tribunal arbitral**

#### **3.1.1 La condition de l'investissement au sens de la Convention de Washington**

208. La République du Chili n'a cessé de tenter de démontrer, tout au long de la procédure, que Monsieur Pey n'était pas le propriétaire des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. A cette fin, la République du Chili soutenait que Monsieur Pey avait agi comme simple intermédiaire entre le cédant, Monsieur Dario Sainte-Marie, et les prétdus cessionnaires. Elle soutenait en outre que, quand bien même Monsieur Pey eût été le véritable cessionnaire des actions, il ne pouvait être considéré comme le véritable propriétaire de El Clarin. En effet, selon la Défenderesse, le transfert des actions serait nul en raison du défaut d'accomplissement par Monsieur Pey des formalités d'enregistrement prétdument prévues par le droit chilien. Ce faisant, la République du Chili soutenait qu'il n'existeit pas d'investissement au sens de la Convention CIRDI et s'opposait ainsi à la compétence du Centre<sup>153</sup>.
209. Aujourd'hui, la République du Chili soutient que le Tribunal arbitral aurait commis un excès de pouvoir manifeste en ne tirant pas les conséquences du fait que Monsieur Pey n'avait pas exécuté les formalités légales requises concernant le transfert des actions.
210. Après avoir rappelé brièvement la position de la République du Chili, les Demandées démontreront qu'elle est sans fondement.

##### **(a) La position de la République du Chili**

211. La République du Chili soutient que le Tribunal arbitral aurait commis un excès de pouvoir manifeste en omettant d'appliquer le droit chilien relatif au transfert des actions<sup>154</sup>.

<sup>153</sup> Voir résumé de la position de la Défenderesse dans la Sentence §§122 à 151

<sup>154</sup> Mémoire en annulation §§478 à 496

212. Selon elle, le transfert des actions de sociétés incorporées au Chili était régi, en 1972, par l'article 451 du Code de commerce, le Règlement des Sociétés Anonymes étrangères et chiliennes, le Décret-loi No.251. Elle indique qu'aux termes de ces textes, le transfert de propriété des actions requiert, à peine de nullité, l'accomplissement de certaines formalités.
213. Or, la République du Chili affirme qu'alors même que le Tribunal arbitral a admis que ces normes régissaient le transfert des actions au Chili, il n'en a pas tiré les conséquences légales.
214. Au soutien de sa prétention, la Défenderesse indique que le Tribunal a constaté que les noms figurant sur le livre-registre des actionnaires de la société étaient ceux de Messieurs González, Venegas, Carrasco et Sainte-Marie à l'exclusion de Monsieur Pey. De même, le Tribunal a également admis que Monsieur Pey n'avait pas accompli les formalités requises auprès des autorités compétentes, ce qui priverait de tout effet le contrat de cession des actions passé entre Monsieur Dario Sainte-Marie et Monsieur Pey.
215. Dès lors, en reconnaissant la propriété des actions à Monsieur Pey, et par là l'existence d'un investissement au sens de la Convention, le Tribunal arbitral aurait méconnu les règles de droit chilien commettant un excès de pouvoir manifeste<sup>155</sup>.

**(b) Les contours du fondement d'annulation retenu par le Chili: excès de pouvoir manifeste concernant la mise en œuvre du droit applicable (article 52(1) ((b))**

216. S'il est incontestable, et incontesté, que l'absence de mise en œuvre du droit applicable est une cause d'annulation de la Sentence aux termes de l'article 52(1) (b) de la Convention, il est également incontestable, et apparemment incontesté<sup>156</sup>, que la mauvaise application de cette loi par un tribunal arbitral ne constitue pas un excès de pouvoir, *a fortiori*, manifeste<sup>157</sup>.
217. Cette distinction majeure résulte du fait que la procédure d'annulation n'est pas une procédure d'appel. Or, le contrôle de l'erreur *in judicando* entraînerait nécessairement une réouverture des débats au fond, ce que ne permet pas la Convention CIRDI. Sur ce point, le Comité *ad hoc*, saisi de la demande d'annulation de l'Etat égyptien dans l'affaire *Wena*, a été parfaitement clair en indiquant :

*Il [le Comité] est tout aussi sensible à la distinction entre le défaut d'application du droit normalement applicable et l'error in judicando effectuée dans l'affaire*

<sup>155</sup> Mémoire en annulation §§ 482 à 495

<sup>156</sup> Mémoire en annulation §403

<sup>157</sup> En ce sens Décisions des Comités *ad hoc* dans les affaires *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI No. ARB/98/4 du 5 février 2002, *Repsol YPF Ecuador S.A. c/ Empresa Estatal Petroleos des Ecuador*, CIRDI No. ARB/01/10 du 25 mars 2010, *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005, *Azurix Corp. c/ The Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/01/12 du 1er septembre 2009, *MCI Power Group L.C and New Turbine Inc. c/ Republic of Ecuador*, CIRDI No. ARB/03/6 du 19 octobre 2009, *CMS Gas Transmission Company c/ The Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/01/8 du 25 septembre 2007

*Klockner I, ainsi qu'à la nécessité qui en résulte d'éviter une réouverture des débats au fond ayant pour effet de transformer la procédure d'annulation en procédure d'appel*<sup>158</sup>.

218. Or, comme il le sera démontré ci-après, c'est précisément ce que tente de faire la République du Chili. Pour ce faire, elle prétend que "<sup>159</sup>*if the tribunal misapplies the proper law by adopting an interpretation of its own that is not consistent with the actual law of the country in question as determined by its relevant domestic courts, doctrine and national authorities, the tribunal has in fact failed to apply the proper law, and therefore has engaged in a manifest excess of power*<sup>160</sup>.
219. Au-delà du fait que cette proposition contredit son affirmation précédente "*the drafters of the ICSID Convention rejected proposals to authorize annulment of ICSID awards for "unwarranted interpretation of principles of substantive law*<sup>161</sup>", il est étonnant de constater que la République du Chili fonde son affirmation sur la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki*<sup>162</sup>. Elle cite à cet effet son paragraphe 96, en omettant toutefois de citer le paragraphe suivant qui nuance les propos précédents :
- In the view of the Committee that the Tribunal has to strive to apply the law as interpreted by the State's highest court, and in harmony with its interpretative (that is executive and administrative) authorities. This does not mean that, if an ICSID tribunal commits errors in the interpretation or application of the law, while in the process of striving to apply the relevant law in good faith, those errors would necessarily constitute a ground for annulment*<sup>163</sup>.
220. Il en résulte qu'une simple erreur dans l'application de la loi, *a fortiori* dans son interprétation, ne peut être constitutive d'un excès de pouvoir. Ce principe a été rappelé avec force par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE* qui a distingué la non- application de la mauvaise application, même si cette dernière " *est manifestement injustifiée*"<sup>164</sup>.
221. En réalité, la conclusion à laquelle est parvenue le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki* au paragraphe 96 doit être lue à la lumière du principe qu'il avait précédemment édicté en vue de répondre à la question soulevée par les Parties, à savoir :

*the extent to which an international tribunal may review or override the view of national authorities to reach, for purposes of ascertaining jurisdiction to proceed ICSID arbitration, a different conclusion concerning the application of national laws on nationality in respect of particular person. (...) To begin answering the question, the ad hoc Committee notes that it is general principle that a State does*

<sup>158</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI No. ARB/98/4 du 5 février 2002 §22

<sup>159</sup> Mémoire en annulation §406

<sup>160</sup> Mémoire en annulation §406

<sup>161</sup> Mémoire en annulation §403

<sup>162</sup> Mémoire en annulation §405

<sup>163</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIRDI No. ARB/02/7 du 15 mai 2009 §97

<sup>164</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 du 14 décembre 1989

*not have the last word when a question is raised before an international tribunal concerning the interpretation of its national law, when it comes to a question on which the jurisdiction of the Tribunal depends*<sup>165</sup>. (soulignement ajouté)

222. Or, le prétendu défaut d'application de la loi est soutenu par la République du Chili dans l'unique but de contester la compétence du Tribunal arbitral.
223. Par ailleurs, dans son contrôle, le Comité *ad hoc* doit respecter un certain pouvoir d'appréciation conféré au Tribunal arbitral dans sa mission. C'est pour cette raison que l'article 52(1) (b) de la Convention ne vient sanctionner par l'annulation que l'excès de pouvoir qui serait manifeste<sup>166</sup>. Cette exigence ne saurait être remise en cause par la Défenderesse tant elle a été rappelée par les différents Comités *ad hoc*.
224. Les précédents Comités ont eu l'occasion de définir le terme manifeste. Il faut ainsi entendre par manifeste, un défaut d'application clair, grave et d'une telle évidence qu'il ne nécessite pas une analyse détaillée et complexe de la Sentence. Ainsi, dans l'affaire *Repsol*, le Comité *ad hoc* avait indiqué "*it is generally understood that exceeding one's power is "manifest" when it is obvious by itself simply by reading the Award, that is, even prior to a detailed examination of its contents*"<sup>167</sup>. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Mitchell*<sup>168</sup> en avait fait de même, comme ceux saisis des affaires *CDC*<sup>169</sup> et *Wena*<sup>170</sup>.
225. Comme cela sera démontré ci-dessous, si tant est que le Tribunal ait effectivement méconnu le droit chilien, *quod non*, cette exigence est loin d'être remplie, tant la démonstration de la République du Chili requiert une analyse détaillée et complexe.
226. C'est donc à la lumière de ces développements que le Comité *ad hoc* devra apprécier la position soutenue par la République du Chili.

(c) La prétention de la République du Chili est sans fondement: le Tribunal arbitral a reconnu la propriété de Monsieur Pey en application du droit chilien

227. Contrairement à la prétention de la République du Chili, le Tribunal arbitral a non seulement considéré que les normes relatives au transfert des actions étaient applicables mais il les a également mises en œuvre.

<sup>165</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIRDI No. ARB/02/7 du 15 mai 2009 §§58-59

<sup>166</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c/ Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 du 14 décembre 1989

<sup>167</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Repsol YPF Ecuador S.A. c/ Empresa Estatal Petroleos del Ecuador*, CIRDI No. ARB/01/10 du 25 mars 2010 au §36

<sup>168</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell c/ Democratic Republic of Congo*, CIRDI No. ARB/99/7 du 19 octobre 1999 §20

<sup>169</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005 §41

<sup>170</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI No. ARB/98/4 du 5 février 2002

228. Il convient de souligner qu'avant de trancher la question relative au transfert des actions, comme l'y invitait la Défenderesse, le Tribunal arbitral s'est d'abord interrogé sur le point de savoir si Monsieur Pey avait bien acquis les actions de CPP S.A et d'EPC Ltée.
229. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal arbitral a, au vu des pièces du dossier, admis que le seul propriétaire des actions, avant l'acte de cession, était bien Monsieur Dario Sainte Marie, en dépit de l'inscription d'autres noms sur le registre des actionnaires<sup>171</sup>.
230. Le Tribunal a alors conclu que Monsieur Pey avait acquis les actions détenues par Monsieur Dario Sainte-Marie conformément à l'acte de cession intitulé "*Protocoles d'Estoril*"<sup>172</sup>, après avoir effectué les divers versements prévus par les Parties.
231. S'il est vrai que le Tribunal relevait que les noms de Messieurs Carrasco, Gonzales et Venegas apparaissent sur le livre-registre de la société, il relève également que chacune de ces personnes avait signé un bordereau de transfert en blanc, conservé par Monsieur Pey Casado ainsi que les titres correspondants<sup>173</sup>. Le Tribunal en a conclu que le véritable propriétaire des actions était bien Monsieur Pey Casado, comme l'avait d'ailleurs fait l'administration chilienne en 1974<sup>174</sup>, 1975<sup>175</sup> et en 1995<sup>176</sup>.
232. Dès lors, contrairement à l'allégation de la République du Chili, il n'y a aucune contradiction entre l'enregistrement de Messieurs Carrasco, Gonzales et Venegas sur le livre-registre de la société et la propriété des actions reconnue à Monsieur Pey<sup>177</sup>.
233. En soutenant que les propriétaires des actions sont Messieurs Carrasco, Gonzales et Venegas et que Monsieur Pey était un simple "*mandataire*", comme elle l'avait déjà fait au cours de la procédure d'arbitrage dans ses diverses écritures<sup>178</sup>, la République du Chili soumet les conclusions du Tribunal arbitral à un appel au fond. Preuve en est, la communication au Comité *ad hoc* des déclarations de Messieurs Venegas, González et Carrasco<sup>179</sup>. Le Comité *ad hoc* ne sera pas dupe. Le Tribunal arbitral a déjà conclu que Monsieur Pey Casado était le seul et unique propriétaire des actions<sup>180</sup> rejetant le caractère probant de ces déclarations<sup>181</sup>.
234. S'agissant du transfert des actions et plus particulièrement du respect des normes chiliennes en la matière, le Tribunal arbitral considère que les normes légales visées par la République du Chili sont applicables et qu'il était nécessaire de "*respecter les formalités prescrites par*

---

<sup>171</sup> Sentence §§182 et 183

<sup>172</sup> Sentence §185

<sup>173</sup> Sentence §§187-188

<sup>174</sup> Sentence §204

<sup>175</sup> Sentence §§205 et 209

<sup>176</sup> Sentence §§215-218

<sup>177</sup> Mémoire en annulation §§487-490

<sup>178</sup> Mémoire en annulation §§307, 311, 671 et 672

<sup>179</sup> Pièces RA-78, RA-81, RA-82, RA-85, RA-86 et RA-97

<sup>180</sup> Sentence §194-195

<sup>181</sup> Sentence §198

*l'article 451 du code de commerce et l'article 37 du règlement sur les sociétés anonymes (...) afin d'acquérir la propriété avec effet *erga omnes*"<sup>182</sup>.*

235. Ayant constaté que Monsieur Pey n'avait pas rempli les formalités d'enregistrement requises par le droit chilien des sociétés, le Tribunal arbitral s'est efforcé de déterminer quelle en était la sanction.
236. Après avoir étudié les éléments de preuve soumis par les Parties<sup>183</sup>, le Tribunal arbitral en a conclu que le défaut d'accomplissement de certaines formalités prévues pour le transfert des actions n'était pas sanctionné en droit chilien par la nullité absolue comme le soutenait la République du Chili mais qu'il pouvait rendre le transfert inopposable aux tiers<sup>184</sup>.
237. Afin de parvenir à cette conclusion, le Tribunal arbitral souligne "*la défenderesse soutient en effet que le non-respect des formalités entraîne la nullité absolue des actes qui ne s'y conforment pas, sans toutefois documenter cette affirmation*" (soulignement ajouté)<sup>185</sup>.
238. Il appartenait donc au Tribunal de vérifier quelle sanction les juridictions chiliennes tireraient du défaut d'accomplissement des formalités légales. A cet égard, le Tribunal indique : "*La jurisprudence et la doctrine invoquées n'indiquent pas non plus que la nullité devrait sanctionner le défaut d'accomplissement des formalités prévues pour le transfert des actions nominatives. Tout au plus peut-on en conclure que le non-respect des formalités est susceptibles de rendre le transfert litigieux inopposable aux tiers et à la société*" (soulignement ajouté)<sup>186</sup>.
239. N'ayant trouvé ni dans les textes, ni dans l'application qu'en avaient fait les cours chiliennes, la confirmation de la thèse de la Défenderesse, le Tribunal a interprété ce silence comme la démonstration que la sanction ne pouvait pas être la nullité absolue, celle-ci ne se présumant, en principe, pas. Par cette conclusion, le Tribunal n'a pas refusé, ou omis, d'appliquer le droit chilien pertinent en la matière. Tout au plus, la République du Chili pourrait prétendre que le Tribunal a commis une erreur dans son appréciation, erreur qui n'est pas suffisante pour justifier l'annulation de la Sentence<sup>187</sup>, quand bien même elle serait "*manifestement injustifiée*"<sup>188</sup>.
240. Le Tribunal arbitral poursuit en indiquant que, selon les dispositions de droit chilien, l'accomplissement des formalités n'est enfermé dans aucun délai. Dès lors, Monsieur Pey aurait pu y remédier s'il n'en avait pas été empêché par la confiscation de ses titres et du Livre-registre des actionnaires par les autorités chiliennes.

<sup>182</sup> Sentence §226

<sup>183</sup> Consultation du Pr. Guillermo Bruna pour les Demandées (Pièce D17, accessible sur [http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/210602\\_fr.pdf](http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/210602_fr.pdf)), et consultation du Pr. Sandoval (Pièce RA-06) pour la Défenderesse

<sup>184</sup> Sentence §227

<sup>185</sup> Sentence §227

<sup>186</sup> Sentence §227

<sup>187</sup> Supra §§216 et suivants

<sup>188</sup> Supra §220

241. Il en résulte que le Tribunal arbitral n'a pas écarté une norme de droit applicable, il l'a au contraire mise en œuvre dans toute sa portée. Les discussions de la République du Chili sur cette partie de la Sentence ont pour objet de faire infirmer la conclusion du Tribunal arbitral par la voie d'un appel au fond, ce qui est exclu par l'article 53 de la Convention CIRDI.
242. Le Comité *ad hoc* devra rejeter la prétention de la République du Chili sur ce fondement.

### 3.1.2 **La condition de la nationalité au sens de la Convention de Washington**

243. La République du Chili s'emploie à tenter de démontrer que la décision du Tribunal arbitral relative à la nationalité de Monsieur Pey doit être annulée par le Comité *ad hoc*. A cette fin, la République du Chili fait flèche de tout bois et soutient que (i) le Tribunal arbitral aurait renversé la charge de la preuve, violant ainsi gravement une règle fondamentale de procédure, (ii) qu'il aurait omis d'appliquer le droit chilien sur la nationalité, commettant un excès de pouvoir manifeste et enfin (iii) qu'il aurait omis d'expliquer le raisonnement l'ayant conduit à conclure que Monsieur Pey avait renoncé à la nationalité chilienne constituant ainsi un défaut de motivation.
244. Après un bref rappel des arguments du Chili sur chacun de ces fondements, les Demandéresses démontreront que ces affirmations sont inexactes et qu'en conséquence, la partie de la Sentence relative à la nationalité de Monsieur Pey ne saurait être annulée.

#### (a) La position de la République du Chili

##### (i) La prétendue violation d'une règle fondamentale de procédure par le Tribunal arbitral

245. Comme l'indique la République du Chili<sup>189</sup>, la question posée au Tribunal arbitral était de déterminer si Monsieur Pey avait, à un certain moment, cessé de détenir la nationalité chilienne, les Parties reconnaissant respectivement que Monsieur Pey détenait sans interruption la nationalité espagnole et avait acquis la nationalité chilienne en 1958<sup>190</sup>.
246. Dans ces conditions, le Tribunal arbitral indiquait "*les seules questions décisives en l'espèce sont celles de savoir si, aux dates critiques, [Monsieur Pey] avait conservé la nationalité*

<sup>189</sup> Mémoire en annulation §348

<sup>190</sup> A cet égard, il convient de souligner que Monsieur Pey n'avait pas acquis la nationalité chilienne par naturalisation comme l'affirme le Chili mais par le bénéfice de la Convention Bilatérale entre l'Espagne et le Chili relative à la double nationalité entrée en vigueur le 24 mai 1958 (Pièce CN04f). Cette précision n'est pas inutile dans la mesure où la règle résultant de cette Convention Bilatérale constitue une norme spéciale à laquelle renvoient les articles constitutionnels relatifs à la nationalité.

chilienne, comme le prétend la défenderesse dans son exception d'incompétence, ou si, comme l'opposent les parties demanderesses, il en avait été privé ou y avait renoncé valablement"<sup>191</sup>.

247. La Défenderesse prétend que pour décider de la renonciation par Monsieur Pey à sa nationalité chilienne, le Tribunal arbitral a inéluctablement renversé la charge de la preuve faisant peser cette dernière sur la Défenderesse<sup>192</sup>. Il s'agirait d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure rendant la Sentence annulable en application de l'article 52 (1) (d) de la Convention CIRDI.
248. Pour parvenir à cette conclusion, la République du Chili soutient que selon les règles relatives à la preuve, il appartient aux Demandérisses de démontrer que les conditions de l'article 25 de la Convention CIRDI sont satisfaites, quand bien même la Défenderesse soulèverait une exception d'incompétence<sup>193</sup>. En d'autres termes, il appartenait à Monsieur Pey de démontrer qu'il avait bien renoncé à la nationalité chilienne, et que cette renonciation était valable en droit chilien.
249. La République du Chili appuie sa démonstration sur deux éléments.
250. Tout d'abord, sur les termes utilisés dans la Sentence lorsque le Tribunal arbitral indique "*la défenderesse n'est pas parvenue à apporter une démonstration convaincante de l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne, en l'absence de texte précis et de jurisprudence pertinente*"<sup>194</sup>.
251. La Défenderesse soutient par ailleurs que le renversement de la charge de la preuve serait démontré par la décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002, qui a joint les questions de compétence au fond, dans laquelle le Tribunal concluait "*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...*"<sup>195</sup>.
252. Cette position est sans fondement. En effet, le Tribunal arbitral ne s'est pas appuyé sur un défaut de preuve pour établir la nationalité de Monsieur Pey, il a, au contraire, considéré, après avoir analysé l'ensemble des éléments soumis, que la renonciation volontaire à la nationalité chilienne était possible en droit chilien et que Monsieur Pey y avait renoncé préalablement aux dates critiques pour la présente affaire.

---

<sup>191</sup> Sentence §252

<sup>192</sup> Mémoire en annulation §§348-355

<sup>193</sup> Mémoire en annulation §§332-345

<sup>194</sup> Mémoire en annulation § 350 *in fine*

<sup>195</sup> Mémoire en annulation §351

(ii) Le préputendu excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral

253. S'agissant de la nationalité, la République du Chili soutient également que le Tribunal arbitral aurait commis un excès de pouvoir manifeste en n'appliquant pas les règles de droit chilien en la matière<sup>196</sup>.
254. Selon la Défenderesse, le Tribunal arbitral aurait ignoré les règles de droit chilien relatives à la nationalité. Elle prétend en effet qu'après avoir indiqué que la nationalité doit être déterminée exclusivement en application du droit interne, le Tribunal arbitral aurait commis un excès de pouvoir en reconnaissant la légalité d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne<sup>197</sup>.
255. Aux fins de sa démonstration, la République du Chili soutient que le Tribunal arbitral aurait ignoré l'abondance de preuves soumises par le Chili venant démontrer l'impossibilité de renoncer volontairement à sa nationalité en droit chilien. Selon la Défenderesse, "it was never and never had been possible under the Chilean Constitution - prior to the entry into force of an amendment to the Chilean Constitution in 2005 - for a person simply to renounce its Chilean nationality"<sup>198</sup>.
256. Dans son Mémoire en annulation, la République du Chili fait un inventaire des preuves qu'elle a soumises au soutien de sa thèse. Au-delà de la confirmation que la démarche du Chili constitue un appel au fond, la Défenderesse omet consciencieusement de mentionner les éléments de preuve tendant à démontrer l'inverse. Les Demandanderesses ont ainsi soumis, entre autres, les preuves suivantes :
- Les articles de la Constitution chilienne relatifs à la nationalité dans leur version en vigueur, d'une part, entre 1958 et 1980 (Constitution de 1925) et, d'autre part, entre 1980 et la date du dépôt de la Requête d'arbitrage (le 7 novembre 1997)<sup>199</sup> ;
  - la Loi N° 4.808 portant sur le Registre de l'état Civil du Chili, et l'art. 104 du Règlement du Registre de l'état Civil du Chili<sup>200</sup> ;
  - la Loi et le Règlement du Registre de l'état Civil (LRC) de l'Espagne en vigueur aux dates où Monsieur Pey a établi son domicile en Espagne prenant la nationalité effective et exclusive espagnole<sup>201</sup> ;

<sup>196</sup> Mémoire en annulation §§417-466

<sup>197</sup> Mémoire en annulation §422

<sup>198</sup> Mémoire en annulation §423

<sup>199</sup> Tableau comparatif de la pièce CN212f, communiqué à l'audience du 15 janvier 2007. Les versions produites par le Chili correspondent à des périodes temporelles différentes, sont donc en partie inapplicables et prêtent à confusion : par ex. la Pièce RA-27, "1925 Chilean Constitution", correspond à la version en vigueur en 1925. Elle n'incorpore pas les réformes entrées en vigueur entre 1958 et 1980 et dont certaines concernent les articles débattus au cours de la procédure d'arbitrage. La Pièce RA-27a. "1925 Constitution" (French translation) entretient la confusion en raison de la mauvaise traduction de l'article 6 qui ne correspond nullement à l'original en vigueur entre 1958 et 1981 (RA-27c) et confond le sens du débat.

<sup>200</sup> Pièce C96, CN255

- - la Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat du Ministère espagnol de la Justice, en date du 29 novembre 1972, sur la perte de la double nationalité lorsque le passeport est refusé à un ressortissant espagnol par l'État ibéro-américain où il a été naturalisé sous l'égide d'une Convention de Double Nationalité<sup>202</sup>;
- la télécopie du Consulat à Santiago au Ministère de AA.EE. d'Espagne, du 27 novembre 1996. Il y est fait état de ce que la Junta Militaire aurait expulsé Monsieur Pey du Chili, après le 11 de septembre 1973 (situation incompatible avec le maintien des bénéfices de la nationalité chilienne selon la CDN)<sup>203</sup>;
- le "Passeport d'urgence" pour "étrangers sans nationalité" délivré par les Autorités du Vénézuéla à Monsieur Pey, daté du 8 janvier 1974, avec un visa de 90 jours délivré par le Consulat d'Espagne à Caracas (situation incompatible avec le maintien des bénéfices de la nationalité chilienne selon la CDN, car brisant irrémédiablement -du fait exclusif de l'Etat du Chili- l'alternance des législations applicables fondée sur le dernier domicile de l'intéressé dans l'un ou l'autre des Etats membres de la CDN) (Pièce C15) ;
- la Résolution du Juge du Registre de l'État Civil espagnol, du 20 novembre 1997, décidant d'inscrire que Monsieur Victor Pey avait transféré sa résidence habituelle à Madrid le 4 juin 1974 (Pièce C10) ;
- la Déclaration de naissance de la fille de Monsieur Pey, Natalie, au Registre de l'état Civil du Consulat d'Espagne à Santiago, souscrite le 4 octobre 1974 par Monsieur Victor Pey Casado "de nationalité espagnole"<sup>204</sup> ;
- la Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat du Ministère espagnol de la Justice, en date du 27 février 1979 qui indique qu'un espagnol peut renoncer à la double nationalité chilienne<sup>205</sup> ;
- l'Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 31 octobre 1989, affaire Vásquez : le refus du passeport assimilé à la méconnaissance de la nationalité chilienne (Pièce CN36f) ;
- le Décret chilien N°873 de 1990 (J.O. du 5 janvier 1991) dont l'art. 20.3 reconnaît le droit à changer de nationalité<sup>206</sup> ;
- l'Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 19 mars 1993 décidant qu'un chilien par naturalisation peut renoncer à la nationalité chilienne<sup>207</sup> ;
- la Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat du 5 septembre 1994, selon laquelle en conformité de l'art. 64 de la Loi espagnole du Registre de l'état Civil, l'inscription au Registre de l'acquisition de la nationalité espagnole par résidence a des effets rétroactifs à la date où la personne intéressée a prêté serment<sup>208</sup>. L'art. 64 LRC s'applique à l'inscription du changement de domicile de M. Pey au Registre espagnol, et a des effets rétroactifs à la date où il s'est inscrit au Registre Municipal des Habitants de Madrid -le 4 juin 1974 ;

---

<sup>201</sup> Pièce C97, traduction dans C150 et CN256

<sup>202</sup> Pièce CN14f

<sup>203</sup> Pièce CN52f

<sup>204</sup> Pièce CN22f

<sup>205</sup> Pièce CN31

<sup>206</sup> Pièce CN38f

<sup>207</sup> Pièce CN44f

<sup>208</sup> Pièce CN45f

- la Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat du Ministère espagnol de la Justice, en date du 7 septembre 1996 indiquant qu'il est impossible d'inscrire au Registre de l'état civil que la nationalité espagnole a été récupérée dès lors qu'il n'y avait pas eu perte préalable de cette dernière en raison de la naturalisation dans un État ibéro-américain<sup>209</sup> ;
- la Déclaration du Gouvernement espagnol devant le Congrès des Députés le 19 février 1997, reconnaissant la nationalité espagnole exclusive de Monsieur Victor Pey Casado eu égard à l'API de 1991<sup>210</sup> ;
- la Décision de la Direction des Affaires Juridiques et Consulaires du Ministère espagnol des Affaires Extérieures en date du 22 mai 1997, reconnaissant la nationalité espagnole exclusive de Monsieur Pey<sup>211</sup> ;
- la déclaration du 16 septembre 1997 de Monsieur Pey devant le Consul d'Espagne à Mendoza (Argentine), agissant en qualité de Notaire en application de la loi espagnole indiquant "(...) à la date du 10 décembre 1996 j'ai remis au Département Étrangers et Immigration du Ministère de l'Intérieur du Chili la communication, jointe [à la présente] sous forme de copie, où il est attesté que depuis 1974 j'ai transféré mon domicile en Espagne (...) et qu'étant donné que j'ai la nationalité espagnole, pendant le temps qu'il m'arrive de me rendre au Chili et/ou de me trouver au Chili je n'ai pas recours aux avantages de la Convention bilatérale du 24 mai 1958. 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 de la façon qui convienne le mieux en Droit aux fins auxquelles elle a été présentée, y compris comme preuve de ma renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle à la nationalité chilienne, ce que j'affirme et à quoi je souscris de nouveau par le présent acte, à tous effets légaux pertinents"<sup>212</sup> ;
- la Note Verbale du 7 juillet 1998 par laquelle "L'Espagne notifie au Chili la perte des bénéfices de la Convention sur la Double Nationalité de Monsieur Víctor Pey"<sup>213</sup> ;
- l'accusé de réception du 10 juillet 1998 par le Consulat d'Espagne à Santiago de l'Instruction émanant de la Direction des Affaires Juridiques et Consulaires du Ministère espagnol des Affaires Extérieures, du 30 juin 1998, lui demandant de présenter une Note Verbale au Gouvernement du Chili pour qu'il enregistre la "perte de nationalité chilienne" de Monsieur Victor Pey Casado depuis 1974 "afin que les autorités correspondantes prennent acte de ce qui est exposé et se considèrent notifiées"<sup>214</sup> (rappelons à cet égard que les situations relatives à une adhésion à la CDN et n'entrant pas dans les circonstances prévues par la Convention se règlent nécessairement par un *modus vivendi* entre les deux Etats, comme il est attesté par les Échanges de Notes du 23 juin 1958 (Ministère des Affaires Extérieures, J.O. 14 novembre) annexé à la CDN<sup>215</sup> et que la délégation du Chili avait censurés à l'intention du Tribunal et à nouveau au Comité *ad hoc*<sup>216</sup>. Or, la République du Chili n'a jamais dénoncé ni manifesté son désaccord avec

<sup>209</sup> Pièce C30

<sup>210</sup> Pièce C16

<sup>211</sup> Pièce CN56f

<sup>212</sup> Pièce CN58f

<sup>213</sup> Pièce CN65f, p. 5

<sup>214</sup> Pièce CN65f, p. 4

<sup>215</sup> Pièce CN04f

<sup>216</sup> Pièce RA-29

les modalités appliquées par l'Espagne à un citoyen espagnol ayant adhéré à la CDN Espagne-Chili et renoncé ultérieurement à la nationalité chilienne);

- la communication du 24 juillet 1998 du Ministère chilien des AA.EE. au Registre chilien de l'état Civil du fait que "*M. Pey a renoncé à la nationalité chilienne en vertu (...) de l'art. 5 de la Convention sur la Double Nationalité entre le Chili et l'Espagne*"<sup>217</sup> ;
- la Communication du Ministère espagnol des Affaires Extérieures, en date du 4 août 1998, concernant la Note Verbale adressée le 7 juillet 1998 aux Autorités chiliennes<sup>218</sup> ;
- la Note Verbale n°190 de l'Ambassade d'Espagne au Chili adressée au Ministère chilien des Affaires Extérieures, en date du 18 novembre 1998, demandant aux autorités chiliennes une preuve écrite qu'ils ont pris acte de la perte de la nationalité chilienne par Monsieur Victor Pey<sup>219</sup> ;
- l'annotation dans la fiche signalétique de Monsieur Pey au Registre chilien de l'État civil<sup>220</sup>, le 4 août 1998 de la mention suivante :

*"Monsieur Victor Pey Casado a renoncé à la nationalité chilienne, par conséquent la nationalité de M. Pey est étrangère"*<sup>221</sup>

- la Décision de la Direction Générale espagnole des Registres et du Notariat, du 26 février 1999 : les inscriptions portées initialement à un Registre différent de celui du lieu de naissance doivent être reportées par la voie administrative, d'office, au Registre Central en Espagne<sup>222</sup> ;
- la Disposition prise par le Juge du Registre de l'état Civil de Madrid, du 10 janvier 2001, ordonnant de notifier au Consulat du Chili "*le changement de domicile de M. Victor Pey Casado, indiqué en marge de son inscription de naissance, et cela conformément à ce que prévoit l'art. 5 de la Convention sur la double nationalité en vigueur entre l'Espagne et le Chili*", ainsi que l'accusé de réception correspondant du Consulat du Chili à Madrid, du 24 janvier 2001, portant indication de sa remise au Registre de l'état Civil de Madrid le 5 février 2001<sup>223</sup> ;

<sup>217</sup> Pièce CN71f, p. 3 ; Pièce N°11 annexe à la Réplique de la Défenderesse du 27.12.1999, accessible dans "Le Chili donne suite à la renonciation de Monsieur Victor Pey aux bénéfices de la Convention sur la Double Nationalité - 24/07/1998".

<sup>218</sup> Pièce CN72f

<sup>219</sup> Pièce CN79f

<sup>220</sup> Pièce CN71f, pp.1 et 2. La traduction produite par le Chili le 3 décembre 2001 étant incomplète et manipulée, elle a fait l'objet d'une objection de la part des Demandeur·es qui ont communiqué une version française reprenant l'intégralité des termes contenus dans la version originale en espagnol, le 3 décembre 2001. On y remarquera l'imposition illégale du Ministère de l'Intérieur de laisser sans effet cette annotation, alors qu'elle ne peut être modifiée que par une décision judiciaire, et ce après avoir entendu les raisons de celui-ci en vertu de l'art. 12 de la Constitution du Chili (voir les Arrêts en ce sens des 25 juillet 1988, 8 janvier 1993 et 19 janvier 2001 (Pièces C147, C149 et C146)

<sup>221</sup> Comme les Demandeur·es l'avaient soutenu au cours de l'arbitrage, il ne fait aucun doute que la Direction de la Politique Consulaire et de l'Immigration du Ministère des AA. EE. a agi en l'espèce en accord avec la Constitution chilienne et avec sa compétence fonctionnelle, comme l'a déclaré la Cour Suprême du Chili dans un Arrêt du 31 octobre 1989 (considérant 5 a) (Pièce CN36f) ; un Arrêt du 25 juillet 1988 (attendu de l'Arrêt) (Pièce CN35f) ; un Arrêt du 8 janvier 1993 (considérant 1<sup>e</sup> e) (Pièce CN42f) ; un Arrêt du 19 janvier 2001 (3<sup>e</sup> considérant) (Pièce CN117).

<sup>222</sup> Pièce C144

<sup>223</sup> Pièce C9392bisf

- l'Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 19 janvier 2000 selon lequel le Ministère de l'Intérieur ne peut pas faire modifier une inscription au Registre de l'état Civil portant sur la nationalité sans le consentement de la personne intéressée ou une décision judiciaire<sup>224</sup> ;
- les Arrêts de la Cour Suprême du Chili du 13 juin 2001 et de la Cour d'Appel de Valparaiso du 2 février 2001<sup>225</sup> selon lesquels d'une part, un ressortissant chilien par naturalisation peut renoncer à sa nationalité chilienne pour récupérer sa nationalité d'origine et, d'autre part, l'inscription au Registre de l'état Civil de la perte de la nationalité chilienne a des effets déclaratifs<sup>226</sup> ;

257. De même, la République du Chili omet d'indiquer que :

- en 1998, elle avait admis la possibilité de renoncer à la nationalité chilienne pour s'opposer aux objections des Demandeur·es sur la désignation de l'arbitre Monsieur Witker ce dernier étant né au Chili, de parents chiliens. La délégation chilienne a alors répondu que Monsieur Witker n'était pas chilien en raison de sa renonciation à la nationalité<sup>227</sup> ;
- les Demandeur·es ont fourni de nombreux éléments démontrant la possibilité de renoncer à la nationalité chilienne dans leur réponse à la 2<sup>e</sup> question posée par le Tribunal lors de l'audience des 4-5 mai 2000 : "*Quels sont les fondements juridiques sur lesquels M. Pey Casado établit son droit de renoncer à la nationalité chilienne, selon la législation du Chili?*"<sup>228</sup> ;
- dans le Mémoire complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002<sup>229</sup>, en particulier dans la section VII, les Demandeur·es avaient exposé les raisons pour lesquelles Monsieur Pey pouvait renoncer à la nationalité ;
- dans leur Réplique du 23 février 2003<sup>230</sup>, les Demandeur·es avaient consacré les sections V à VIII à la question de la nationalité ;
- au cours de l'audience des 15 et 16 janvier 2007, les Demandeur·es ont fait la démonstration qu'il était possible de renoncer à la nationalité chilienne en application du droit chilien quels qu'aient pu être les propos tenus par Monsieur Cea<sup>231</sup>.

258. Il résulte de cette longue liste que, pour parvenir à la conclusion qu'il est effectivement possible de renoncer volontairement à la nationalité chilienne, le Tribunal arbitral n'a pas renversé la charge de la preuve et ignoré le droit chilien. Au contraire, le Tribunal arbitral a analysé avec force détails l'ensemble des éléments à sa disposition. Comme il le sera démontré

---

<sup>224</sup> Pièce CN93f

<sup>225</sup> Pièce CN122

<sup>226</sup> Pièce CN117

<sup>227</sup> Voir l'échange de lettres intervenu entre le 12 août 1998 et le 5 octobre 1998 (Pièces CN68, CN69f, CN70, CN73, CB74f, CN76f, CN78f), et la Sentence §§ 9, 301 et 310.

<sup>228</sup> Pièce CN96f

<sup>229</sup> Pièce CN144f

<sup>230</sup> Pièce CN155f

<sup>231</sup> Transcription audience du 15janvier 2007 pp.68 et suivantes (Pièce CN213), et transcription de l'audience du 16 janvier 2007 pp. 56; 58-59 (Pièce CN214)

ci-après, il en a conclu que la Constitution chilienne de 1980 n'interdisait pas la renonciation volontaire à la nationalité.

259. Une fois encore, la République du Chili fait un appel au fond de la décision du Tribunal arbitral relative à la nationalité de Monsieur Pey.
260. Finalement, la République du Chili soutient que le Tribunal arbitral aurait manifestement excédé son pouvoir en reconnaissant que Monsieur Pey avait effectivement renoncé à la nationalité chilienne<sup>232</sup>. Selon elle, les actes de déclaration de Monsieur Pey seraient tous postérieurs aux dates pertinentes de l'article 25 de la Convention CIRDI.

*(iii) Le prétendu défaut de motifs de la Sentence*

261. La République du Chili soutient également que la Sentence devrait être annulée sur le fondement de l'article 52(1) (e) de la Convention, le Tribunal arbitral ayant omis d'expliquer les raisons qui l'ont conduit à décider que la renonciation volontaire est légale en droit chilien<sup>233</sup>.
262. Elle prétend en outre que le Tribunal arbitral aurait décidé que Monsieur Pey avait effectivement renoncé à la nationalité chilienne sans établir clairement quels actes seraient constitutifs de cette renonciation volontaire<sup>234</sup>. En tout état de cause, la déclaration de renonciation à la nationalité serait intervenue après les dates critiques de la présente procédure, soit la date du consentement à l'arbitrage et le dépôt de la Requête d'arbitrage<sup>235</sup>.
263. Enfin, selon la Défenderesse, le Tribunal arbitral aurait omis de préciser les raisons qui l'ont poussé à faire porter le fardeau de la preuve à la partie Défenderesse contrairement à l'ensemble des décisions rendues antérieurement par les différents tribunaux arbitraux concernant la nationalité de la partie demanderesse<sup>236</sup>.
264. La lecture de la Sentence permet de démentir les allégations de la République du Chili<sup>237</sup>.
265. Au préalable, les Demandereuses rappelleront brièvement les exigences requises pour justifier l'annulation de la Sentence sur le fondement (i) de l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, en particulier le renversement de la charge de la preuve, (ii) de l'excès de pouvoir manifeste pour défaut d'application de la loi applicable et (iii) pour défaut de motivation.

<sup>232</sup> Mémoire en annulation §§453-466

<sup>233</sup> Mémoire en annulation §§626-644

<sup>234</sup> Mémoire en annulation §§646-661

<sup>235</sup> Mémoire en annulation §§661

<sup>236</sup> Mémoire en annulation §§662-665

<sup>237</sup> Infra §§361 et suivants

(b) Les contours des fondements d'annulation retenus par le Chili(i) Renversement de la charge de la preuve

266. La République du Chili soutient qu'un renversement de la charge de la preuve permettrait de justifier l'annulation de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1) (d) de la Convention<sup>238</sup>.
267. Si le principe n'est pas contestable, il convient cependant de nuancer cette affirmation. En effet, pour fonder l'annulation de la Sentence, plusieurs exigences doivent être satisfaites. Tout d'abord, comme l'indique la Défenderesse, seul un renversement injustifié (*improper*) pourrait constituer un cas d'ouverture d'annulation. Dès lors, afin de s'assurer que le Tribunal aurait effectivement renversé la charge de la preuve, il convient d'établir au préalable, qui des deux Parties supporte le fardeau de la preuve<sup>239</sup>.
268. A cet égard, la République du Chili prétend qu'il appartenait aux Demandérisses de démontrer qu'elles satisfaisaient aux conditions de l'article 25 de la Convention CIRDI, et en particulier à la condition de nationalité. Dès lors que les double-nationaux sont exclus de la protection de la Convention, il appartenait également aux Demandérisses, et en particulier à Monsieur Pey, de démontrer qu'il n'avait pas la nationalité chilienne<sup>240</sup>.
269. Il est évident que la règle "*actori incumbit probatio*" doit s'appliquer à Monsieur Pey. Ceci étant, il convient également de souligner qu'en tant que demanderesse à une exception d'incompétence, la Défenderesse supporte, en partie, le fardeau de la preuve.
270. Sur ce point, la République du Chili indique qu'il convient d'établir une distinction entre une défense "affirmative" et une défense "passive" consistant à soutenir que le demandeur n'a pas satisfait les conditions requises pour fonder la compétence du Tribunal<sup>241</sup>. Selon elle, dans le cas d'une défense "affirmative", "*the respondent bears the burden of proving the elements comprising its affirmative defense. But in the latter situation [in cases where respondent merely argues that the claimant has not met its own *prima facie* burden] it is the claimant who retains the burden of establishing *prima facie* that he has met relevant jurisdictional requirements*". La République affirme qu'elle se trouverait dans la seconde catégorie<sup>242</sup>.
271. Selon les Demandérisses, cette interprétation est contestable dans la mesure où avant le dépôt de la requête, Monsieur Pey avait renoncé à sa nationalité chilienne de sorte que les autorités du pays avaient enregistré cet état de fait sur sa fiche signalétique d'état civil<sup>243</sup>. La République du Chili a contesté la validité de cette renonciation en soutenant qu'il était

<sup>238</sup> Mémoire en annulation §329<sup>239</sup> Mémoire en annulation §332<sup>240</sup> Mémoire en annulation §§341-343 et 347-355<sup>241</sup> Mémoire en annulation §337<sup>242</sup> Mémoire en annulation §§337-339<sup>243</sup> Supra §256

impossible de renoncer à sa nationalité d'après la Constitution chilienne. La qualification de la défense de l'Etat chilien en défense "passive" plutôt qu' "affirmative" est donc pour le moins discutable.

272. La sentence rendue dans l'affaire *SIAG c/ Egypt* peut être citée à titre d'exemple. Dans cette affaire, le tribunal avait indiqué : *As to the burden of proof, the general rule, well established in international arbitrations, is that the Claimant bears the burden of proof with respect to the facts it alleges and the Respondent carries the burden of proof with respect to its defences. Thus, while it is clear that the burden of proof in respect of all jurisdictional objections lies with Egypt, at the merits phase Mr Siag must first prove on the balance of probabilities that he acquired Lebanese nationality, assuming that his acquisition of Lebanese nationality is a relevant factor*<sup>244</sup>.
273. En tout état de cause, quelle que soit la partie sur laquelle repose la charge de la preuve, il est important de souligner que dans le contexte de l'arbitrage international, cette règle doit être appliquée avec souplesse par les tribunaux arbitraux, ce qui viendrait contredire l'existence d'une violation grave. Ainsi que l'a constaté Mojtaba Kazazi " *The flexibility and the truth-seeking nature of the international procedure, as well as the fact that there is usually no possibility of appeal from the decision of international tribunals, require that both Parties try to shed light on the issues in dispute. As rightly concluded by Georges Scelle, in his renowned report on arbitral procedure prepared for and approved by the International Law Commission, "il est...un principe certain, c'est que les Etats en litige ont l'obligation de collaborer de bonne foi à l'administration de la preuve". This principle is equally applicable in international commercial arbitration. Other commentators also find that the duty of collaboration is a general obligation of parties which follows from the consent of States whereby they agree to submit their claims for adjudication. (...) It is true that discharging the burden of proof is the claimant's responsibility. But it should be also noted that in international litigation where the facts to be proved are usually related to events going back many years prior to the time of the proceeding, fulfilling this duty is often far from easy.... The rule of collaboration complements the rule of *actori incumbit probatio*"*<sup>245</sup>.
274. Ce principe de collaboration a été confirmé et très souvent appliqué par les tribunaux Iran-US<sup>246</sup>.
275. Ce devoir de collaboration est d'autant plus important pour les fondements d'annulation relatifs à la compétence dans la mesure où ils concernent d'une part, le droit constitutionnel chilien et, d'autre part, les lois relatives à l'investissement.
276. C'est donc à la lumière de ces principes que le Comité ad hoc devra analyser la Sentence pour déterminer si le Tribunal a ou non renversé la charge de la preuve. Les Demandereuses démontreront ci-après que tel n'a pas été le cas.

<sup>244</sup> *SIAG c/ Egypt* CIRDI No. ARB/05/15 du 1<sup>er</sup> juin 2009 ; voir également *Marvin Feldman c/ Mexico* CIRDI No.ARB/AF/99/1 du 16 décembre 2002

<sup>245</sup> *Mojtaba Kazazi Burden of proof and related issues: a Study on evidence before International Tribunals*, pp.119-121

<sup>246</sup> Supra §166

277. C'est également sous le prisme de ces principes que le Comité *ad hoc* devra déterminer si l'inobservation d'une règle de preuve par le Tribunal présente le caractère de gravité *requis pour prononcer l'annulation de la Sentence*.

(ii) Mise en œuvre du droit applicable

278. Seul le défaut d'application de la règle de droit constitue un cas d'ouverture d'annulation au sens de la Convention CIRDI, à l'exclusion d'une erreur dans l'application, voire dans l'interprétation, quand bien même celle-ci serait "*unwarranted*"<sup>247</sup>.

279. En outre, s'agissant de la question de la nationalité, il n'est pas contesté que le droit de l'Etat de la nationalité doit s'appliquer. Cependant, comme l'a indiqué le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki* "*it is a general principle that a State does not have the last word when a question is raised before an international tribunal concerning the interpretation of its national law, when it comes to question on which the jurisdiction of the Tribunal depends*"<sup>248</sup>.

280. En d'autres termes, le Tribunal arbitral disposait d'un pouvoir d'appréciation pour interpréter le droit chilien sur la nationalité. C'est ce qu'a rappelé le Tribunal dans la Sentence aux paragraphes 319 et 320.

281. Ceci étant rappelé, les Demandées démontreront ci-après que le Tribunal a bien appliqué le droit chilien, tel qu'il est appliqué par les juridictions chiliennes.

(iii) Défaut de motivation de la Sentence

282. Comme l'indique Christoph Schreuer dans son ouvrage, l'absence totale de motivation est une chose rare dans une Sentence arbitrale<sup>249</sup>. De fait, à deux exceptions près<sup>250</sup>, la République du Chili ne prétend pas que le Tribunal a simplement omis de motiver sa décision. Elle soutient en revanche que le Tribunal aurait motivé la Sentence de manière insuffisante ou inadéquate<sup>251</sup>.

283. S'il existe un fondement d'annulation sur lequel la vision des différents Comité *ad hoc* a évolué au fil des ans, c'est bien l'article 52(1)(e) de la Convention. Cette évolution a d'ailleurs

<sup>247</sup> Mémoire en annulation §403

<sup>248</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIRDI No. ARB/02/7 du 15 mai 2009 §59

<sup>249</sup> Ch. Schreuer *The ICSID Convention : a commentary*, Cambridge, 2009, §348, p. 998

<sup>250</sup> Une concerne le prétendu renversement de charge de la preuve du Tribunal pour décider de la nationalité de Monsieur Pey (Mémoire en annulation §665) ; l'autre concerne l'existence de l'investissement alors que les sociétés avaient été dissoutes par les décrets d'expropriation (Mémoire en annulation §688).

<sup>251</sup> Mémoire en annulation §§625, 670, 700 et 711

été constatée par le Comité *ad hoc* appelé à se prononcer sur la Sentence rendue dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, en ces termes :

*Early on, ad hoc Committees interpreted this clause in such a way that it appeared to allow inquiry into the sufficiency or substance of the reasons offered. (...) Later ad hoc Committees, beginning with the MINE Committee, have interpreted Article 52(1)(e) more restrictively. (...) It thus appears that the more recent practice among ad hoc Committees is to apply Article 52(1)(e) in such a manner that the Committee does not intrude into the legal and factual decision-making of the Tribunal. That is to say, Article 52(1)(e) requires that the Tribunal have stated reasons, and that such reasons be coherent, i.e., neither "contradictory" nor "frivolous", but does not provide us with the opportunity to opine on whether the Tribunal's analysis was correct or its reasoning persuasive*<sup>252</sup>.

284. On peut dès lors s'interroger sur la pertinence des exemples donnés par la République du Chili pour guider le Comité *ad hoc* dans son analyse des motivations de la Sentence qui sont principalement l'affaire *Klockner I, Amco I et Patrick Mitchell*<sup>253</sup>. Faut-il rappeler que ces décisions ont fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine, en particulier sur l'interprétation extensive retenue par les Comités *ad hoc* du contrôle des motifs<sup>254</sup>.

Comme l'indique le Professeur Gaillard, "Le Contrôle du défaut de motifs de l'article 52(1)(e) de la Convention de Washington peut être compris de manière plus ou moins large. Il peut être entendu comme un contrôle portant sur l'existence d'une motivation sur l'ensemble des questions litigieuses ou comme un contrôle de la pertinence, voire du bien fondé, de la motivation retenue par les arbitres. Dans le premier cas, il s'agit d'un contrôle externe, destiné à s'assurer que le tribunal arbitral s'est préoccupé de l'ensemble des questions qui lui étaient soumises. Dans l'autre, le contrôle des motifs dérive vers un contrôle de fond. Seule la première de ces interprétations est conforme au vœu des auteurs de la Convention de Washington"<sup>255</sup>.

285. C'est également ce raisonnement qu'a tenu le Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE* en soulignant que le contrôle des motifs ne doit pas être un moyen détourné d'interjeter appel<sup>256</sup>. Ce standard a été rappelé par de nombreux Comités *ad hoc* après *MINE*<sup>257</sup>.

<sup>252</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005

<sup>253</sup> Mémoire en annulation §§597-607

<sup>254</sup> Voir par exemple E. Gaillard, J.D.I No.1, 1987 pp.190-191, J.D.I. No.1, 2007 pp.361 et suivantes; Reza Mohtashami *SIAR*, n°3, 2006 pp.209-210; Weiniger et Page *An ad hoc Committee has granted annulment on unusual grounds. But does the Committee's reasoning add up?* Global Arbitration Review, n°1, 2007, pp.12-13

<sup>255</sup> J.D.I n°1, 2008, p.343

<sup>256</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c/ Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 du 14 décembre 1989 §§5.08 et 5.09

<sup>257</sup> Décisions des Comités *ad hoc* dans les affaires *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c/ The Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/97/3 du 28 mai 2003; *Wena Hotels Ltd. c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI No. ARB/98/4 du 5 février 2002; *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005; *MTD Equity Sdn Bhd & Chile S.A. c/ Chile*, CIRDI No. ARB/01/7 du 21 mars 2007; *Consortium RFCC c/ Kingdom of Morocco*, CIRDI No. ARB/00/6, du 18 janvier 2006 ; *Empresas Lucchetti S.A. & Lucchetti Peru c/ Peru*, CIRDI No. ARB03/4 du 5 septembre 2007

286. En d'autres termes, dès lors que la motivation de la Sentence permet de suivre le raisonnement du Tribunal, quand bien même ce raisonnement contiendrait une erreur de droit ou de fait, l'exigence de la Convention CIRDI est satisfaite et l'annulation ne peut pas être prononcée sur le fondement de l'article 52(1)(e) de la Convention.
287. Il est vrai que des motivations « *contradictory* » ou "frivolous" ne satisfont pas le standard minimum requis par la Convention, cela n'est pas contesté. Cependant, comme l'a indiqué le Comité *ad hoc* dans l'affaire RFCC, seul un défaut manifeste de motivation peut être sanctionné par l'annulation de la Sentence<sup>258</sup>.
288. Il en résulte que, contrairement à l'allégation de la République du Chili, le Comité *ad hoc* dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'analyse des motifs pour décider s'il convient ou pas d'annuler la Sentence. Ceci est rappelé par le Comité *ad hoc* dans l'affaire Wena :
- It is in the nature of this ground of annulment that in case the award suffers from a lack of reasons which can be challenged within the meaning and scope of Article 52(1)(e), the remedy need not be the annulment of the award. The purpose of this particular ground for annulment is not to have the award reversed on its merits. It is to allow the parties to understand the Tribunal's decision. If the award does not meet the minimal requirement as to the reasons given by the Tribunal, it does not necessarily need to be resubmitted to a new Tribunal. If the ad hoc Committee so concludes, on the basis of knowledge it has received upon the dispute, the reasons supporting the Tribunal's conclusions can be explained by the ad hoc Committee itself<sup>259</sup>.*
289. Finalement, la République du Chili prétend que la Sentence devrait être annulée dans la mesure où le Tribunal arbitral n'a pas répondu à l'ensemble des arguments discutés par les Parties au cours de la procédure<sup>260</sup>. Cette prétention est dénuée de fondement, comme l'a rappelé le Comité *ad hoc* dans l'affaire Rumeli Telekom en ces termes : "it is not necessary for a tribunal explicitly to deal with all the arguments raised by the parties. It is important for a tribunal to summarize the parties' positions accurately and comprehensively and thereby take into account and consider all of the arguments raised by the parties. If the arguments of the parties have been correctly summarized and all the claims have been addressed, there is no need explicitly to address each and every one of the arguments raised in support of the particular claims, and it is in the discretion of the tribunal not to do so"<sup>261</sup>.
290. En conséquence, dès lors que par les conclusions du Tribunal, on peut déduire que celui-ci a rejeté, serait-ce implicitement, les arguments soulevés par la République du Chili, la Sentence ne saurait être annulée sur le fondement de l'article 52(1)(e) de la Convention.

<sup>258</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire Consortium RFCC c/ Kingdom of Morocco, CIRDI No. ARB/00/6, du 18 janvier 2006

<sup>259</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire Wena Hotels Ltd. c/ Arab Republic of Egypt, CIRDI No. ARB/98/4 du 5 février 2002, §83

<sup>260</sup> Mémoire en annulation §§611-614

<sup>261</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire Rumeli Telekom S.A. & Telsiom Mobil Tele Komunikasyon Hizmetleri S.A. c/ Kazakhstan, CIRDI N° ARB/05/16 du 25 mars 2010, §84

291. Ceci ayant été rappelé, les Demandeur·ses démontreront ci-après que les prétentions de la République du Chili concernant cette partie de la Sentence, sont dénuées de fondement.

(c) Les prétentions de la République du Chili sont sans fondement

292. Le raisonnement et les conclusions du Tribunal arbitral sur la nationalité de Monsieur Pey Casado sont respectivement aux pages 78 à 84<sup>262</sup>, 86 à 89<sup>263</sup>, 89 à 93<sup>264</sup> et 99 à 105<sup>265</sup> de la Sentence.

293. Or, une lecture attentive de ces passages permet de rejeter intégralement les prétentions de la République du Chili sur la nationalité de Monsieur Pey. Cependant, en vue d'assister le Comité *ad hoc* dans sa décision, les Demandeur·ses analyseront ci-après chacune des prétentions de la République du Chili.

(i) Le Tribunal n'a pas renversé la charge de la preuve

294. Les règles relatives à la charge de la preuve, telles qu'établies ci-dessus<sup>266</sup> peuvent être résumées ainsi :

- le principe "*actori incumbit probatio*" implique que chaque partie doit prouver les faits, ou les règles de droit, sur lesquels elle entend appuyer ses prétentions ;
- dès lors, les Demandeur·ses doivent démontrer qu'elles satisfont *prima facie* aux exigences de la Convention CIRDI et de l'API. En revanche, il incombe à la Défenderesse d'apporter la preuve de son allégation, à savoir que la renonciation à la nationalité est illégale en droit chilien ;
- les règles de la charge de la preuve doivent être appliquées avec souplesse dans le cadre d'un arbitrage international, en tenant compte notamment de l'obligation de coopération des Parties dans l'administration de la preuve ;
- le Tribunal arbitral dispose d'un pouvoir souverain dans l'appréciation de la preuve.

295. C'est à la lumière de ces éléments que le Comité *ad hoc* devra analyser la prétention de la République du Chili concernant le renversement de la charge de la preuve pour décider de la nationalité de Monsieur Pey.

---

<sup>262</sup> Sur la question du droit applicable à la nationalité

<sup>263</sup> Sur la question de la privation de la nationalité chilienne

<sup>264</sup> Sur la nationalité de Monsieur Pey entre 1974 et 1996

<sup>265</sup> Sur la question de la renonciation à la nationalité par Monsieur Pey

<sup>266</sup> Supra §270 et suivants

296. En l'espèce, les Demandées ont démontré que Monsieur Pey avait renoncé à sa nationalité chilienne antérieurement à la date pertinente pour l'article 25 de la Convention CIRDI. Tant les autorités espagnoles que les autorités chiliennes avaient reconnu et accepté cette renonciation<sup>267</sup>. Ce faisant, les Demandées ont satisfait aux exigences de l'article 25 de la Convention CIRDI en démontrant que Monsieur Pey avait la nationalité exclusive espagnole aux dates pertinentes.
297. Il appartenait donc à la Défenderesse de démontrer que la renonciation de Monsieur Pey à sa nationalité chilienne, reconnue par l'Espagne et le Chili, était contraire à la Constitution chilienne pour que son exception d'incompétence prospère.
298. En outre, quelle que soit la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve, le Tribunal ne s'est pas appuyé sur les règles relatives à la preuve pour fonder sa décision. Le Tribunal a considéré que la thèse soutenue par les Demandées était bien fondée en dépit de l'exception soulevée par la République du Chili.
299. Ainsi au paragraphe 318 de la Sentence, le Tribunal arbitral indique :

*[Le Tribunal arbitral] doit certes se fonder sur le droit public chilien, applicable à la question de nationalité, et c'est précisément ce qu'il a fait, à la lumière des allégations et preuves des parties, pour conclure que ce droit permettait la renonciation volontaire, sauf si une situation d'apatriidie devait en résulter.*  
*(Soulignement ajouté)*

300. Ceci étant rappelé, il convient d'analyser l'argumentaire de la République du Chili sur le prétendu renversement de la charge de la preuve.
301. En premier lieu, la République du Chili s'appuie sur la décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002 ordonnant la jonction des questions de compétence avec les questions de fond<sup>268</sup>. Dans cette décision, le Tribunal arbitral avait alors indiqué :

*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 évènements 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 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.*  
*(soulignement ajouté)*

<sup>267</sup> Notamment Pièces CN 56f, CN 65f, CN72f, CN71f, C16 et C23

<sup>268</sup> Pièces CN133bisf et RA-10

302. Il résulte des termes de cette décision, qu'à cette date, le Tribunal arbitral se considérait comme n'étant pas suffisamment informé. En conséquence et dans le prolongement de sa décision, le Tribunal a demandé aux Parties de lui soumettre de nouvelles écritures sur la compétence et a posé des questions très précises auxquelles les Demandées ont répondu<sup>269</sup>.
303. Ainsi, le 11 septembre 2002, les Demandées ont déposé leur mémoire complémentaire sur la compétence<sup>270</sup> dans lequel elles ont à nouveau développé leur position sur la nationalité de Monsieur Pey et ont répondu aux questions posées par le Tribunal arbitral le 8 mai 2002<sup>271</sup>. A cette occasion, les Demandées ont soumis un tableau chronologique accompagné des pièces justificatives des divers domiciles, résidences, passeports et cartes nationales d'identité de Monsieur Pey<sup>272</sup>.
304. La question de la nationalité de Monsieur Pey a également été abondamment discutée lors de l'audience des 15 et 16 janvier 2007<sup>273</sup>. Cette audience avait essentiellement pour objet de répondre aux questions écrites du Tribunal arbitral. Trois des cinq questions portaient sur la nationalité. Ainsi le Tribunal a demandé aux Parties d'exposer leur position sur les points suivants :
- *Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (Jurisprudentiels ou de doctrine) que le Tribunal arbitral devrait prendre en considération pour l'appréciation de la question de double nationalité au sens de la Convention de Washington ?*
  - *Y a-t-il des éléments de droit nouveaux (jurisprudentiels ou de doctrine) qui permettent au Tribunal arbitral d'apprécier la satisfaction de la condition de nationalité au sens du Traité bilatéral ?*
  - *Y a-t-il dans la jurisprudence chilienne des éléments nouveaux qui permettent au Tribunal arbitral d'apprécier la question de la renonciation par un national à sa nationalité ?*
305. C'est dire que fonder un prétendu renversement de la charge de la preuve sur la décision du Tribunal du 8 mai 2002 est pour le moins inapproprié.
306. Le second élément relevé par la République du Chili pour soutenir que le Tribunal lui aurait fait supporter la charge de la preuve est la Sentence elle-même. Selon la Défenderesse, le paragraphe 307 de la Sentence qui indique "*De l'avis du Tribunal arbitral, la défenderesse n'est pas parvenue à apporter une démonstration convaincante de l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne en l'absence de textes précis et de jurisprudence pertinente*" serait la démonstration évidente de ce renversement.
307. Si le Tribunal a indiqué que le Chili n'avait pas démontré l'illégalité de la renonciation volontaire à la nationalité chilienne, il n'a pas pour autant renversée la charge de la preuve.

<sup>269</sup> Pièces CN143f, CN144f, CN145f, CN148, CN151 à 153f, CN155f, CN160f et CN254f

<sup>270</sup> Pièce CN143f

<sup>271</sup> Pièce CN143f, pp.99 à 142 (en particulier concernant la renonciation page 127 et suivantes)

<sup>272</sup> Pièces CN254f et CN145f

<sup>273</sup> Transcriptions de l'audience des 15 et 16 janvier 2007, Pièces CN213 et CN214

308. L'analyse de la Sentence démontre que, au contraire, le Tribunal a analysé l'ensemble des arguments et preuves soumis par les deux Parties pour parvenir à cette conclusion. Le Comité *ad hoc* ne saurait se laisser abuser par la présentation biaisée de la République du Chili.
309. Ainsi lorsque le Tribunal indique "*le texte même de l'article 11 de la Constitution chilienne est ambigu sur la question et ne permet nullement d'affirmer ou de postuler un prétendu caractère limitatif des cas énumérés des pertes de nationalité*"<sup>274</sup> il s'appuie sur l'argumentaire des Demandées formulé dans leurs mémoires et encore au cours de l'audience du mois de janvier 2007<sup>275</sup>.
310. De même, lorsque le Tribunal souligne que "*ce résultat s'applique a fortiori en cas de double nationalité, puisque le renonciation à l'une des nationalités ne conduit pas alors à une situation d'apatriodie*"<sup>276</sup>, il reprend à son compte un argument soutenu par les Demandées tout au long de la procédure arbitrale et réitéré lors des audiences des 15 et 16 janvier 2007<sup>277</sup>.
311. Lorsqu'au paragraphe 311, le Tribunal indique "*rien n'a été établi, aucun texte légal ni aucune décision n'ont été produits ni aucun argument allégué qui soit susceptible de justifier, de l'avis du Tribunal arbitral, un régime qui, en matière de renonciation volontaire, serait discriminatoire : permisif en cas d'acquisition d'une autre nationalité, prohibitif en cas d'autre nationalité déjà acquise, soit de double nationalité*", il ne fait que suivre l'argumentaire des Demandées exposé d'une manière réitérée depuis leur Réponse du 18 septembre 1999<sup>278</sup> jusqu'à l'audience de janvier 2007<sup>279</sup>.
312. La prise en compte par le Tribunal des arguments développés par les Demandées est expressément reconnue aux paragraphes 312 et 313 de la Sentence :

*De manière générale, le Tribunal ne peut que suivre l'argument des demandées que l'inscription d'une règle dans la Constitution ne signifie pas que cette règle n'existe pas avant, bien au contraire"; (...) une règle similaire est incluse, comme l'ont rappelé les demandées, à l'article 1 de la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906 toujours en vigueur au Chili, qui dispose qu'une personne de double nationalité qui rétablit sa résidence dans son pays d'origine et l'y maintient durant plus de deux années, abandonne la deuxième nationalité acquise par naturalisation si elle exprime cet abandon. (soulignement ajouté)*

313. De fait, la question de la nationalité et plus particulièrement de la possibilité de renoncer volontairement à la nationalité chilienne a été abondamment débattue par les Parties. Les

<sup>274</sup> Sentence §308

<sup>275</sup> Pièces CN213, pages 68-73

<sup>276</sup> Sentence §309

<sup>277</sup> Pièces CN213, pp. 76, 80, 82 et CN214, p. 56

<sup>278</sup> Pièces CN90f, pp. 63-90 et pièce CN95, section I.2.3

<sup>279</sup> Pièces CN213 et CN214, pp. 29-33

Demanderesses ont ainsi exposé leur position en s'appuyant sur de nombreuses pièces dans leurs différents Mémoires et à l'occasion des différentes audiences<sup>280</sup>.

314. Or, le Tribunal arbitral dispose d'un large pouvoir dans l'appréciation de la valeur probatoire d'un élément de preuve<sup>281</sup>.
315. Il en résulte que lorsque le Tribunal indique que "*la défenderesse n'est pas parvenue à apporter une démonstration convaincante de l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne*" (p. 307), le Tribunal n'opère pas un renversement de la charge de la preuve mais constate que les éléments apportés par la Défenderesse n'ont pas permis de contredire la démonstration des Demandерesses sur la renonciation volontaire à la nationalité chilienne.
316. En conséquence, le Comité *ad hoc* rejettéra la demande d'annulation de la Sentence sur ce fondement.

*(ii) Le Tribunal a bien appliqué le droit chilien pour déterminer la nationalité de Monsieur Pey*

317. Selon la République du Chili, le Tribunal aurait ignoré le droit chilien, et en particulier la Constitution chilienne, en décidant que Monsieur Pey avait valablement renoncé à sa nationalité chilienne<sup>282</sup>.
318. Cette affirmation est inexacte.
319. Tout d'abord, comme le souligne la Défenderesse, le Tribunal a expressément indiqué que la question de la nationalité de Monsieur Pey était régie par le droit chilien. Ainsi, le paragraphe 260 de la Sentence précise :

*Suivant ces règles bien établies en droit international, le Tribunal arbitral considère que c'est en appliquant le droit chilien que doit être examinée la question de savoir si en l'espèce les autorités chiliennes ont, comme il est allégué par l'intéressé, privé M. Pey Casado de sa nationalité chilienne, ou bien, s'il s'avère que tel n'est pas le cas, si M. Pey Casado a valablement renoncé à la nationalité chilienne.* (soulignement ajouté)

320. C'est ce que le Tribunal arbitral a fait comme le démontre la lecture des paragraphes 307 à 320 de la Sentence.

<sup>280</sup> Voir notamment Mémoire complémentaire sur la compétence p. 127 et suivants ainsi que les pièces y attachées, Mémoire en Réplique du 23 février 2003 p.209 et suivantes ainsi que les pièces y attachées (Pièces CN143f, CN155f) ainsi que les transcriptions des audiences des 3-5 mai 2000 (Pièce CN96f), transcriptions des audiences d'octobre 2001 (Pièces CN132, CN133), transcriptions des audiences des 3-5 mai 2003 (pièces CN157 à CN159) et transcriptions des audiences des 15 et 16 janvier 2007 (Pièces CN213 et CN214).

<sup>281</sup> Supra §92 et suivants

<sup>282</sup> Supra §254

321. Ainsi, le Tribunal arbitral a d'abord analysé la Constitution chilienne de 1980 en vigueur à la date de la renonciation volontaire de Monsieur Pey. Sur ce point, il indique "*le texte même de l'article 11 de la Constitution chilienne est ambigu sur la question et ne permet nullement d'affirmer ou de postuler un prétendu caractère limitatif des cas énumérés de perte de nationalité*"<sup>283</sup>.
322. Cependant, comme l'a reconnu le Tribunal arbitral<sup>284</sup>, la Constitution chilienne de 1980 prévoyait déjà des cas de renonciation à la nationalité chilienne. En effet, son article 11(1) disposait jusqu'à sa modification le 25 août 2005: "*la nationalité chilienne se perd par le fait d'avoir acquis la nationalité d'un pays étranger, excepté dans le cas des chiliens entrant dans le cadre des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article précédent qui auraient obtenu une autre nationalité sans avoir renoncé à leur nationalité chilienne et ce en concordance avec ce qui est stipulé au paragraphe 4 de ce même article*"<sup>285</sup> (soulignement ajouté).
323. C'est d'ailleurs ce qu'a admis le Professeur Cea lors de son intervention à l'audience de janvier 2007 par ces termes : "*si un chilien obtenait la nationalisation dans un pays étranger, la Constitution [de 1980] lui permettait de conserver sa nationalité chilienne, si bien sûr un traité international de réciprocité était en vigueur et s'il décidait de ne pas renoncer à sa nationalité chilienne*"<sup>286</sup> (soulignement ajouté).
324. La possibilité de renoncer à la nationalité chilienne avait d'ailleurs été démontrée par les Demandereuses dans leur Mémoire complémentaire sur la compétence du 11 septembre 2002 citant plusieurs décisions de la Cour suprême chilienne ou arrêts de Cours d'appel chiliennes<sup>287</sup>.
325. A cet égard, il convient également de relever que l'argument de la République du Chili selon lequel le Tribunal arbitral aurait interprété la Constitution chilienne en contradiction avec l'interprétation retenue par les juridictions chiliennes<sup>288</sup> est dénué de fondement.
326. Cela résulte de la lecture des jurisprudences citées par les Demandereuses dans leurs différentes écritures<sup>289</sup>. En tout état de cause, le Tribunal arbitral a indiqué "*quant aux quelques décisions des tribunaux chiliens en la matière qui ont été évoqués, aucune d'entre elles ne concerne une situation identique à celle du présent litige, si bien qu'il est difficile ou même impossible d'y trouver la preuve du bien fondé de l'une ou l'autre des thèses contraires qui ont été développées sur la renonciation à la nationalité*"<sup>290</sup>.
327. Ayant constaté l'existence de la renonciation volontaire dans le cas de l'acquisition de la nationalité d'un Etat étranger, le Tribunal a alors indiqué : "*Rien n'a été établi, aucun texte légal ni aucune décision n'ont été produits ni aucun argument allégué qui soit susceptible de*

<sup>283</sup> Sentence §308

<sup>284</sup> Sentence §§309 et 311

<sup>285</sup> Pièce CN212f

<sup>286</sup> Transcripts audience du 15 janvier 2007 p.20 lignes 24 à 28, Pièce CN213

<sup>287</sup> Pièce CN143f, p.129 et 130

<sup>288</sup> Mémoire en annulation §440

<sup>289</sup> Pièces CN122f, CN44f, CN93f, CN35f, CN36f, CN43f44f

<sup>290</sup> Sentence §307

*justifier, de l'avis du Tribunal arbitral, un régime qui, en matière de renonciation volontaire, serait discriminatoire : permissif en cas d'acquisition d'une autre nationalité, prohibitif en cas d'autre nationalité déjà acquise, soit de double nationalité<sup>291</sup>.*

328. Aux yeux du Tribunal, l'ensemble des éléments de droit chilien soumis par les Parties s'opposait à l'interprétation de la République du Chili, à savoir que la Constitution chilienne interdisait la renonciation volontaire à la nationalité chilienne.
329. La conclusion à laquelle le Tribunal est parvenu est confortée par le fait que certaines conventions internationales en vigueur au Chili prévoient la possibilité de renoncer volontairement à la nationalité. C'est ainsi le cas de la Convención Americana des Droits de l'Homme dont l'art. 20.3 reconnaît le droit à changer de nationalité<sup>292</sup> ; de la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906<sup>293</sup>, comme l'a souligné le Tribunal dans sa Sentence<sup>294</sup>. Ces conventions sont d'application immédiate au Chili en vertu des articles 5<sup>295</sup> et 10.4<sup>296</sup> de la Constitution chilienne.
330. Rappelons, s'agissant de la Convention Américaine des Droits de l'Homme, qu'un Arrêt du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso, confirmé par la Cour suprême le 13 juin suivant, a indiqué que, selon les termes de cette Convention, les autorités chiliennes ne pouvaient pas empêcher un chilien de changer de nationalité en lui interdisant de renoncer à sa nationalité chilienne<sup>297</sup>. Or, la Convención Americana des Droits de l'Homme a été incorporée au système juridique chilien en 1991, soit bien avant que Monsieur Pey ait renoncé à sa nationalité.
331. C'est également le cas de la Convention Bilatérale sur la Double Nationalité signée entre l'Espagne et le Chili en 1958 (CDN), applicable à Monsieur Pey, auquel renvoie l'article 10.4 de la Constitution de 1980 dans sa version en vigueur entre 1989 et 2005<sup>298</sup>. En effet, l'article 6 de la CDN dispose : "*Les espagnols et les chiliens qui auraient acquis la nationalité chilienne ou espagnole en renonçant préalablement à leur nationalité d'origine, pourront récupérer cette dernière, en déclarant qu'ils en ont la volonté devant le Préposé au Registre correspondant*" (soulignement ajouté).

<sup>291</sup> Sentence §311

<sup>292</sup> Incorporée au système juridique chilien par le Décret n°873 de 1990. J.O. du 5 janvier 1991, Pièce CN38.

<sup>293</sup> Pièce CN01f

<sup>294</sup> Sentence §313

<sup>295</sup> Article 5 de la Constitution de 1980, version en vigueur depuis l'amendement du 17.08.1989 : (...) *L'exercice de la souveraineté reconnaît comme limitation le respect envers les droits essentiels qui émanent de la nature humaine. C'est le devoir des organes de l'Etat de respecter et promouvoir ces droits garantis par cette Constitution, ainsi que par les Traités internationaux ratifiés par le Chili et qui sont en vigueur* » (Annexe CN32)

<sup>296</sup> Article 10 de la Constitution de 1980, version en vigueur jusqu'à la réforme du 26.08.2005: « Sont chiliens: (...) 4<sup>o</sup> Les étrangers qui obtiendraient la carte de naturalisation conformément à la loi, renonçant expressément à leur nationalité antérieure. Cette renonciation ne sera pas exigée des personnes nées dans un pays étranger qui, en vertu d'un traité international, concéderait ce même avantage aux chiliens » (Annexe CN32a)

<sup>297</sup> Pièce CN122f

<sup>298</sup> Pièce CN212

332. En réalité, la République du Chili n'admet pas que le Tribunal arbitral soit parvenu à cette conclusion en dépit de l'intervention de Monsieur Cea, Président de la Cour Constitutionnelle chilienne, qui était venu affirmer, lors de l'audience du 15 janvier 2007, qu'il n'était pas possible de renoncer à la nationalité chilienne avant la réforme constitutionnelle de 2005<sup>299</sup>.
333. A cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que Monsieur Cea est intervenu en tant que représentant de la délégation chilienne<sup>300</sup> et non en qualité d'expert, en dépit de ce que la République du Chili tente de faire croire aux membres du Comité *ad hoc*.
334. En second lieu, le Tribunal arbitral dispose d'un large pouvoir d'appréciation concernant la force probante des éléments qui lui sont soumis et ce, même s'agissant de la nationalité, comme rappelé dans l'affaire *Soufraki*.
335. Enfin, les propos de Monsieur Cea ont été immédiatement contredits par les Demandéresses lors de l'audience du 15 janvier 2007<sup>301</sup>.
336. En réalité, c'est bien en application du droit chilien que le Tribunal arbitral a reconnu à Monsieur Pey le droit de renoncer volontairement à sa nationalité chilienne. Tout au plus, le Tribunal a pu commettre une erreur de droit, *quod non*, ce qui ne serait de toute façon pas suffisant pour fonder l'annulation de la Sentence, quand bien même cette erreur serait manifeste<sup>302</sup>.
337. Le recours formé par la République du Chili sur ce fondement n'est autre qu'un appel au fond et ne saurait, en conséquence, être admis par le Comité *ad hoc*. La demande d'annulation du Chili sur ce fondement devra être rejetée.
338. L'argument de la République du Chili consistant à soutenir que le Tribunal arbitral aurait violé l'article 52(1)(b) en reconnaissant que Monsieur Pey avait effectivement renoncé à sa nationalité chilienne est tout aussi mal fondé.
339. Ainsi le Tribunal arbitral indique au paragraphe 322 de la Sentence :

*Il revient donc au Tribunal arbitral d'apprécier le contenu et les effets du droit chilien sur la nationalité et de l'appliquer au cas d'espèce. Ce faisant, le Tribunal est conduit à conclure de ce qui précède la validité d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne lorsque la partie renonçant est double nationale, renonciation dont la réalité a été prouvée par la première partie demanderesse* (soulignement ajouté).

<sup>299</sup> Transcriptions audience du 15 janvier 2007, pp. 18 et suivantes, Pièce CN 213

<sup>300</sup> Supra §63

<sup>301</sup> Transcriptions de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 71 et suivantes, Pièce CN213

<sup>302</sup> Supra §216 et suivants

340. Cette conclusion du Tribunal arbitral est suffisante pour rejeter la prétention de la Défenderesse. Néanmoins, dans un souci de clarté pour le Comité *ad hoc*, les Demandereesses procèderont ci-dessous à l'analyse de la Sentence concernant la réalité de la renonciation à sa nationalité chilienne par Monsieur Pey.
341. Pour les besoins de la démonstration, il convient tout d'abord de rappeler les actes effectués par Monsieur Pey en renonçant à sa nationalité chilienne tels que résumés par le Tribunal arbitral dans sa Sentence aux paragraphes 288 à 292.
342. Le 10 décembre 1996, Monsieur Pey a adressé une lettre au Département Etranger et Immigration du Ministère de l'Intérieur du Chili indiquant qu'il avait établi sa résidence habituelle en Espagne depuis 1974 et que dès lors il avait la nationalité espagnole. Il indiquait par ailleurs qu'il n'entendait pas bénéficier de la CDN de 1958<sup>303</sup>. L'objectif pour Monsieur Pey était de voir refléter dans les registres, sa nationalité espagnole exclusive.
343. Le 7 janvier 1997, Monsieur Pey demandait au Consulat espagnol à Santiago de constater qu'il ne bénéficiait pas de la CDN de 1958 lors de son séjour au Chili. Le 5 février 1997, le Consulat espagnol à Santiago rayait le nom de Monsieur Pey de son registre des citoyens espagnols résidant en Chili constatant que son domicile avait été transféré en Espagne depuis 1974<sup>304</sup>.
344. Le 16 septembre 1997, Monsieur Pey déclarait au Consulat espagnol de Mendoza (Argentine) qu'il avait son domicile en Espagne depuis juin 1974 et qu'il avait donc la nationalité espagnole<sup>305</sup>. Il précisait alors que sa lettre du 10 décembre 1996 devait s'entendre, en tant que de besoin, comme une déclaration formelle de renonciation à sa nationalité chilienne en ces termes :
- Pour ne laisser place à aucun doute à cet égard, je déclare que la communication du 10 décembre 1996 adressée au Département Etranger du Ministère de l'Intérieur du Chili doit s'entendre de la façon qui convienne le mieux en Droit aux fins desquelles elle a été présentée, y compris comme preuve de la renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle à la nationalité chilienne, ce que j'affirme et à quoi je souscris de nouveau par le présent acte à tous effets légaux pertinents<sup>306</sup> (soulignement ajouté).*
345. Le 20 novembre 1997, le juge du registre d'état civil espagnol accueillait la requête de Monsieur Pey déposée le 6 novembre confirmant que celui-ci avait transféré son domicile légal à Madrid depuis le 4 juin 1974<sup>307</sup>.

<sup>303</sup> Pièce CN53f

<sup>304</sup> Pièce CN54f

<sup>305</sup> Pièce CN58f

<sup>306</sup> Ibid

<sup>307</sup> Pièces C10f et C93f

346. Le 24 avril 1998, M. Victor Pey demandait au Ministère espagnol des affaires étrangères de s'assurer que les autorités chiliennes avaient été valablement informées de sa renonciation à la nationalité chilienne en raison d'une part, de son changement de domicile en 1974 et, d'autre part, de sa renonciation au bénéfice de la CDN de 1958<sup>308</sup>.
347. Le 7 juillet 1998, l'Ambassade d'Espagne à Santiago du Chili informait, par Note Verbale, le Ministère des Relations Extérieures de la République du Chili que Monsieur Pey avait renoncé à sa nationalité chilienne conformément à la CDN de 1958 en transférant son domicile en Espagne en 1974; copie de la lettre du conseil de Monsieur Pey et de ses annexes<sup>309</sup> étaient jointes à cette dernière<sup>310</sup>.
348. Suite à cette Note Verbale, le Directeur de la Politique Consulaire et d'Immigration du Ministère des Relations Extérieures du Chili demandait à la direction du Registre d'état civil chilien d'inscrire que Monsieur Pey avait renoncé à sa nationalité chilienne. La modification au Registre d'état civil est intervenue le 4 août 1998 en faisant apparaître en marge que Monsieur Pey avait le statut d'étranger<sup>311</sup>. Comme le souligne le Tribunal arbitral dans sa Sentence, cette inscription n'a pas été contestée par la Défenderesse qui a, en revanche, contesté la validité de cette inscription et la compétence du fonctionnaire qui y a procédé<sup>312</sup>.
349. Par cette inscription, la République du Chili reconnaissait la renonciation de Monsieur Pey à sa nationalité chilienne, ce que n'a pas manqué de souligner le Tribunal arbitral<sup>313</sup>.
350. Comme les Demandorées l'ont indiqué au cours de la procédure d'arbitrage<sup>314</sup>, en droit chilien, l'inscription au Registre d'état civil a un effet informatif, ce qui n'a pas été contesté. En revanche, la date d'effet de la renonciation est celle de la déclaration de la renonciation et non celle de son enregistrement<sup>315</sup>.
351. Le 23 juin 1999, le Ministère de l'Intérieur chilien ordonnait au Registre de l'état Civil de rayer la mention du statut d'étranger de Monsieur Pey au motif que le fonctionnaire ayant

<sup>308</sup> Pièce CN65f, p. 1 et 2

<sup>309</sup> Les pièces annexées figurent dans la lettre du 7 mai 1997 (Pièces C23 et CN56f)

<sup>310</sup> Pièces CN65f, p. 1 et 5, et CN71f, p. 3

<sup>311</sup> Pièce CN71f, p. 1 et 2.

<sup>312</sup> Sentence §292

<sup>313</sup> Sentence §317

<sup>314</sup> Voir Mémoire complémentaire sur la compétence du 11 septembre 2002 p. 134 et suivantes (Pièce CN143f); Consultation de Maître Victor Araya (Pièce CN151f), communiquée par les Demandorées à l'appui de leur Mémoire en réplique au contre-mémoire de la République du Chili du 23 février 2003 (Pièce CN155f) ainsi que la réponse des Demandorées à la troisième question posée par le Tribunal arbitral au cours de l'audience du 5 mai 2000 (transcription audience 5 mai 2000) communiquée par écrit au Tribunal le 17 mai 2000 (Pièce CN96f).

<sup>315</sup> Le fait constitutif de la perte de la nationalité par renonciation a lieu à la date de la manifestation de volonté de renoncer selon les lois des Registres de l'Etat civil du Chili et de l'Espagne. Cela a été rappelé par les Demandorées au cours de l'audience de mai 2000 dont la version écrite a été communiquée au Centre le 17 mai 2000, qui indiquaient : "la Constitution Politique de la République en ses articles 10 et 11 alors en vigueur ne soumet la renonciation à la nationalité à aucune formalité quelle qu'elle soit. Cette conformité avec ses principes généraux de droit interne chilien, l'absence de règle légale expresse qui imposait que l'acte comporte un caractère formel ou solennel, il s'agirait d'un acte consensuel, la simple manifestation de volonté étant donc suffisante pour qu'il produise son plein effet juridique" (Article 1445 du Code Civil) » (Annexes CN96bis et CN96f, pages 95 et 11 respectivement).

procédé à cette inscription n'était pas compétent<sup>316</sup>. Ce faisant, les autorités chiliennes essayaient de combattre le *ius standi* de Monsieur Pey dans la procédure arbitrale en violation du droit chilien qui prévoit qu'une inscription portant sur la nationalité ne peut être modifiée dans le Registre de l'état civil que par l'autorité judiciaire, sauf consentement de l'intéressé.

352. La question s'est alors posée pour le Tribunal de déterminer si les actes pris par Monsieur Pey étaient constitutifs d'une renonciation, en dépit de la suppression de la mention "étranger" sur le Registre d'état civil chilien.

353. Il est intéressant de souligner la remarque du Tribunal arbitral concernant l'attitude de la République du Chili à cet égard. Celui-ci indique :

*Cette reconnaissance formelle par un officier public du statut d'étranger de M. Pey Casado a paru gêner le Ministère chilien de l'intérieur qui, le 23 juin 1999, soit pendant le cours de la présente procédure arbitrale - a entrepris des démarches tendant à faire annuler l'inscription, au motif que l'officier d'état civil n'aurait pas été compétent pour y procéder. Comme d'autres démarches ou manipulations auxquelles des Parties à l'arbitrage croient devoir ou pouvoir recourir pendante l'arbitrage pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral (v., par exemple, la décision n°43 du 28 avril 2000, ou les tentatives faites à Madrid pour obtenir une interprétation favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres<sup>317</sup>.*

354. Ayant pris acte de la reconnaissance de la renonciation de Monsieur Pey par l'officier chargé du Registre d'état civil du Chili, le Tribunal poursuit en indiquant :

*Il n'est pourtant pas certain qu'une reconnaissance par l'Etat défendeur, si significative soit-elle, soit indispensable à sa prise en considération par le Tribunal arbitral. (...). Il y a lieu de rappeler que si, en droit international le droit applicable à la nationalité d'un Etat donné est en principe le droit de cet Etat, le juge ou l'arbitre international détient cependant le pouvoir d'en apprécier le contenu et les effets, comme indiqué par exemple dans la sentence rendue par un Tribunal CIRDI dans l'affaire Soufaki c. Emirats Arabes Unis du 7 juillet 2004 (...)<sup>318</sup>.*

355. Ce principe s'appliquant notamment lorsqu'un Etat tente d'imposer sa nationalité à un investisseur en vue de le priver du bénéfice de la protection d'un traité de protection des investissements et de la Convention CIRDI, le Tribunal a conclu que "une interdiction de renoncer à une nationalité (dans un cas où une telle renonciation ne mènerait pas à

<sup>316</sup> Il s'agit de l'une des pièces produites par la délégation du Chili après la clôture de l'audience du 5 mai 2000 sur laquelle les Demandeur(e)s n'avaient pas été mises en mesure de répondre par le Tribunal présidé par M. Rezek. Pièces C96, C97, C150 ; également lois chiliennes et espagnoles sur le registre d'état civil, Pièces CN255 et CN256 la doctrine de la Cour Suprême du Chili –Arrêt du 19 janvier 2000 (pièce CN93f) ; Considérant 5(a) de l'Arrêt du 31 octobre 1989 (pièce CN36f) ; l'attenu de l'Arrêt du 25 juillet 1988 (pièce CN35f) ; le Considérant 1<sup>o</sup> (e) de l'Arrêt du 8 janvier 1993 (pièce CN42f) ; le Considérant 3<sup>o</sup> de l'Arrêt du 19 janvier 2001 (pièces CN117f et CN45f).

<sup>317</sup> Sentence note de bas de page n°270

<sup>318</sup> Sentence §§ 318-319

*l'apatriodie) équivaut à l'imposition par l'Etat de sa nationalité*<sup>319</sup>, en violation du droit international et de la Convention CIRDI en particulier.

356. Par ces termes, le Tribunal a considéré que la suppression de l'inscription sur le Registre d'état civil ne pouvait être valablement opposée à Monsieur Pey. Au contraire, il convenait de donner plein effet à la déclaration de renonciation à sa nationalité chilienne effectuée par Monsieur Pey.
357. S'agissant de la date de la déclaration, le Tribunal arbitral fait référence à la date du 16 septembre 1997 lorsque Monsieur Pey a expressément indiqué au Consulat d'Espagne que sa lettre du 10 décembre 1996 au Département Etranger et Immigration du Ministère de l'Intérieur chilien devait être entendue comme une déclaration solennelle de sa renonciation à la nationalité chilienne.
358. Ainsi, la déclaration de renonciation à la nationalité est intervenue le 10 décembre 1996, réitérée au plus tard le 16 septembre 1997, en tout état de cause avant les dates pertinentes de l'article 25 de la Convention de Washington<sup>320</sup>.
359. L'allégation de la République du Chili selon laquelle la déclaration ne serait intervenue que le 10 juillet 1998, date à laquelle l'Ambassade d'Espagne à Santiago du Chili a informé le Ministère des Relations Extérieures chilien de la renonciation à sa nationalité chilienne par Monsieur Pey est donc erronée. En réalité, avec cet argument, la République du Chili tente de former un appel au fond de la décision du Tribunal, celui-ci ayant clairement indiqué que la déclaration de renonciation était intervenue avant cette date en application de la loi.
360. Il résulte des développements ci-dessus que le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la République du Chili sur ce fondement.

*(iii) Le Tribunal a motivé sa décision concernant la nationalité de Monsieur Pey*

361. La République du Chili soutient également que la Sentence doit être annulée pour défaut de motivation en application de l'article 52(1)(e). Selon elle, le Tribunal n'aurait pas motivé sa décision reconnaissant la possibilité de renoncer à la nationalité chilienne en droit chilien<sup>321</sup>. Il n'aurait pas non plus expliqué quels actes de Monsieur Pey étaient constitutifs d'une renonciation à la nationalité chilienne<sup>322</sup>. A cet égard, la République du Chili prétend que la conclusion du Tribunal selon laquelle Monsieur Pey avait réitéré sa renonciation à la nationalité par sa déclaration devant le Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine)<sup>323</sup>, serait en

---

<sup>319</sup> Sentence note de bas de page 274

<sup>320</sup> *Supra* §246

<sup>321</sup> *Supra* §261

<sup>322</sup> *Supra* §262

<sup>323</sup> Sentence §289

contradiction avec sa conclusion précédente selon laquelle la lettre de 1996 ne constituerait pas une renonciation à sa nationalité<sup>324</sup>.

- 362. En premier lieu, les développements ci-dessus démontrent que le Tribunal n'a pas renversé la charge de la preuve, a effectivement appliqué le droit chilien pour trancher la question de la nationalité de Monsieur Pey aux dates pertinentes de l'article 25 de la Convention CIRDI et que la Sentence est suffisamment motivée.
- 363. On rappellera que le contrôle du Comité *ad hoc* doit se limiter à vérifier que le Tribunal a motivé sa décision sans qu'il ait besoin de se prononcer sur le bien fondé de son raisonnement ou sur son caractère convaincant, sauf à admettre un appel au fond.
- 364. S'agissant du point de savoir si les actes de Monsieur Pey étaient constitutifs d'une renonciation à la nationalité chilienne, le Tribunal arbitral a exposé sa position aux paragraphes 317 et suivants de la Sentence. Il indique "*le 16 septembre 1997, Monsieur Pey Casado a procédé expressément auprès du Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine) à une déclaration de renonciation au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle*"<sup>325</sup>.
- 365. Cette affirmation doit se lire à la lumière des paragraphes précédents de la Sentence, et en particulier des paragraphes 288 et suivants, ce que fait d'ailleurs la République du Chili.
- 366. Ceci étant, contrairement à l'allégation de la Défenderesse, le Tribunal ne se contredit pas. En effet, lorsque le Tribunal indique que "*la déclaration de Monsieur Pey Casado de son changement de résidence vers l'Espagne a pour conséquence un changement de la loi qui lui est applicable mais ne le prive nullement de ses deux nationalités*" (Sentence §294), c'est en tenant compte des termes de la lettre du 10 décembre 1996 qui sont ambigus.
- 367. Dans cette lettre, Monsieur Pey indiquait :

*J'accomplis [la formalité consistant à] vous informer que depuis 1974 ma résidence habituelle a été transférée en Espagne où elle se situe actuellement Ronda Granero n°13, 28043 Madrid. Par conséquent, ma nationalité étant l'espagnole, durant mon séjour au Chili, je n'ai pas recours aux bénéfices de la Convention bilatérale du 24 mai 1958<sup>326</sup>.*

- 368. Cependant, le Tribunal poursuit en précisant "*la seule question est donc de savoir si la déclaration et les autres actes de Monsieur Pey Casado équivalent à une renonciation à la nationalité chilienne*" (Sentence §295).

---

<sup>324</sup> Mémoire en annulation, § 655

<sup>325</sup> Sentence §317

<sup>326</sup> Pièce CN53f

369. Or, l'un des autres actes émis par Monsieur Pey et retenu par le Tribunal arbitral<sup>327</sup> est la déclaration de Monsieur Pey du 16 septembre 1997 dans laquelle il précise "pour ne laisser place à aucun doute à cet égard, je déclare que la communication du 10 décembre 1996 (...) doit s'entendre de la façon qui convienne le mieux en Droit aux fins desquelles elle a été présentée, y compris comme preuve de ma renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle à la nationalité chilienne, ce que j'affirme et à quoi je souscris de nouveau par la présente"<sup>328</sup> (soulignement ajouté).
370. Dès lors, si la lecture de la seule lettre du 10 décembre 1996 pouvait laisser subsister une ambiguïté sur les intentions de Monsieur Pey, cette même lettre, lue à la lumière de la déclaration faite par Monsieur Pey en 1997, ne laisse plus de place au doute. Or, dans la déclaration de 1997, c'est bien la lettre de 1996 qui constitue une renonciation.
371. Dès lors, comme pour les autres fondements relatifs à la nationalité de Monsieur Pey, la demande d'annulation de la Sentence sur ce fondement sera rejetée par le Comité *ad hoc*.

### 3.1.3 **Les conditions du consentement au sens de l'API : existence d'un investissement au sens de l'API**

372. Comme pour la question de la nationalité de Monsieur Pey, la République du Chili a, au cours de la procédure d'arbitrage, déployé tous les moyens<sup>329</sup> pour tenter, en vain, de convaincre le Tribunal arbitral que l'acquisition par Monsieur Pey des entreprises éditrices du quotidien *El Clarin* ne pouvait pas être qualifiée d'investissement étranger au sens de l'Accord de Protection des Investissements (API) Espagne-Chili.
373. N'ayant pas obtenu gain de cause devant le Tribunal arbitral, elle tente de faire annuler la Sentence aux motifs (*i*) que le Tribunal arbitral aurait commis un excès de pouvoir manifeste en reconnaissant à l'acquisition effectuée par Monsieur Pey en 1972 la qualité d'investissement étranger au sens de l'API et (*ii*) qu'il aurait omis de motiver sa Sentence sur ce point.
374. Après avoir fait un bref rappel de la position du Chili, les Demandées démontreront que cette demande est sans fondement.

(a) La position de la République du Chili concernant l'investissement de Monsieur Pey

(i) Le prétendu excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral

---

<sup>327</sup> Sentence §290

<sup>328</sup> Pièce CN58f

<sup>329</sup> Rappelons à cet égard qu'avant même l'enregistrement de la requête d'arbitrage par le Centre, la délégation chilienne a tenté de négocier avec des fonctionnaires espagnols l'interprétation des termes clés de l'API pour lui permettre de soutenir son exception d'incompétence (supra §§ 20 et 21).

375. L'article 2 (2) de l'API Espagne-Chili dispose :

*Le présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger.*

376. La République du Chili soutient que le Tribunal arbitral n'aurait pas appliqué le droit chilien pour qualifier l'acquisition du journal *El Clarin* par Monsieur Pey d'investissement étranger au sens de l'API.

377. Selon elle, en 1972<sup>330</sup>, les investissements étrangers étaient régis au Chili par la Décision 24, issue du Pacte de Carthagène signé à la fin des années soixante et mise en vigueur au Chili par le Décret No 482 du 25 juin 1971<sup>331</sup>.

378. La République du Chili considère que le Tribunal arbitral aurait donc dû appliquer la Décision 24 à l'investissement de Monsieur Pey sans rechercher, comme il l'a fait, si celle-ci pouvait être effectivement appliquée au Chili avant octobre 1972<sup>332</sup>.

379. De la même manière, la Défenderesse prétend que la loi 16.643 du 17 juillet 1967 relative à l'abus de publicité et en particulier ses articles 5 et 6 qui disposent respectivement :

*Article 5 : (...) le propriétaire de tout journal, revue ou écrit journalistique dont la direction nationale se situe au Chili, ou de toute agence d'informations nationales, et le concessionnaire de toute radio émettrice ou station de télévision devront être chiliens et avoir son domicile et résidence dans le pays (...);*

*Article 6 : Les journaux, les revues, les écrits journalistiques ou les transmissions de stations de radio ou de télévision ne pourront débuter tant qu'ils n'auront pas rempli les conditions de l'article 5<sup>333</sup>.*

380. Selon elle, cette loi est incompatible avec la qualification d'investissement étranger au sens de l'API.

381. En outre, la République du Chili prétend que le Tribunal arbitral s'est illégitimement reconnu compétent à l'égard d'un investissement qui n'existe plus à la date d'entrée en vigueur de l'API ou à la dates des faits pour lesquels elle a été condamnée. Cette reconnaissance

<sup>330</sup> Mémoire en annulation §§510-520

<sup>331</sup> Pièce CN07f

<sup>332</sup> Mémoire en annulation §512

<sup>333</sup> Pièce RA-95

constituerait, selon elle, un excès de pouvoir manifeste sanctionné par la nullité aux termes de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI<sup>334</sup>.

382. Pour appuyer cet argument, la République du Chili allègue que l'expropriation par le Décret N°165 de 1975 des autorités militaires chiliennes, que le Tribunal arbitral a qualifiée d'acte instantané, a fait disparaître l'investissement de Monsieur Pey dès 1975. Dès lors, il ne pouvait pas bénéficier de la protection offerte par les dispositions de l'API.

*(ii) Le prétendu défaut de motifs de la Sentence concernant l'investissement de Monsieur Pey*

383. La République du Chili demande également l'annulation de la Sentence au motif que le Tribunal arbitral n'aurait pas motivé sa décision de qualifier l'acquisition de l'entreprise éditrice du journal El Clarin par Monsieur Pey d'investissement étranger au sens de l'API.

384. Ainsi, la Défenderesse soutient que la Sentence ne contient aucune explication permettant d'affirmer que Monsieur Pey a acquis les actions de CPP S.A.<sup>335</sup>

385. Elle prétend par ailleurs que le Tribunal arbitral aurait omis d'expliquer comment il a pu contourner l'apparente contradiction - qualifiée de *dilemme* - entre la loi 16.643 de 1967 imposant à tout propriétaire de journal d'être chilien et l'article 2 de l'API relatif à la protection des investissements étrangers.

386. Enfin, la République du Chili soutient que la Sentence doit être annulée au motif que celle-ci ne contient aucune explication sur le fait que le Tribunal se soit reconnu compétent à l'égard d'un investissement qui aurait disparu à la date d'entrée en vigueur de l'API et, *a fortiori*, à la date des faits pour lesquels le Chili a été condamné<sup>336</sup>.

387. Aucun des arguments du Chili ne saurait prospérer.

*(b) Les contours des fondements d'annulation retenus par le Chili*

*(i) Excès de pouvoir manifeste dans la mise en œuvre du droit applicable*

<sup>334</sup> Mémoire en annulation §§549-555

<sup>335</sup> Mémoire en annulation §§671-672

<sup>336</sup> Mémoire en annulation §§684-693

388. Les Demanderes renvoient à leurs développements précédents sur cette question<sup>337</sup>. L'annulation pour excès de pouvoir manifeste en raison du défaut d'application de la loi requiert une double démonstration :

1. que le Tribunal a effectivement écarté le droit applicable et non pas qu'il a commis une erreur, soit dans l'application de la norme, soit dans son interprétation, fût-elle manifeste ;
2. l'excès de pouvoir doit être manifeste, c'est-à-dire évident, clair, ne nécessitant pas d'entrer dans une analyse exhaustive des textes et de la Sentence.

*(ii) Excès de pouvoir manifeste concernant la compétence du Tribunal arbitral*

389. L'article 52(1)(b) de la Convention s'applique lorsqu'un Tribunal arbitral a rendu une décision sur sa compétence manifestement au-delà ou en deçà du consentement des Parties.

390. Cependant, les cas de nullité doivent être limités à de véritables excès de pouvoir et ne doivent pas permettre aux Comités *ad hoc* de substituer leur raisonnement à celui du Tribunal. Ainsi, dans l'affaire *Lucchetti*, le Comité *ad hoc* avait rappelé son rôle en ces termes :

*The task of the Ad hoc Committee is to consider whether the manner in which the Tribunal approached and accomplished that task opened its Awards to annulment under the Convention ; or adequately met the requirements of the Convention. The word "manner" is specifically used here in order to emphasize that it is no part of the Committee's function to review the decision itself which the Tribunal arrived at, still less to substitute its own views for those of the Tribunal, but merely to pass judgment on whether the manner in which the Tribunal carried out its functions met the requirements of the ICSID Convention<sup>338</sup>*

391. Comme pour le défaut d'application de la loi, l'excès de pouvoir relatif à la compétence du Tribunal doit, pour ouvrir droit à l'annulation de la sentence, être manifeste. C'est ainsi que le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki* avait rappelé "*an excess of power must be manifest applies equally if the question is one of jurisdiction. A jurisdictional error is not a separate category of excess of power*"<sup>339</sup>.

392. Si cette condition ne semble pas contestée par la République du Chili<sup>340</sup>, elle soutient que la définition du terme manifeste devrait s'entendre plus largement lorsqu'il s'agit d'évaluer la compétence du Tribunal. Selon elle, "*establishing the existence of an excess of power may*

---

<sup>337</sup> Supra §216 et suivants

<sup>338</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Empresas Lucchetti SA et Lucchetti Peru SA c/ Peru*, CIRDI No. ARB/03/04 du 5 septembre 2007 §97).

<sup>339</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIRDI No. ARB/02/7 du 15 mai 2009 §§118-119.

<sup>340</sup> Mémoire en annulation §398.

*demand a detailed analysis of complex factual and legal issues ; however, this does not in itself mean that the "excess of power" is not manifest"<sup>341</sup>.*

393. Pourtant, les précédents Comités *ad hoc* ont, pour la plupart, adopté une position radicalement différente. Ainsi dans l'affaire *Repsol*, le Comité a indiqué "*it is generally understood that exceeding one's power is "manifest" when it is obvious by itself simply by reading the Award*"<sup>342</sup>.
394. Cette exigence du caractère manifeste de l'excès de pouvoir a notamment pour objet d'éviter une réouverture du débat au fond. En effet, ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une question de compétence que cela doit permettre d'étendre les pouvoirs des Comités *ad hoc* d'une manière qui n'était pas prévue par les rédacteurs de la Convention.
395. Ainsi à suivre la position du Chili, la Sentence dont la grande majorité des questions concernait la compétence du Tribunal, serait susceptible d'un appel au fond dès lors que les membres du Comité *ad hoc* ne partageraient pas l'analyse du Tribunal. Cela s'opposerait à la Convention et à la finalité du système CIRDI, ainsi qu'à la sécurité juridique recherchée par les Parties.
396. Dans la mesure où dans la plupart des arbitrages CIRDI fondés sur un API l'Etat soulève une exception d'incompétence, cela reviendrait à ouvrir un double degré de juridiction sur la question de la compétence, ce qui n'a jamais été l'intention des rédacteurs de la Convention.
397. En outre, il serait incompréhensible de permettre l'annulation de la sentence sur le fondement de l'excès de pouvoir lié à la compétence sans que celui-ci soit manifeste et de la rejeter, s'agissant de la mise en œuvre de la loi applicable. En effet, la compétence du Tribunal est très souvent intimement liée à l'application du droit de l'Etat d'accueil que ce soit sur la nationalité ou sur l'investissement. Adopter un régime différent selon que l'on se place sous le régime de l'excès de pouvoir pour mise en œuvre du droit applicable ou sous celui de l'excès de pouvoir relatif à la compétence est tout simplement contradictoire. Les deux cas d'ouverture doivent nécessairement suivre le même régime.
398. Or, comme l'a indiqué le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki*, la qualification du caractère "manifeste" requiert une double exigence, d'une part l'excès de pouvoir doit être clair ("*textually obvious*") et, d'autre part, il doit être grave ("*substantially serious*")<sup>343</sup>.
399. En tout état de cause, le Tribunal arbitral n'a pas excédé son pouvoir, manifestement ou pas, de manière grave ou pas. Il est tout simplement resté dans les limites du consentement des Parties.

<sup>341</sup> Mémoire en annulation §400.

<sup>342</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Repsol c/PF Ecuador SA c/ Empresa Enatal Petroleosdel Ecuador*, CIRDI No. ARB/01/10 du 25 mars 2010 §36.

<sup>343</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIRDI No. ARB/02/7 du 15 mai 2009 §§38-40.

*(iii) Défaut de motivation de la Sentence*

400. S'agissant du défaut de motifs de la Sentence, le Tribunal arbitral n'est tout d'abord pas tenu de répondre à chacun des arguments discutés par les Parties au cours de la procédure d'arbitrage<sup>344</sup>.
401. De même, s'agissant d'une prétendue contradiction de motifs, il a été indiqué par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *RFCC* que pour pouvoir fonder une annulation, celle-ci devait être manifeste et réelle<sup>345</sup>.
402. En l'espèce, la Sentence ne contient pas de telles contradictions et le raisonnement du Tribunal pour établir l'existence d'un investissement au sens de l'API est sans ambiguïté.

*(c) Les prétentions de la République du Chili concernant l'investissement de Monsieur Pey sont sans fondement*

*(i) Le Tribunal arbitral a appliqué le droit chilien pour qualifier l'investissement de Monsieur Pey d'investissement étranger au sens de l'API*

403. Avant d'entrer dans l'analyse détaillée des parties de la Sentence sur la condition d'investissement au sens de l'API, il convient de souligner que le Tribunal arbitral a reconnu que pour bénéficier de la protection de l'API l'investissement de Monsieur Pey devait avoir été effectué conformément à la législation chilienne en vigueur à la date de l'investissement soit en 1972.

404. Ainsi, le Tribunal indique au paragraphe 370 de la Sentence :

*Pour que l'API soit applicable à une opération réalisée en 1972, il est nécessaire que l'opération litigieuse corresponde à la définition de l'investissement établie par l'article 1(2) de l'API et qu'elle ait la qualité d'investissement étranger au sens de la législation chilienne appliquée à l'époque.*

405. Tout au long de la procédure d'arbitrage, la République du Chili a soutenu que les investissements étrangers étaient régis par la Décision 24 du Pacte de Carthagène entrée en vigueur au Chili en 1971, conformément aux décrets n° 482 et 488. Dès lors, pour être qualifié d'investissement étranger, il convenait de démontrer l'existence de transferts de capitaux vers le Chili, par une personne n'ayant pas la nationalité chilienne. En outre, l'investissement devait être préalablement autorisé et enregistré auprès des autorités compétentes<sup>346</sup>. Ne remplissant aucune de ces conditions, l'investissement réalisé par Monsieur Pey en 1972 ne pouvait être qualifié d'investissement étranger selon la délégation du Chili.

<sup>344</sup> Supra §289

<sup>345</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Consortium RFCC c/ Kingdom of Morroco*, CIRDI No. ARB/00/6 du 18 janvier 2006 §§246-244 ; également *compaña de Aguas del Acouquijo SA y Vivendi Universal c/ Republic of Argentina*, CIRDI No. ARB/97/3 du 28 mai 2003 §65.

<sup>346</sup> Mémoire en annulation §§515-516

406. La position des Demandéresses concernant l'application de la Décision 24 du Pacte de Carthagène est résumée aux paragraphes 356 à 360 de la Sentence.
407. De fait, la question de l'entrée en vigueur et de l'application effective de la Décision 24 a été très largement débattue par les Parties.
408. Comme l'indique justement la République du Chili dans son Mémoire en annulation<sup>347</sup>, le Tribunal arbitral, après avoir analysé les arguments des deux Parties, a considéré que la Décision 24 issue du Pacte de Carthagène était entrée en vigueur au Chili<sup>348</sup>.
409. Partant, le Tribunal a continué d'analyser l'argumentaire des Parties sur la Décision 24. Il indique ainsi, *"dans l'hypothèse où la Décision n°24 serait entrée en vigueur, les Demandéresses ont toutefois fait valoir que l'application pratique de la Décision n°24 exigeait l'adoption d'un certain nombre de mesures qui n'ont pas été prises et qu'en conséquence la Décision n°24 n'a jamais été effectivement appliquée"*<sup>349</sup>.
410. Aujourd'hui, pour la première fois, la République du Chili reproche au Tribunal arbitral d'avoir procédé à cet exercice. Selon elle, le Tribunal arbitral aurait dû appliquer les dispositions de la Décision 24 sans rechercher si celle-ci était effectivement appliquée, comme le lui demandaient les Demandéresses<sup>350</sup>.
411. Cet argument est curieux. Il consiste à soutenir que le Tribunal aurait dû appliquer les dispositions de la Décision 24 à l'investissement de Monsieur Pey sans se soucier de savoir si ces dispositions étaient effectivement appliquées à tous les investissements étrangers au Chili à cette époque. En d'autres termes, l'investissement de Monsieur Pey aurait dû recevoir un traitement spécial, discriminatoire, par rapport aux autres investissements étrangers.
412. La République du Chili ne peut sérieusement reprocher au Tribunal arbitral de s'être assuré de l'application concrète et effective des dispositions de la Décision 24. Elle ne peut pas non plus demander au Comité *ad hoc* de sanctionner la Sentence sur ce fondement.
413. Ayant conclu que la Décision 24 ne pouvait pas être utile pour définir les conditions d'investissement au sens de l'API<sup>351</sup>, le Tribunal arbitral s'est alors penché sur les autres dispositions légales définissant, selon la République du Chili, l'investissement étranger en droit chilien.

---

<sup>347</sup> Mémoire en annulation §514

<sup>348</sup> Sentence §391 qui précise : *"le Tribunal estime dès lors que le Président de la République a agi conformément aux pouvoirs qui lui étaient conférés à l'époque et que la Décision n°24 a pu finalement entrer en vigueur par le biais du décret d'insistance du 30 juin 1971"*.

<sup>349</sup> Sentence §392

<sup>350</sup> Mémoire en annulation §518

<sup>351</sup> Sentence §§398 à 401

414. Le Tribunal a d'abord analysé le Décret-loi n°258 du 30 mars 1960 pour conclure que les Parties s'accordaient sur le fait qu'il était d'application facultative<sup>352</sup>. Il a ensuite examiné les dispositions du décret-loi n°1272 du 7 septembre 1961 pour en conclure qu'il n'avait pas vocation à s'appliquer à l'investissement de Monsieur Pey<sup>353</sup>. Finalement, il a examiné les dispositions de la loi n°16.643 du 17 juillet 1967.
415. La Défenderesse soutenait qu'aux termes de cette loi, seul un chilien pouvait être propriétaire d'un quotidien au Chili. Dès lors, le Tribunal arbitral se trouvait face à un dilemme car il ne pouvait pas d'un côté admettre que Monsieur Pey avait réalisé son investissement en qualité d'espagnol pour satisfaire aux conditions de la Décision 24 du Pacte de Carthagène et d'un autre côté considérer que Monsieur Pey était chilien pour satisfaire aux conditions de la loi n°16.643 de 1967<sup>354</sup>.
416. S'agissant de la condition de nationalité lui permettant d'être propriétaire du journal, le Tribunal indique :
- En 1972, lorsque M. Pey Casado a effectué son investissement, il était titulaire de la double nationalité hispano-chilienne. Résidant au Chili depuis 1947, M. Pey Casado bénéficiait de la Convention sur la double nationalité depuis 1958. La loi n° 16.643 ne contenant pas de disposition spécifique relative aux doubles nationaux, la situation de M. Pey Casado était donc tout à fait compatible avec les dispositions de ce texte<sup>355</sup>.*
417. S'agissant du prétendu dilemme soulevé par la République du Chili, le Tribunal arbitral précise "*le Tribunal a déjà conclu que la Décision n°24 n'avait en réalité jamais fait l'objet d'une application effective au Chili. Le dilemme mis en évidence par la défenderesse ne s'est donc jamais réellement posé*"<sup>356</sup>.
418. Aujourd'hui, pour la première fois, la République du Chili prétend que le dilemme en question concerne l'incompatibilité du respect des dispositions de la loi 16.643 et la qualité d'investisseur étranger au sens de l'API. Elle soutient que pour être qualifié d'investissement étranger, Monsieur Pey devait avoir effectué son investissement en qualité d'espagnol en 1972<sup>357</sup>.
419. Ce n'est pas ce qu'a retenu le Tribunal dans sa Sentence. En effet, le Tribunal constate que l'API retient une "*conception large de la notion d'investissement*" la seule condition étant "*celle de l'acquisition en conformité au droit de l'Etat d'accueil*"<sup>358</sup>.
420. Or, le Tribunal a constaté que le droit chilien ne contenait pas de disposition définissant l'investissement étranger et que celui-ci ne devait pas remplir de condition particulière. La loi

<sup>352</sup> Sentence §404

<sup>353</sup> Sentence §408

<sup>354</sup> Voir en ce sens Sentence §§345 et 409 et Contre-mémoire du Chili du 3 février 2003 page 186 (Pièce RA-19)

<sup>355</sup> Sentence §410

<sup>356</sup> Ibid

<sup>357</sup> Mémoire en annulation §525-528

<sup>358</sup> Sentence §368

16.643 de 1967 quant à elle ne concerne pas l'investissement. Elle impose simplement aux propriétaires de journaux d'être de nationalité chilienne, condition remplie par Monsieur Pey en raison de sa double nationalité en application de la CDN de 1958. La République du Chili ne peut donc s'appuyer sur la loi 16.643 pour démontrer que l'investissement de Monsieur Pey n'était pas un investissement étranger au sens de l'API.

421. En réalité, la République du Chili entretient volontairement une confusion entre différentes notions, l'application *ratione materiae* et l'application *ratione personae* de l'API. Or, l'argument du Chili ci-dessus mentionné concerne l'application *ratione personae* de l'API. A cet égard, le Tribunal a considéré que l'API ne contenait pas de disposition spécifique aux double-nationaux. Il a également conclu qu'"*un double-national n'est pas exclu du champ de l'API, même si sa nationalité "effective et dominante" est celle de l'Etat de l'investissement (contrairement à ce qui a été soutenu dans l'avis de droit du Professeur Dolzer, produit par la défenderesse)*"<sup>359</sup>. En outre, le Tribunal arbitral a considéré que "*contrairement à l'article 25 de la Convention CIRDI, l'API ne précise pas le moment de l'appréciation de la nationalité de la partie requérante. De l'avis du Tribunal, la condition de nationalité au sens de l'API doit être établie à la date du consentement de l'investisseur à l'arbitrage*"<sup>360</sup>.
422. La position du Tribunal arbitral sur la condition d'application *ratione personae* n'est donc en rien incompatible avec sa décision concernant le respect de la loi chilienne 16.643 relative à l'abus de publicité.
423. Contrairement à l'allégation du Chili, le Tribunal arbitral a bien appliqué le droit chilien pour déterminer si l'investissement de Monsieur Pey avait été effectué en conformité au droit chilien.

(ii) *Le Tribunal arbitral n'a pas manifestement excédé son pouvoir en se reconnaissant compétent pour connaître de l'investissement de Monsieur Pey*

424. La République du Chili soutient que le Tribunal ne pouvait légitimement se reconnaître compétent sans excès de pouvoir manifeste en raison de la disparition de l'investissement de Monsieur Pey avant l'entrée en vigueur de l'API et *a fortiori* avant les actes pour lesquels elle a été condamnée<sup>361</sup>.
425. Par cet argument, la République du Chili entend enfermer le Tribunal arbitral - et partant le Comité *ad hoc* - dans un syllogisme simpliste qui peut se résumer ainsi: l'acte instantané et achevé qu'est le Décret n°165 de 1975 édictant la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée et le passage de tous leurs biens à l'État équivaut à l'extinction pure et simple de tous les droits afférents à ces biens, et en particulier de la protection conférée par l'API.
426. Partant, la République du Chili soutient qu'en reconnaissant sa compétence à l'égard de l'investissement de Monsieur Pey - qui n'existerait plus - le Tribunal a commis un excès de

<sup>359</sup> Sentence §415

<sup>360</sup> Sentence §414

<sup>361</sup> Supra §381

pouvoir manifeste sur le fondement duquel la Sentence doit être annulée en application de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI.

427. A titre préliminaire, il convient de souligner que cet argument est soulevé pour la première fois par la République du Chili dans la procédure en annulation. Jusqu'alors<sup>362</sup>, jamais la République du Chili n'a formulé un tel argument pour s'opposer à la compétence du Tribunal arbitral. De même, dans son mémoire sur la compétence du Tribunal du 27 décembre 1999<sup>363</sup>, la République du Chili n'a pas démenti l'affirmation des Demandereuses selon laquelle le Décret n°165 de 1975 était entaché de nullité de droit public (*ab initio, imprescriptible et ex officio*) en raison de la nullité de l'application du Décret 77 de 1973 contraire à l'article 4 de la Constitution de 1925<sup>364</sup>
428. Il est un principe qu'une partie ne peut pas présenter un nouvel argument, de fait ou de droit, pour la première fois, au stade de l'annulation. Cela constituerait un appel au fond. Ainsi, Christophe Schreuer indique, faisant référence aux affaires *Klockner I et MINE*, "*an application for annulment was not an occasion for a party to present, complete and develop an argument which it could or should have made in the arbitral proceeding*"<sup>365</sup>.
429. En conséquence, le Comité *ad hoc* devra déclarer cet argument irrecevable dans la mesure où il n'a jamais été développé par la République du Chili.
430. Si le Comité *ad hoc* devait cependant considérer que la République du Chili est recevable à former ce nouvel argument pour la première fois dans la procédure en annulation, il devra tout de même le rejeter.
431. En effet, l'argument de la République du Chili concerne la compétence *ratione temporis* du Tribunal en application de l'API.
432. A cet égard, le Tribunal arbitral a indiqué qu'il "*ne pourra se déclarer compétent ratione temporis que si l'investissement des Parties Demandereuses est couvert par l'API au moment des faits litigieux et si le ou les différends invoqués sont eux-mêmes couverts par l'API*"<sup>366</sup>.
433. S'agissant du point de savoir si l'investissement effectué par Monsieur Pey en 1972 était couvert par l'API, le Tribunal fonde sa décision sur l'article 2.2 de l'API qui prévoit :

*Le présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger.*

<sup>362</sup> Voir par exemple Pièces RA-19 et RA-23

<sup>363</sup> Pièce CN91f

<sup>364</sup> Pièce CN 80f, §§ 4.5.4 à 4.5.13)

<sup>365</sup> Ch. Schreuer, *ICSID Convention : a commentary* Cambridge 2009, p. 932, §108

<sup>366</sup> Sentence §428

434. Or, rien dans cet article n'impose que l'investissement réalisé existe encore à la date de la violation par l'Etat d'accueil. Il impose seulement que l'investissement réalisé antérieurement à l'entrée en vigueur ait été réalisé conformément à la législation en vigueur dans l'Etat d'accueil à la date de l'investissement. Le Tribunal a conclu que tel était le cas.
435. L'argument de la Défenderesse consiste à imposer un critère supplémentaire dans la définition des investissements protégés par l'API. Or, comme l'a indiqué le Tribunal arbitral à propos de la définition du terme "investissement" "*une telle démarche serait de toute évidence contraire à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités*"<sup>367</sup>.
436. En outre, l'imposition d'une telle condition supplémentaire contrevient à l'objet même du droit international de protection des investissements. En effet, suivre l'argument de la République du Chili équivaudrait à vider de son sens tout traité de protection des investissements.
437. Ceci a d'ailleurs été rappelé dans plusieurs affaires portées devant des tribunaux arbitraux CIRDI<sup>368</sup> et encore récemment dans la sentence rendue le 15 avril 2009 dans l'affaire *Phoenix Action Ltd c/ La République Tchèque* qui précise :

*It is true that an investment that has come to a standstill, because the host State's actions, would still qualify as an investment, otherwise the international protection of foreign investment provided by BITs would be emptied of its purpose.*

438. Il résulte des développements précédents que le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la République du Chili sur ce fondement celle-ci étant irrecevable et à tout le moins mal fondée.

(iii) *Le Tribunal arbitral a motivé sa décision relative à l'investissement de Monsieur Pey*

439. S'agissant de la prétention de la République du Chili selon laquelle le Tribunal aurait omis d'exposer le raisonnement l'ayant conduit à conclure que Monsieur Pey avait effectivement acquis les actions de CPP S.A. et EPC Ltée<sup>369</sup>, les Demanderesse renvoient respectueusement

<sup>367</sup> Sentence §375

<sup>368</sup> Voir notamment *Jan de Nul N.V. / Dredging International N.V. c/ Arab Republic of Egypt* qui indique : "134. *The Respondent objects to the jurisdiction of the Tribunal under the 2002 BIT on the ground that, assuming the dispute arose on 22 May 2003, the Claimants' investment no longer existed. It is the Respondent's contention that a dispute is covered by a treaty only if the investment was present in the territory of the State at the time when the dispute arose.* 135. *The Tribunal disagrees. As the Claimants stressed, not only it is stated "nowhere [...] that the investment should still be in existence when the dispute arises" but also and more importantly, "should this be the case the entire logic of investment protection treaties would be defeated"* également *Tradex Hellas S.A c/ Republic of Albania* qui indique: "The clear and detailed wording under the headings "Definitions" and "Foreign investor" does not give room for further conditions, particularly does it not require that the investment still exists at the time the law comes into force or the dispute arises to qualify Tradex as a "foreign investor" within the meaning of the 1993 Law"

<sup>369</sup> Mémoire en annulation §§671 et 672

les membres du Comité *ad hoc* aux pages 57 à 77 de la Sentence. Compte tenu de la longueur des développements du Tribunal arbitral sur cette question, il serait inutile de reprendre de manière exhaustive le raisonnement du Tribunal arbitral permettant de s'opposer aux prétentions de la Défenderesse.

440. Le Comité *ad hoc* constatera à la lecture de cette vingtaine de pages que l'allégation de la République du Chili n'est pas sérieuse.
441. Il convient également d'ajouter que le paragraphe 672 du Mémoire en annulation permet de constater que la République du Chili forme un appel au fond contre la Sentence, en contradiction avec l'article 53 de la Convention CIRDI. Les termes utilisés par la République du Chili sont édifiants. A titre d'exemples, on peut citer :
- *Even if the Estoril/ Geneva Documents could be characterized as contracts, Mr. Pey had presented no evidence whatsoever of the satisfaction of the numerous conditions precedent established in both of those documents;*
  - *That the evidence in the record rendered highly doubtful that Mr. Pey would have had the purchasing power in 1972 to make an acquisition of the alleged magnitude;*
  - *That, entirely inconsistently with his version of the facts, Mr. Pey had failed to introduce into the evidentiary record of the arbitration even a single formal legal document, or a contemporary document of any nature, that reflected his ownership of the US\$ 1.28 million worth of shares that he claims to have purchased.*
442. En outre, le Tribunal arbitral dispose d'un large pouvoir d'appréciation de la valeur probatoire des éléments devant lui. Comme le souligne la République du Chili, "*a party having the burden of proof must not only bring evidence in support of his allegations, but must also convince the Tribunal of their truth*" (soulignement ajouté)<sup>370</sup>. Les Demandées ne peuvent qu'être d'accord avec cette exigence tout en concluant qu'elles ont convaincu le Tribunal arbitral, à l'inverse de la République du Chili.
443. S'agissant du raisonnement du Tribunal sur le prétendu dilemme entre la loi 16.643 et l'article 2 de l'API, on rappellera que le dilemme mentionné par le Chili dans ses écritures concernait en réalité l'incompatibilité entre la définition d'investissement étranger, au sens de la Décision 24 du Pacte de Carthagène, et l'exigence de nationalité chilienne pour pouvoir être propriétaire d'un journal au Chili.
444. Sur ce dernier point, le Tribunal arbitral a indiqué : "*Le dilemme mis en évidence par la défenderesse ne s'est donc jamais réellement posé. En 1972, lorsque M. Pey Casado a effectué son investissement il était titulaire de la double nationalité hispano-chilienne. Résident au Chili depuis 1947, M. Pey Casado bénéficiait de la Convention sur la double nationalité depuis 1958. La loi n° 16.643 ne contenant pas de disposition spécifique relative aux doubles*

---

<sup>370</sup> Mémoire en annulation §337.

*nationaux, la situation de M. Pey Casado était donc tout à fait compatible avec les dispositions de ce texte*<sup>371</sup>.

445. Le "nouveau" dilemme aujourd'hui posé par la République du Chili n'est pas recevable pour les raisons déjà exposées. En tout état de cause, le raisonnement du Tribunal sur la compatibilité de la Décision 24 et l'exigence de nationalité pour être propriétaire d'un journal peut également s'appliquer à la contradiction que la République du Chili croit avoir décelé entre l'article 2 de l'API et la loi n°16.643. En outre, comme l'a indiqué le Tribunal arbitral ultérieurement dans sa Sentence, la condition de nationalité au sens de l'API impose seulement que Monsieur Pey ait eu la nationalité espagnole, quand bien même, ce ne serait pas sa nationalité effective et dominante, à la date du consentement à l'arbitrage<sup>372</sup>.
446. Là encore, le Tribunal a motivé sa décision selon les critères précédemment exposés.
447. Finalement, s'agissant de la prétention de la République du Chili selon laquelle le Tribunal n'aurait pas expliqué comment il était parvenu à se reconnaître compétent alors que l'investissement de Monsieur Pey avait disparu du fait de la dissolution des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée, il est exact qu'il n'en est fait aucune mention dans la Sentence. En effet, cet argument n'a jamais été soulevé par le Chili devant le Tribunal arbitral<sup>373</sup>.
448. Il en résulte que le Comité *ad hoc* devra rejeter l'intégralité des demandes d'annulation formulées par la République du Chili sur ce fondement.

(d) La position de la République du Chili concernant l'existence d'un investissement de la Fondation Président Allende

449. La République du Chili prétend que le Tribunal arbitral aurait manifestement excédé son pouvoir en se déclarant compétent à l'égard de la Fondation Président Allende<sup>374</sup>.
450. Selon elle, Monsieur Pey ne pouvait pas transférer les actions qu'il détenait de CPP S.A. et EPC Ltée à la Fondation Président Allende dans la mesure où, à la date de la donation, les deux sociétés auraient été dissoutes en application du Décret n°165 de 1975. Elle soutient dès lors que Monsieur Pey n'a pu céder à la Fondation Président Allende que le droit d'agir contre la République du Chili. Or, la République du Chili soutient que des droits d'actions ne peuvent être qualifiés d'investissement au sens de l'API. Le Chili se fonde en particulier sur la sentence rendue dans l'affaire *Mihaly c/ Sri Lanka*.
451. Cette prétention est dépourvue de fondement.

<sup>371</sup> Sentence §410

<sup>372</sup> Sentence §§414 à 416

<sup>373</sup> Supra §427

<sup>374</sup> Mémoire en annulation §§536-548

452. Tout d'abord, il s'agit là encore d'un argument nouveau de la République du Chili. A ce titre, il est irrecevable. Lors de la procédure d'arbitrage, la République du Chili avait développé un argument en apparence proche, mais fondamentalement différent. Elle soutenait que Monsieur Pey n'avait pas pu transmettre la qualité d'investisseur à la Fondation, ne disposant pas lui-même de droit d'actions contre la République du Chili<sup>375</sup>.
453. Le Tribunal arbitral a expressément rejeté la prétention de la Défenderesse<sup>376</sup>.
454. Au contraire, le Tribunal a indiqué "*la cession des actions n'a transmis que la qualité d'investisseur à la Fondation<sup>377</sup>, et non pas de ce fait et nécessairement le droit de réclamation. Pour décider du sort des objections d'incompétence soulevées par la défenderesse à l'égard de la Fondation Président Allende, le Tribunal arbitral doit donc analyser la question de savoir si la Fondation Président Allende remplit toutes les autres conditions posées tant par la Convention CIRDI que par l'API quant à la compétence du Tribunal arbitral. En l'espèce ceci concerne notamment les conditions de nationalité au sens de la Convention CIRDI ainsi que le consentement des Parties à recourir à l'arbitrage CIRDI pour résoudre leur litige*"<sup>378</sup>.
455. Le Tribunal arbitral a conclu par l'affirmative<sup>379</sup>.
456. Le Tribunal a également souligné que la décision rendue dans l'affaire *Mihaly c/ Sri Lanka* n'avait pas vocation à s'appliquer dans l'affaire Pey. Comme il l'indique au paragraphe 543 de sa Sentence, "*le souci du Tribunal arbitral dans l'affaire Mihaly était d'éviter une cession d'un droit (incomplet) de réclamation - par une partie qui ne remplissait pas les conditions de compétence CIRDI - à une autre qui les remplissait. Cette problématique n'existe pas dans la présente affaire, M. Pey Casado remplissant les conditions de compétence et n'ayant pas besoin de "contourner" une carence à ce sujet en transférant son investissement à la Fondation*".
457. A cet égard, il est intéressant de citer l'entier paragraphe de la sentence rendue dans l'affaire *Mihaly c/ Sri Lanka* sur lequel s'appuie la République du Chili pour fonder son argument. Dans cette affaire, le tribunal saisi indiquait :

*24. It follows that as neither Canada or Mihaly (Canada) could bring any claim under the ICSID Convention, whatever rights Mihaly (Canada) had or did not have against Sri Lanka could not be improved by the process of assignment with or without, and especially without, the express consent of Sri Lanka, on the ground that "nemo dat quod non habet or nemo potiorem posttest transfere quam ipse habet". That is no one could transfer a better title than what he really has. Thus if Mihaly (Canada) had a claim which was procedurally defective against Sri Lanka*

<sup>375</sup> Pièce CN88f

<sup>376</sup> Sentence §543

<sup>377</sup> Conformément au point de vue exprimé dans les affaires *Amco Asia c/ Indonésie* ou encore *Fedax N.V c/ République du Venezuela*, Sentence §§539 et 541

<sup>378</sup> Sentence §544

<sup>379</sup> Sentence §§545 à 567

*before ICSID because Mihaly (Canada)'s inability to invoke the ICSID Convention, Canada not being a party thereto, this defect could not be perfected vis-à-vis ICSID by assignment to Mihaly (USA). To allow such an assignment to operate in favour of Mihaly (Canada) would defeat the object and purpose of the ICSID Convention and the sanctity of the privity of international agreements not intended to create rights and obligations for non-parties. Accordingly, a Canadian claim which was not recoverable, nor compensable or indeed capable of being invoked before ICSID could not have been admissible or able to be entertained under the guise of its assignment to the US Claimant. A claim under the ICSID Convention with its carefully structured system is not a ready assignable chose in action as shares in the stock exchange market or types of negotiable instruments, such as a promissory notes or letter of credit (...) (soulignement ajouté).*

458. De fait, la République du Chili tente une fois de plus d'interjeter appel de la décision du Tribunal arbitral devant le Comité *ad hoc* en vue de son infirmation. Le Comité *ad hoc* rejettéra donc la demande d'annulation du Chili sur ce fondement.

### **3.1.4 Les conditions du consentement au sens de l'API : la nationalité de l'investisseur au sens de l'API**

#### **(a) La position de la République du Chili**

459. La République du Chili prétend que le Tribunal arbitral n'aurait pas motivé sa décision sur la condition de la nationalité de Monsieur Pey au sens de l'API. Le Tribunal arbitral aurait procédé par voie d'affirmation sans exposer son raisonnement<sup>380</sup>.
460. Selon la République du Chili le Tribunal arbitral n'aurait pas expliqué les raisons justifiant son affirmation que "*la condition de nationalité au sens de l'API doit être établie à la date du consentement de l'investisseur à l'arbitrage*". Il aurait également omis d'expliquer pourquoi, aux termes de l'API, "*un double national n'est pas exclu du champ d'application de l'API, même si sa nationalité "effective et dominante" est celle de l'Etat de l'investissement (contrairement à ce qui a été soutenu dans l'avis de droit du Professeur Dolzer, produit par la défenderesse)*".

#### **(b) La prétention de la République du Chili est sans fondement**

461. Le contrôle de l'existence des motifs requiert que le lecteur soit en mesure de suivre le raisonnement du Tribunal sur les questions de fait et de droit sans que cela implique de vérifier la pertinence du raisonnement, sa rectitude ou son caractère convaincant. A défaut, le contrôle

<sup>380</sup> Mémoire en annulation §666-669

de la motivation constituerait un appel de la sentence, ce qui est exclu par l'article 53 de la Convention CIRDI.

462. C'est à la lumière de ces critères de contrôle qu'il convient de vérifier si le Tribunal arbitral a motivé sa décision.
463. En l'espèce, s'agissant de la condition de nationalité au sens de l'API, le Tribunal a indiqué :

*De l'avis du Tribunal, la condition de nationalité au sens de l'API doit être établie à la date du consentement de l'investisseur à l'arbitrage<sup>381</sup>.*

Il poursuit :

*L'offre d'arbitrer contenue dans le Traité doit en effet exister, ce qui suppose que les conditions d'application du Traité soient satisfaites à la date du consentement de l'investisseur pour que celui-ci puisse parfaire la convention d'arbitrage. Par ailleurs, les conditions d'application du Traité, dont la condition de nationalité, doivent également être satisfaites à la date de la ou des violations alléguées, faute de quoi l'investisseur ne pourrait se prévaloir devant le Tribunal arbitral mis en place en application du Traité d'une violation de celui-ci<sup>382</sup>.*

464. Il résulte de ce paragraphe que le Tribunal a motivé sa décision selon les critères définis par les précédents Comités *ad hoc* pour satisfaire l'article 48(3) de la Convention CIRDI.
465. Il a également motivé sa décision que l'API n'exclue pas les double-nationaux, quelle que soit la nationalité dominante et effective de l'investisseur. En effet, sur ce point, la Sentence précise :

*La considération du but même de l'API et sa rédaction excluent au contraire l'idée d'une condition de nationalité effective et dominante. Ainsi que l'a souligné le Professeur Dolzer, l'API accorde sa protection aux "investisseurs de l'autre Partie" ou "investisseur d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre" (v., par exemple les articles 2(1), 2(2), 3(1), 4(1), 5, 6, 7(1), 8(1), 10(1) de l'API). L'API n'aborde pas expressément la question de savoir si les double-nationaux hispano-chiliens seraient couverts par son champ d'application. De l'avis du Tribunal arbitral, il ne se justifierait pas d'ajouter (sur la base de ce qui a été prétendu être des règles de droit coutumier international) une condition d'application qui ne résulte ni de sa lettre ni de son esprit<sup>383</sup>.*

Le Tribunal ajoute en note de bas de page :

---

<sup>381</sup> Sentence §414

<sup>382</sup> Ibid

<sup>383</sup> Sentence §415

*Le Tribunal arbitral partage à ce propos l'opinion des parties demanderesses, notamment qu'en analysant la condition de nationalité au sens de l'API, le Tribunal doit partir de l'API et l'analyser "sans aller rechercher des conditions supplémentaires implicites" (...). Les règles concernant le domaine de la protection diplomatique invoquées par la défenderesse (...) ne changent rien à cette conclusion<sup>384</sup>.*

466. Le Tribunal conclut sur ce point ainsi :

*En toute hypothèse, le Tribunal arbitral observera qu'à supposer même que la notion de nationalité effective et dominante soit un élément pertinent dans le cas de double nationalité, aux fins d'application de l'API bien que celui-ci ne le prévoie pas, cette condition serait remplie dans le cas d'espèce. A partir de 1974, la nationalité " primaire " de M. Pey Casado est la nationalité espagnole, cette nationalité étant également sa nationalité d'origine<sup>385</sup>.*

467. Les Demandeuresses rappelleront à cet égard que la confiscation de CPP S.A. et EPC Ltée est intervenue par le Décret n°165 pris le 10 février 1975<sup>386</sup>.
468. C'est dire que contrairement à l'affirmation de la République du Chili, le Tribunal a expliqué sa conclusion sur la condition de nationalité au sens de l'API. Que la République du Chili ne partage pas l'avis du Tribunal arbitral, n'y change rien. Cela ne permet pas d'annuler la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI.
469. En conséquence, le Comité *ad hoc* rejettéra la demande d'annulation de la République du Chili sur ces motifs.

### 3.1.5 Conclusion

470. Il résulte des sections précédentes que contrairement aux prétentions du Chili, le Tribunal arbitral a appliqué le droit chilien pour établir que les investisseurs espagnols et en particulier Monsieur Pey, remplissaient les conditions d'application de l'article 25 de la Convention CIRDI, c'est-à-dire que Monsieur Pey avait seulement la nationalité espagnole aux dates pertinentes de la Convention et qu'il avait réalisé un investissement étranger conformément aux termes de l'API.
471. Partant, le Tribunal n'a pas manifestement excédé ses pouvoirs en se reconnaissant compétent à l'égard de Monsieur Pey et de la Fondation espagnole.

<sup>384</sup> Sentence note de bas de page 346

<sup>385</sup> Sentence §417

<sup>386</sup> Pièce CN24

472. De même, le Tribunal arbitral a motivé ses conclusions l'ayant conduit à retenir sa compétence à l'égard des Demandéresses.
473. Pour ces raisons, le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la République du Chili portant sur la compétence du Tribunal arbitral.

### **3.2 Les fondements d'annulation concernant les violations par la République du Chili des dispositions de l'API: déni de justice et traitement juste et équitable**

474. Dans son Mémoire en annulation, la République du Chili traite parallèlement du déni de justice d'une part et, de la violation du traitement juste et équitable d'autre part, pour lesquels elle a été condamnée. Les développements consacrés au déni de justice concernent exclusivement la demande d'indemnisation pour la confiscation des presses Goss.
475. L'argumentaire développé par la Défenderesse sur ces deux sujets sont identiques : une prétendue violation du droit d'être entendue, l'allégation d'un renversement de la charge de la preuve sur la République du Chili, un prétendu excès de pouvoir manifeste du Tribunal qui a admis sa compétence pour connaître de ces chefs de demandes et un défaut de motivation de la Sentence.
476. Dès lors, dans un souci de cohérence avec la Sentence et afin d'éviter les répétitions, les Demandéresses traiteront de ces deux sujets dans une seule et même partie.

#### **3.2.1 La position de la République du Chili**

477. La position de la République du Chili peut se résumer par la phrase suivante, qui se trouve au paragraphe 88 de son Mémoire en annulation :

*Chile's position is that neither of the claims on the basis of which the Tribunal found liability were actually alleged by the Claimants at an appropriate time in the arbitration proceeding, and on neither of them was the Republic afforded the opportunity to present defenses, evidence or witnesses<sup>387</sup>.*

478. Ainsi, s'agissant du déni de justice, la République du Chili allègue que les Demandéresses auraient formulé leur demande au fond pour la première fois lors de l'audience de janvier

---

<sup>387</sup> Mémoire en annulation §88

2007<sup>388</sup>. Elle va jusqu'à soutenir que ce serait sur l'invitation du Tribunal arbitral, et en particulier du Professeur Gaillard, que cette demande aurait été formulée, les Demandées ayant jusqu'alors réservé l'argument du déni de justice pour introduire leur demande d'indemnisation relative à la presse Goss et soutenir la compétence du Tribunal arbitral à cet égard<sup>389</sup>.

479. Selon la Défenderesse, le Tribunal arbitral aurait admis dans sa Sentence que l'argument de la violation de l'API pour déni de justice aurait trouvé naissance lors de l'audience de janvier 2007<sup>390</sup>.
480. S'agissant de la condamnation pour traitement discriminatoire ou violation du traitement juste et équitable, la République du Chili soutient tout simplement que les Demandées n'ont jamais présenté de demande tendant à condamner le Chili sur ce fondement<sup>391</sup>.
481. Partant, la République du Chili décline cet argumentaire sur trois des cinq fondements d'annulation prévus par la Convention CIRDI (articles 52(1)(b)(d) et (e)).

(a) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (droit d'être entendu)

482. Aucune demande n'ayant prétendument été formulée par les Demandées, la Défenderesse soutient qu'elle n'a pas été mise en position de présenter ses arguments de défense ainsi que les preuves afférentes. Dès lors, en condamnant la République du Chili sur des violations non alléguées par les Demandées, le Tribunal arbitral aurait privé la République de son droit d'être entendue<sup>392</sup>.

(b) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure: renversement de la charge de la preuve

483. La République du Chili soutient également que par cette condamnation, le Tribunal arbitral aurait renversé la charge de la preuve<sup>393</sup>. La démonstration de ce renversement du fardeau de la preuve se trouverait dans la Sentence elle-même qui indique, au paragraphe 646 :

*la défenderesse n'a pas jugé nécessaire de développer une analyse très complète des concepts, invoqués par les demandées, de déni de justice ou de traitement juste et équitable, ce qui s'explique peut être par sa position fondamentale, précédemment exposée, quant à la nationalité de Monsieur Pey Casado et son*

<sup>388</sup> Mémoire en annulation §§90, 108; 110; 133, 141-153, 162-165, 176-186, 193-199.

<sup>389</sup> Mémoire en annulation §§213-218

<sup>390</sup> Mémoire en annulation §219-221

<sup>391</sup> Mémoire en annulation §§108, 125-132, 137-140, 166-169, 187-189, 193, 201-204, 223-241

<sup>392</sup> Mémoire en annulation §§242-243

<sup>393</sup> Mémoire en annulation §§356-364

*absence prétendue d'investissement et de propriété des biens meubles ou immeubles confisqués par les autorités militaires<sup>394</sup>.*

(c) Excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral

484. Toujours sur cette même considération, c'est naturellement que la République du Chili soutient que la Sentence doit être annulée pour excès de pouvoir manifeste<sup>395</sup>.
485. Partant du principe que les Parties n'ont jamais débattu de l'existence d'un déni de justice ou d'un traitement discriminatoire de la part du Chili, la Défenderesse allègue que le Tribunal arbitral a rendu une décision *ex aequo et bono*, sans l'accord préalable des Parties, ce qui constitue un excès manifeste de pouvoir de la part du Tribunal rendant la Sentence annulable en application de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI<sup>396</sup>. La République du Chili tente d'expliquer une violation aussi flagrante des règles du CIRDI par un Tribunal arbitral aussi expérimenté que celui qui a rendu la Sentence par le fait que celui-ci ne pouvait sérieusement rejeter les demandes des Demandeur·euses après dix années de procédure<sup>397</sup>.

(d) Le défaut de motivation de la Sentence

486. Finalement, la République du Chili soutient que la Sentence doit être annulée sur le fondement de l'article 52(1)(e), le Tribunal arbitral ayant prétendument omis d'expliquer comment il était parvenu à une condamnation pour déni de justice et pour traitement discriminatoire<sup>398</sup>.
487. A cet égard, la République du Chili insiste plus particulièrement sur un argument. Selon elle, la condamnation du Chili à raison de la Décision n°43 serait incompatible avec la décision du Tribunal sur les mesures provisoires rendue le 25 septembre 2001, par laquelle le Tribunal a considéré (Annexe CN128f, p. 65):

*La Décision Ministérielle n°43 et son exécution au Chili n'ont pas des conséquences telles qu'elles puissent affecter ou la compétence du Tribunal arbitral CIRDI, ou les droits allégués par les parties demandeur·euses dans leur requête en mesures conservatoires d'une manière qui de l'avis du tribunal Arbitral, rende "nécessaire" un prononcé des mesures conservatoires sollicitées à propos de la Décision Ministérielle n°43 et de son exécution.*

488. La République du Chili considère dès lors que le raisonnement retenu par le Tribunal pour prendre sa décision sur les mesures conservatoires le 25 septembre 2001 contredit

<sup>394</sup> Mémoire en annulation §358

<sup>395</sup> Mémoire en annulation §§565-570

<sup>396</sup> Mémoire en annulation §§571-586

<sup>397</sup> Mémoire en annulation §§584-585

<sup>398</sup> Mémoire en annulation §§694-736

manifestement le raisonnement qui l'a conduit à condamner le Chili. La contradiction des motifs constituant un défaut de motivation, la Sentence doit être annulée sur le fondement de l'article 52(1)(e)<sup>399</sup>.

### 3.2.2 Les prétentions de la République du Chili sont sans fondement

(a) Les Demandéresses ont présenté des demandes de déni de justice et de violation du traitement juste et équitable

489. La distinction retenue par le Tribunal arbitral sur les chefs de condamnation de la République du Chili concerne d'une part, les demandes formulées par les Demandéresses sur les presses Goss et, d'autre part, les demandes formulées par les Demandéresses sur la confiscation des autres biens de CPP S.A. et de EPC Ltée. Les Demandéresses aborderont donc ci-dessous ces demandes de manière séparée.

*(i) Les Demandéresses ont présenté une demande de déni de justice à l'encontre de la République du Chili pour l'affaire des presses Goss*

490. S'agissant de la demande relative aux presses Goss, les Demandéresses n'ont pas pu formuler de demande avant le 4 novembre 2002, date de la requête complémentaire, les presses Goss ayant, jusqu'à cette date, été exclues expressément de la procédure d'arbitrage devant le CIRDI. Dès lors, les développements consacrés par la Défenderesse dans son Mémoire en annulation tendant à démontrer l'absence de demande au titre du déni de justice (dans l'affaire Goss) sont absurdes<sup>400</sup>.

491. Ceci étant rappelé, il convient d'analyser les demandes formulées par les Demandéresses dans leur requête complémentaire du 4 novembre 2002<sup>401</sup>.

492. A cet égard, la République du Chili affirme "*this Ancillary Request also did not contain any claim for denial of justice*"<sup>402</sup> (soulignement ajouté). Selon elle, l'argument des Demandéresses n'avait pour objet que d'écartier la clause de choix définitif du for prévue à l'article 10.2 de l'API leur permettant de présenter devant le Tribunal arbitral leur demande au titre des presses Goss<sup>403</sup>.

493. Pourtant, les termes de la requête complémentaire du 4 novembre 2002 contredisent sans doute possible la présentation qu'en fait la République du Chili.

<sup>399</sup> Mémoire en annulation §§724-732

<sup>400</sup> Mémoire en annulation notamment §§133-134

<sup>401</sup> Requête complémentaire du 4 novembre 2002 (Pièce CN147f)

<sup>402</sup> Mémoire en annulation §143, voir également §§146, 147, 148, 149, 151

<sup>403</sup> Mémoire en annulation §§143-145

494. Ainsi, après avoir fait un exposé des différentes décisions de la République du Chili suite à la Décision n°43, et leurs conséquences sur la procédure engagée par les Demandées devant les juridictions chiliennes pour obtenir réparation pour la confiscation des presses GOSS, les Demandées écrivaient :

*Monsieur Pey Casado est donc actuellement confronté au Chili à un déni de justice en ce qui concerne les presses GOSS. D'une part, la possibilité de faire valoir ses droits devant les juridictions de l'ordre judiciaire lui a été refusée in limine litis. Ainsi ses recours ont été systématiquement rejetés in limine litis alors qu'ils étaient légalement et constitutionnellement recevables. M. Pey Casado et la Fondation espagnole ont donc été privés du droit fondamental d'accéder à la justice. En outre, la décision du Contralor du 14 octobre 2002 constitue un déni de justice par mauvaise application de la loi, détournement et abus de pouvoir. D'autre part, sur un plan purement pratique, Monsieur Pey Casado et la Fondation espagnole ne pourront plus obtenir une indemnisation au Chili pour la valeur de remplacement des presses GOSS<sup>404</sup>* (soulignement ajouté).

495. Les Demandées concluaient :

*La demande aujourd'hui portée devant le Tribunal arbitral met en cause d'une part la violation par la République du Chili de son obligation de protection envers les Demandées (article 3.1 de l'API Espagne-Chili), et de son obligation de traitement juste et équitable (article 4.1), et d'autre part la violation de l'article 5 de l'API<sup>405</sup>* (soulignement ajouté).

496. Soulignons d'ores et déjà que, comme l'a rappelé le Tribunal arbitral dans sa Sentence<sup>406</sup>, le traitement juste et équitable contient nécessairement l'obligation de ne pas commettre un déni de justice.

497. L'indication des Demandées que le montant des dommages et intérêts qui devait être alloué n'était pas modifié par cette requête complémentaire<sup>407</sup> ne peut avoir les conséquences que la Défenderesse entend en tirer<sup>408</sup>. En effet, quand bien même il s'agirait d'une condamnation pour déni de justice, le dommage résultant du refus des juridictions chiliennes d'indemniser Monsieur Pey et la Fondation au titre de la confiscation des presses Goss devait tenir compte du prix de ces biens au jour de leur confiscation.

498. Dès lors, la présentation par la République du Chili de la requête complémentaire du 4 novembre 2002 dans son Mémoire en annulation est trompeuse, voire mensongère.

499. De même, l'affirmation du Chili "*the utter lack of "denial of justice" claim is also highlighted by the fact that - as the Tribunal itself noted in its characterization of the Ancillary Request as*

<sup>404</sup> Requête complémentaire du 4 novembre 2002 pp. 2 à 6 (en particulier page 6) (Pièce CN147f)

<sup>405</sup> Requête complémentaire du 4 novembre 2002 p. 13 (CN147f)

<sup>406</sup> Sentence §656

<sup>407</sup> Requête complémentaire du 4 novembre 2002 p. 13 (CN147f)

<sup>408</sup> Mémoire en annulation §149

*a claim for confiscation in the Award - the Ancillary Request contains all of the elements necessary to properly allege a substantive BIT claim for expropriation, but none of the elements necessary to allege a denial of justice<sup>409</sup>*" est tout aussi trompeuse. Le paragraphe 29 de la Sentence avait pour objet de rappeler que les Demandeur·ses avaient déposée une demande complémentaire concernant la presse GOSS le 4 novembre 2002, et n'avait pas pour objet d'analyser l'intégralité des fondements de cette demande complémentaire.

500. Dans leur Mémoire en Réplique du 23 février 2003, les Demandeur·ses indiquaient, s'agissant du déni de justice relatif à la presse GOSS :

*II. Le déni de justice dans l'affaire GOSS entraîne la responsabilité internationale de l'Etat Chilien. (...) Les faits additionnels exposés le 4 novembre 2002 consistent dans :*

1. *Le retard exorbitant de la 1<sup>re</sup> Chambre Civile de Santiago à statuer sur le fond: dans la procédure commencée en octobre 1995, il n'y a pas eu de sentence;*
2. *Le rejet in limine litis par la 1<sup>re</sup> Chambre Civile de Santiago, le 2 octobre 2001, de la demande de mesures conservatoires à l'égard de la "Décision n°43" pour ce qui concerne les presses GOSS, rejet assorti d'un renvoi à la compétence de la Cour Suprême, s'agissant en l'occurrence de résoudre un éventuel conflit de compétences entre cette 1<sup>re</sup> Chambre et le Ministère des Biens Nationaux;*
3. *Le rejet in limine litis par la Cour Suprême du Chili, le 2 juillet 2002, du conflit de compétence entre ladite autorité administrative et la 1<sup>re</sup> Chambre Civile de Santiago, formé le 5 juin 2002 par les investisseurs espagnols (...)*
4. (...)
5. (...)

Notons que tous ces rejets sont ostensiblement dépourvus du plus élémentaire souci de justifier leurs positions, et vont même jusqu'à se montrer en contradiction directe avec les données en jeu, ou à alléguer une absence de fondements, alors que la demande correspondante s'appuie méticuleusement sur les faits et les dispositions pertinentes. Ces faits ont mis en place une situation **de déni de justice** à l'égard des droits de la Fondation espagnole et de M. Pey sur les presses GOSS.

*Le déni de justice est en lui-même susceptible de recours à l'arbitrage (indépendamment du sort de la procédure interne ouverte en 1995), car le différend entre les investisseurs espagnols et l'Etat du Chili porte sur la restitution des presses GOSS, ou sa valeur de remplacement. Pour l'API Chili-Espagne, le fait d'avoir porté le différend devant la juridiction nationale n'est pas incompatible avec le recours à l'arbitrage du CIRDI lorsqu'on se trouve face à une situation de déni de justice.*

*En d'autres termes, dans les circonstances **de déni de justice consommé** le 14 octobre 2002 (décision du Contralor Général, Pièce C216)), le recours à l'arbitrage du CIRDI peut trouver son fondement dans le seul API Espagne-Chili.*

---

<sup>409</sup> Mémoire en annulation § 148

*L'expert de la défenderesse, M. Dolzer, ne semble pas s'être rendu compte de ce fait ni, par conséquent, de ses conséquences<sup>410</sup> (en gras dans le texte original).*

501. Il est donc incongru pour la République du Chili de soutenir que les Demandées n'ont jamais présenté devant le Tribunal arbitral de demande au titre du déni de justice du Chili sur les pressions GOSS, sauf à vouloir écarter la clause de choix définitif du for de l'API.
502. Le fait que la Défenderesse ait choisi dans son Mémoire du 3 février 2003 de ne répondre à la requête complémentaire que sur le thème de la compétence du Tribunal arbitral<sup>411</sup> ne peut être reproché ni au Tribunal arbitral, ni aux Demandées.
503. Dès lors, l'affirmation du Tribunal arbitral selon laquelle "*la défenderesse n'a pas jugé nécessaire de développer une analyse très complète des concepts, invoqués par les demandées, de déni de justice ou de traitement juste et équitable (...)*" est tout à fait exacte.
504. En réalité, comme le souligne très justement le Tribunal, il appartenait à la République du Chili de répondre aux arguments des Demandées dans leur intégralité. Elle a, en tout état de cause, eu l'opportunité de le faire.
505. A cet égard, la conclusion des Demandées dans leur réplique au Contre-Mémoire du Chili du 3 février 2003 est révélatrice. En effet, en indiquant "*En d'autres termes, dans les circonstances de déni de justice consommé le 14 octobre 2002 (décision du Contralor Général, Pièce C216), le recours à l'arbitrage du CIRDI peut trouver son fondement dans le seul API Espagne-Chili. L'expert de la défenderesse, M. Dolzer, ne semble pas s'être rendu compte de ce fait ni, par conséquent, de ses conséquences*" (soulignement dans le texte original), elles soulignaient que la République du Chili n'avait pas répondu à leur argument de déni de justice.
506. Finalement, il est tout aussi inexact de prétendre que la demande de déni de justice aurait été élargie à une demande au fond au cours de l'audience de janvier 2007, et ce en réponse à une demande du Professeur Gaillard<sup>412</sup>. Cela résulte d'abord des développements ci-dessus, mais également de l'audience de janvier 2007.
507. Le Professeur Gaillard est intervenu à l'issue du premier jour d'audience, après que les Parties aient exposé leurs positions sur les questions posées par écrit par le Tribunal arbitral<sup>413</sup>. La question posée par le Professeur Gaillard résultait de l'intervention des conseils des Demandées plus tôt dans la journée et en particulier par l'intervention consacrée à la réponse à la question sur la clause de la nation la plus favorisée<sup>414</sup>. A cette occasion, le conseil des Demandées indiquait :

<sup>410</sup> Mémoire en Réplique des Demandées sur la compétence et sur le fond du 23 février 2003 pp.107 à 109 (Pièce CN155f)

<sup>411</sup> Contre-Mémoire de la République du Chili du 3 février 2003 pp. 197-198 (Pièce RA-19)

<sup>412</sup> Mémoire en annulation §213

<sup>413</sup> Transcription de l'audience du 15 janvier 2007 p. 99 lignes 23-36, Pièce CN213

<sup>414</sup> Transcription de l'audience du 15 janvier 2007 pp. 92-96, ibid

*Cette décision [n°43], ainsi que celle qui a suivi au Chili, et tout particulièrement son entérinement par le Contralor Général de la République, le refus par la Chambre d'appel en fonction du contrôle constitutionnel et par la Cour suprême des requêtes déposées par M. Pey au titre des Presses Goss, qui font partie des annexes de la demande complémentaire, sont autant d'éléments tendant à démontrer qu'à l'intérieur du Chili, la res judicata ou, si vous voulez, l'iniquité de la dénégation des droits à la réparation de M. Pey, est consommée. Cela a été encore rappelé, ce matin, par le représentant du gouvernement chilien dans ses paroles introductives<sup>415</sup>.*

508. S'agissant de la réponse à la question du Professeur Gaillard et de la prétendue extension des demandes évoquées par la Défenderesse<sup>416</sup>, les Demandorées attirent l'attention du Comité *ad hoc* sur le fait que dans leur réponse, elles indiquaient que la demande au titre du déni de justice concernant les presses GOSS avait été formulée dans la requête complémentaire du 4 novembre 2002 :

*Nous disons que le déni de justice retenu dans les Affaires Loewen et Petrovar que je viens de citer pallie le déni de justice qui nous a été exposé dans la présente procédure et pas seulement dans l'Affaire concernant la restitution des Presses Goss, qui fait l'objet de la demande complémentaire du 4 novembre 2002, mais dans l'ensemble des biens et propriétés de M. Pey qui font l'objet de la présente procédure<sup>417</sup>.*

509. Il résulte des développements précédents que les Demandorées ont bien, contrairement aux allégations du Chili, formulé une demande sur le fondement du déni de justice commis par la République du Chili dans le cadre de procédures engagées par les Demandorées devant les juridictions locales en vue d'obtenir réparation pour la confiscation des presses GOSS. La position des Demandorées n'a pas évoluée depuis leur demande complémentaire du 4 novembre 2002.

- (ii) *Les Demandorées ont également soutenu l'existence d'un déni de justice relatif à leur demande principale ainsi que la violation du traitement juste et équitable*

510. Là encore, les prétentions de la Défenderesse sont dénuées de fondement. Il suffit pour s'en convaincre de relire les écritures des Demandorées. Afin de faciliter la tâche du Comité *ad hoc*, les Demandorées ont extrait de leurs écritures et des transcriptions des audiences les passages pertinents.
511. Tout d'abord, les Demandorées ont toujours soutenu que les actes du gouvernement chilien à l'encontre de Monsieur Pey étaient constitutifs d'un déni de justice et d'un traitement

<sup>415</sup> Transcription de l'audience du 15 janvier 2007 p. 95 lignes 23-30, ibid

<sup>416</sup> Mémoire en annulation §§213-218

<sup>417</sup> Transcription de l'audience du 16 janvier 2007 p. 46 (Pièce CN213)

discriminatoire au sens de l'API et devaient dès lors être sanctionnés en application des articles 3 et 4 de l'API Espagne-Chili.

512. Ainsi, dès leur premier mémoire du 17 mars 1999, les Demandées soutenaient que "*la dissolution des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée est un acte de déni de justice*"<sup>418</sup>. Elles indiquaient également "*L'investisseur espagnol a subi une discrimination de la part de l'Etat chilien*"<sup>419</sup>. Dans ces circonstances, leur réclamation étaient fondée non seulement sur l'article 5 de l'API Espagne-Chili (Nationalisation et expropriation) mais également sur ses articles 3<sup>420</sup> et 4.1<sup>421</sup> (respectivement Protection et Traitement). Pour dissiper tout risque de confusion, il est évident que les réclamations des Demandées à ce stade de la procédure ne pouvaient pas évoquer la Décision n°43 édictée par le gouvernement chilien que le 28 avril 2000.
513. De même, dans leur Mémoire en réponse du 18 septembre 1999, relatif à l'exception d'incompétence soulevée par la République du Chili, les Demandées soutenaient que le refus de la République de se soumettre à l'arbitrage était constitutif d'un déni de justice<sup>422</sup>.
514. En substance, les Demandées soutenaient que les actes pris par la République du Chili pour tenter de s'opposer à la compétence du Tribunal arbitral - en particulier la demande du Chili au Secrétaire Général du CIRDI d'annuler sa décision d'enregistrer la requête d'arbitrage déposée par les Demandées, les démarches de la République du Chili auprès du gouvernement espagnol pour parvenir à une interprétation commune des termes de l'API permettant au Chili de soutenir l'incompétence du Tribunal - ainsi que les mesures d'intimidation à l'égard de Monsieur Pey afin qu'il retire sa demande auprès du CIRDI, étaient constitutifs d'un déni de justice au sens du droit international public, constituant une violation supplémentaire de la République du Chili au titre de l'API.
515. Dans ses paragraphes introductifs, les Demandées écrivaient le 18 septembre 1999 :

*[En 1999] L'état du Chili méconnait les normes assurant la sécurité pleine et entière des investissements étrangers en inspirant des manœuvres qui cherchent à paralyser, totalement ou partiellement, l'exercice effectif des droits de l'investisseur sur son investissement*<sup>423</sup>.

516. Ce faisant, elles constataient que depuis 1995, date de la demande d'indemnisation formulée par les Demandées auprès du Président de la République chilien, la République du Chili

<sup>418</sup> Mémoire des Demandées du 17 mars 1999, pp.58 et suivantes (Pièce CN80f)

<sup>419</sup> Mémoire des Demandées du 17 mars 1999, pp. 41-42 (Pièce CN80f)

<sup>420</sup> L'article 3.1 de l'API dispose : "*Chacune des Parties protègera dans son territoire les investissements effectués conformément à sa législation, par des investisseurs de l'autre Partie et il n'entravera pas, au moyen de mesures injustifiées ou discriminatoires, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance, l'extension, la vente ni, le cas échéant, la liquidation de tels investissements*" (Pièce N40f).

<sup>421</sup> L'article 4.1 de l'API Espagne-Chili dispose : "*Chaque partie garantira dans son territoire, en accord avec sa législation nationale, un traitement juste et équitable aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie, sous des conditions non moins favorables que pour ses investisseurs nationaux*" (Pièce CN40f).

<sup>422</sup> Mémoire des Demandées du 18 septembre 1999 pp. 41 et suivants (Pièce CN90f)

<sup>423</sup> Mémoire des Demandées du 18 septembre 1999 p.26 (Pièce CN90f)

continuait de violer l'API Espagne-Chili en refusant d'accorder la protection qui était due à leur investissement.

517. Lors de l'audience du 4 mai 2000 sur la compétence, lorsque pour la première fois la République du Chili a fait état de la Décision Ministérielle n° 43 du vendredi 28 avril 2000<sup>424</sup>, les Demandereuses ont indiqué à propos de la Décision n°43 :

*Le comportement qui s'est manifesté vendredi dernier est l'aboutissement de cette trajectoire. Pour ce qui la concerne, cette décision [n°43] fait usage d'un point capital. A savoir le déni de justice qui a été maintenu et réaffirmé la semaine dernière par l'Etat du Chili pour ce qui est des droits de l'investisseur espagnol. Si bien qu'il est parfaitement logique de conclure que les seules possibilités pour que ces droits soient reconnus à l'investisseur résident aujourd'hui, exclusivement, devant le Tribunal au sein du présent Tribunal auquel j'ai l'honneur de m'adresser aujourd'hui.*

*(...) De sorte que, la compétence une fois déterminée, le fait qui s'est produit la semaine dernière<sup>425</sup> nous ouvre toute une perspective juridique quant au problème de l'application dans le temps du Traité bilatéral de 1991<sup>426</sup> (soulignement ajouté).*

518. C'est ce que les Demandereuses ont fait à partir de cette date.

519. Ainsi, après la reconstitution du Tribunal arbitral, désormais présidé par Monsieur Lalive<sup>427</sup>, les Demandereuses ont à nouveau développé, dans leurs écritures, leurs arguments sur le déni de justice et le traitement discriminatoire, en le faisant évoluer, afin de tenir compte de la situation résultant de la Décision n°43.

520. Dans leur Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002<sup>428</sup>, les Demandereuses introduisaient leur position par ces termes :

*Cette "décision" [43] est illégale et engage la responsabilité de l'Etat chilien. (...). La "Décision N°43" et le mécanisme mis en œuvre aujourd'hui pour régler une somme d'environ US\$ 9 millions à des tiers non propriétaires, constituent également une violation de l'API du 2 octobre 1991 par le Chili et participent à agraver le différend porté devant le Tribunal Arbitral. M. Pey Casado et la Fondation espagnole n'ont donc pas bénéficié du traitement visé par l'API. Le Chili a notamment manqué à son obligation internationale de traitement juste et équitable de l'investissement et a exproprié M. Pey Casado et la Fondation espagnole sans aucune indemnisation<sup>429</sup>.*

521. Dans ce Mémoire sur le fond, après avoir indiqué que la Décision n°43 et ses conséquences étaient bien imputables à l'Etat du Chili, les Demandereuses soutenaient :

<sup>424</sup> Supra §25

<sup>425</sup> Il est à ce moment fait référence à la Décision Ministérielle n°43 du 28 avril 2000

<sup>426</sup> Transcription de l'audience du 4 mai 2000, p.9 (Pièce CN96bis)

<sup>427</sup> Supra §33

<sup>428</sup> Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 (PièceCN144f)

<sup>429</sup> Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 pp. 1 et 2 (PièceCN144f)

*La "Décision N°43" a enfreint ces trois normes [articles 3, 4 et 5 de l'API] en dépossédant de leurs droits M. Pey et la Fondation espagnole, soit 100% des droits sur CPP S.A. et 99% de ceux de EPC Ltée. Les Autorités du Chili ont enfreint le droit des investisseurs espagnols à bénéficier d'un traitement sans discrimination par rapport à celui accordé aux investisseurs nationaux. (...) Le 28 avril 2000, les articles 3, 4 et 5 de l'API ont été enfreints sous une nouvelle forme, qui s'est ajoutée à la dépossession antérieure. Alors que les Lois et la Jurisprudence du Chili, et la Loi N°19.518 de 1998, reconnaissent le droit à réparation aux personnes dont les biens ont été confisqués en application du DL n°77 de 1973, ainsi qu'à leurs successeurs, ce droit a été dénié aux demanderesses au moyen de la "Décision N°43" du 28 avril 2000.*

*Cette Décision n°43 a été prise par les autorités chiliennes afin de justifier et d'appuyer leur position quant à l'absence de compétence du Tribunal arbitral. Par là même, les autorités ont créé à l'égard des investisseurs espagnols une situation de "dénie de justice".*

*Il va sans dire que ces décisions discriminatoires ont nui aux demanderesses<sup>430</sup>.*

522. S'agissant de la violation de l'article 3 de l'API, les Demandérresses indiquaient :

*La "Décision N°43" est un manquement de l'Etat du Chili*

1. *à son obligation de protéger l'investissement des investisseurs espagnols dans CPP S.A. et EPC Ltée.*
2. *à son devoir de ne pas entraver, au moyen d'une mesure injustifiée et discriminatoire, "la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance, l'extension, la vente ni, le cas échéant, la liquidation de tels investissements"<sup>431</sup> (soulignement dans le texte original).*

523. S'agissant de la violation de l'article 4 de l'API, les Demandérresses précisaiient :

*L'Etat chilien a enfreint l'obligation de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs espagnols, sous des conditions non moins favorables que pour ses investisseurs nationaux. Alors que l'Etat chilien avait reconnu, dans ladite Loi N°19.518 de 1998, le droit à une indemnisation des personnes visées par les mesures confiscatoires adoptées en vertu des Décrets-Lois N°1 et 77 de 1973, il a exclu de ce même traitement les investisseurs espagnols par le truchement de la "Décision N°43"<sup>432</sup>.*

524. Comme pour la demande sur les presses Goss<sup>433</sup>, la République du Chili a considéré qu'il n'était pas utile de répondre à ces arguments dans son Contre-Mémoire du 3 février 2003. Contrairement à son affirmation devant le Comité *ad hoc*, son silence n'est pas dû à l'absence de demandes au titre du déni de justice et du traitement juste et équitable. En réalité, le Contre-Mémoire du 3 février 2003 ne contient aucune section concernant les violations de l'API. La Défenderesses a préféré concentrer ses arguments sur l'incompétence du Tribunal et en particulier sur le défaut d'acquisition par Monsieur Pey des actions de CPP S.A. et d'EPC

<sup>430</sup> Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 pp.125-126 (Pièce CN144f)

<sup>431</sup> Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 pp. 126-127 (Pièce CN144f)

<sup>432</sup> Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 p. 127 (Pièce CN144f)

<sup>433</sup> Supra §503 et suivants

Ltée<sup>434</sup>. La République du Chili ne peut pas aujourd'hui reprocher au Tribunal arbitral et aux Demandérisses son choix stratégique. En tout état de cause, la Défenderesse a eu l'opportunité de répondre aux arguments des Demandérisses relatifs aux violations des obligations du Chili au titre de l'API.

525. Finalement, au cours de l'audience des 15 et 16 janvier 2007<sup>435</sup>, les Demandérisses réitéraient leur position sur les violations de l'API par le Chili en répondant à la question soulevée par le Tribunal concernant la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, elles rappelaient :

*Comme cela a été dit, c'est l'article 4-1 du Traité qui traite du traitement juste et équitable et nous considérons que le déni de justice est une notion qui appartient à la notion de traitement juste et équitable, comme vient de l'exposer Juan Garcés en faisant référence à un certain nombre d'arrêts de jurisprudence. Ceci nous permet d'affirmer que le refus répété d'indemnisation à partir de 1995 est bien un déni de justice, qui est un fait de l'Etat en réalité distinct de l'expropriation invoquée au titre de l'article 5 du Traité, et qui est applicable à toutes les demandes qui sont présentées devant votre Tribunal. Si le Tribunal devait considérer que l'article 4-1 relatif au traitement juste et équitable ne permet pas d'inclure le déni de justice à titre subsidiaire, nous invoquerions d'une part, l'article 10.4 relatif à l'application du droit international par le Tribunal arbitral dans le cadre du règlement des litiges et, d'autre part, l'article 7.2 qui prévoit que s'il y a des règles plus favorables en droit international liant le Chili en matière de traitement des investissements, elles prévaudront, même sur le Traité lui-même<sup>436</sup>.*

526. Toujours au cours de cette audience et en réponse à une question du Tribunal, la République du Chili expliquait pourquoi la Décision n°43 et le refus de la République du Chili d'indemniser Monsieur Pey ne pouvait pas être constitutif d'une violation du traitement juste et équitable<sup>437</sup>. Finalement, la République du Chili saisissait l'occasion qu'elle avait laissé passer en 2003, pour répondre à l'argument des Demandérisses.
527. Il résulte des développements précédents que les Demandérisses ont bien présenté des demandes pour déni de justice et pour violation du traitement juste et équitable et cela, en ce qui concerne la Décision n°43, depuis 2002, date des premiers échanges qui ont suivi l'invocation par le Chili de cette Décision Ministérielle au cours de l'audience de mai 2000. Pourtant, la République du Chili n'a pas hésité à consacrer presque 150 pages de son Mémoire en annulation à cette question. Par la longueur de ses développements la Défenderesse a vraisemblablement voulu conférer à sa demande, une apparence de sérieux, qui ne saurait tromper le Comité *ad hoc*.
528. Cette démonstration permet de rejeter intégralement la demande d'annulation de la Sentence fondée sur la prétendue violation grave par le Tribunal d'une règle fondamentale de procédure et sur l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal.

<sup>434</sup> Contre-Mémoire de la République du Chili du 3 février 2003 (Pièce RA-19)

<sup>435</sup> Transcription audience du 16 janvier 2007 pp.29, 30, 45, 46, 47 (Pièce CN214)

<sup>436</sup> Transcription de l'audience du 16 janvier 2007 p. 47 voir également pp. 13, 46, 54, 58-59, 93-96 (Pièce CN213)

<sup>437</sup> Transcription de l'audience du 16 janvier 2007 pp. 50 et 51 (Pièce CN213)

529. En effet, il n'y a eu de la part du Tribunal aucune violation du droit d'être entendue, la République du Chili ayant choisi d'ignorer les arguments des Demandéresses concernant les violations de l'API. Il ne peut non plus y avoir un renversement de la charge de la preuve.
530. Ces éléments s'opposent également à la demande de nullité de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI. En effet, dans son Mémoire en annulation, la République du Chili prétend fonder l'annulation de la Sentence pour excès de pouvoir manifeste du Tribunal sur le seul motif que les Demandéresses n'ont pas présenté de demandes relatives au déni de justice ou à un traitement discriminatoire.
531. S'agissant du déni de justice, la Défenderesse écrit : *"The Tribunal's finding of BIT liability based on an alleged "denial of justice" is truly extraordinary insofar as it was predicated upon an alleged BIT claim that, as extensively explained above, Claimants never actually asserted - either in their original Request for Arbitration, or any ancillary, incidental or additional claim accepted pursuant to Article 46 of the ICSID Convention. The "denial of justice" claim was never briefed by the parties discussed by them on the merits at any hearing, or linked to any assessment of damages"*<sup>438</sup>.
532. S'agissant du traitement discriminatoire, elle indique : *"The Tribunal's conclusion on the issue of responsibility based on an alleged discrimination through Decision 43 was also striking. As extensively explained above, Claimants never formally asserted that Decision 43 discriminated against them. (...) Quite simply, the Claimants never asserted a new BIT claim, in accordance with Article 46 of the ICSID Convention and Rule 40 of the ICSID Rule of Arbitration, for any discrimination based on Decision 43"*<sup>439</sup>.
533. Dès lors, la démonstration que ces demandes ont été présentées par les Demandéresses au cours de la procédure d'arbitrage<sup>440</sup> permet au Comité *ad hoc* de rejeter la demande de nullité du Chili sur ce fondement. A ce stade, il n'apparaît pas nécessaire aux Demandéresses d'élaborer plus avant leur réponse sur ce fondement d'annulation. Elles se réservent cependant le droit de compléter leur argumentaire au stade de la Duplique.
534. En revanche, les Demandéresses répondront plus longuement au fondement d'annulation relatif au défaut de motifs de la Sentence<sup>441</sup>. Dans ce cadre, il sera également répondu à la prétendue contradiction entre la Sentence condamnant le Chili et la décision du Tribunal arbitral du 25 septembre 2001 sur les mesures provisoires, cet argument étant développé par la Défenderesse tant sur le fondement de l'excès de pouvoir<sup>442</sup> que sur celui du défaut de motif (contradiction des motifs)<sup>443</sup>.

<sup>438</sup> Mémoire en annulation §565

<sup>439</sup> Mémoire en annulation §567

<sup>440</sup> Supra §490 et suivants et §510 et suivants

<sup>441</sup> Mémoire en annulation §§694-736

<sup>442</sup> Mémoire en annulation §587(I)

<sup>443</sup> Mémoire en annulation § 724-732

(b) Le présumé défaut de motifs de la Sentence

535. A l'instar de la présentation retenue par la République du Chili dans son Mémoire, les Demandées répondront d'abord à l'argument du présumé défaut de motivation de la partie de la Sentence condamnant l'Etat du Chili pour déni de justice dans l'affaire des presses Goss. Elles démontreront ensuite l'absence de fondement de la demande d'annulation fondée sur l'article 52(1)(e) de la Convention concernant la condamnation de la République pour traitement discriminatoire des Demandées.

(i) *La motivation de la Sentence concernant le déni de justice dans l'affaire des presses Goss*

536. La République du Chili soutient que le Tribunal, en analysant la demande de déni de justice, aurait dû démontrer que chacun des critères dégagés par les précédents tribunaux arbitraux dans les affaires *Chevron Corp and Texaco Petroleum Corp c/ Ecuador* et *Amto c/ Ukraine* étaient satisfaits dans l'affaire *Pey*<sup>444</sup>.

537. Elle prétend que le Tribunal n'en a rien fait et qu'il se serait contenté d'indiquer qu'un délai de sept années pour obtenir un jugement de première instance du tribunal de Santiago constituerait un déni de justice. Elle écrit en effet :

*However, in the *Pey Casado* Award, the Tribunal undertook an analysis of none of these factors, failing to analyze in any way the nature of the local proceedings or what happened during the time period that such proceedings were pending. Rather, the Tribunal based its conclusion solely on the length of time that had elapsed between Mr. *Pey*'s filing of his claim in the First Court of Santiago in 1995 (for restitution of the confiscated *Goss* printing machine, or compensation for the confiscation), and the time of his withdrawal of that claim (2002). Specifically, the Tribunal concluded that a seven year delay in the First Court of Santiago was "extraordinarily long" and *ipso facto* a denial of justice<sup>445</sup>.*

538. En premier lieu, le contrôle des motifs de la Sentence doit être limité à un contrôle de forme<sup>446</sup>. En aucun cas l'application de l'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI ne doit dériver vers une appréciation de la rectitude du raisonnement ou des motifs utilisés par le Tribunal, pas plus que de leur caractère convaincant ou non<sup>447</sup>.

539. Comme l'a rappelé le Comité *ad hoc* dans l'affaire Vivendi, le cas d'annulation de l'article 52(1)(e) de la Convention ne doit intervenir que dans des cas très limités. En tout état de

<sup>444</sup> Mémoire en annulation §§696-699

<sup>445</sup> Mémoire en annulation §700

<sup>446</sup> Supra § 283 et suivants

<sup>447</sup> Voir en ce sens décisions des Comités *ad hoc* dans les affaires *Compania de Agua del Aconquija SA. & Vivendi Universal c/ Republic of Argentine* CIRDI N°ARB/97/3 du 28 mai 2003 ; *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt* CIRDI N°ARB/98/4 du 5 février 2002 ; *CDC Group c/ republic of Seychelles* CIRDI N°ARB/52/14 du 29 juin 2005 et *Soufraki c/ United Arabs Emirats* CIRDI N°ARB/02/7 du 15 mai 2009

cause, "it is well accepted in the cases and the literature that Article 52(1)(e) concerns a failure to state any reasons with respect to all or part of an award. It bears reiterating that an ad hoc committee is not a court of appeal. Provided that the reasons given by the tribunal can be followed and relate to the issues that were before the tribunal, their correctness is beside the point in terms of Article 52(1)(e). Moreover, reasons may be stated succinctly or at length, and different legal traditions differ in their modes of expressing reasons"<sup>448</sup>.

540. En l'espèce, le Tribunal a respecté les exigences de l'article 52(1)(e) de la Convention en ce que ses développements sur la violation de l'API pour déni de justice permettant au lecteur de suivre son raisonnement.
541. En outre, contrairement à l'affirmation de la République du Chili, le Tribunal ne s'est pas contenté de dire qu'une procédure de sept années était extraordinairement longue et équivalait *ipso facto* à un déni de justice.
542. Tout d'abord, le Tribunal, dans son rappel des faits sur la violation pour déni de justice concernant la restitution de la rotative Goss, renvoie à ses développements précédents sur la procédure devant la Première Chambre Civile de Santiago<sup>449</sup>. Même si le Tribunal arbitral n'indique pas expressément à quels paragraphes il fait référence, il n'est pas difficile de comprendre qu'il renvoie aux paragraphes 459 et suivants de la Sentence, c'est-à-dire à ses conclusions à propos de la controverse de 2002 relative au "*différend résultant du déni de justice allégué par les demanderesses*"<sup>450</sup>.
543. Or, dans cette partie de la Sentence, le Tribunal fait une analyse précise du déroulement de la procédure devant la Première Chambre civile de Santiago et des décisions rendues par celle-ci dans l'affaire Pey Casado<sup>451</sup> contrairement à l'affirmation de la Défenderesse selon laquelle le Tribunal "*fail[ed] to analyze in any way the nature of the local proceedings or what happened during the time period that such proceedings were pending*"<sup>452</sup>.
544. Le Tribunal constate également que les Demandorresses ont "*tenté en vain de faire reconnaître l'incompatibilité de la Décision n°43 avec cette procédure judiciaire*"<sup>453</sup>. Il décrit alors les différents recours initiés par les Demandorresses devant les juridictions locales à cet égard<sup>454</sup>. Le Tribunal conclut alors :
545. *Le Tribunal estime que le dernier différend entre les Parties, s'est cristallisé au cours de la période de 2002-2003. Avec l'introduction de leur demande complémentaire le 4 novembre 2002, les demanderesses ont pour la première fois dans cette procédure, reproché à l'Etat chilien un déni de justice et ainsi formulé une réclamation". C'est en demandant au Tribunal arbitral dans son mémoire du 3*

<sup>448</sup> Décision Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compañía de Aguas des Aconquija S.A. and Vivendi Universal c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/97/3 du 28 mai 2003

<sup>449</sup> Sentence §634

<sup>450</sup> Sentence §454

<sup>451</sup> Sentence §459 et note de bas de page 409

<sup>452</sup> Mémoire en annulation §700

<sup>453</sup> Sentence §460

<sup>454</sup> Sentence §§461-463

*février 2003 de rejeter la demande complémentaire des demanderesses que la défenderesse a confirmé l'existence d'un différend sur la question du déni de justice<sup>455</sup>.*

546. Si dans ses conclusions des paragraphes 659 et suivants de la Sentence, le Tribunal ne reprend pas expressément les rejets systématiques par les juridictions chiliennes des recours des Demanderesses sur l'incompatibilité de la Décision n°43 et la procédure devant la Première Chambre Civile de Santiago, il y fait référence en indiquant :

*Sur la première question [déni de justice], la réponse ne peut être que positive, aux regards des faits établis et déjà retenus par le Tribunal arbitral, l'absence de toute décision par les tribunaux civils chiliens sur les prétentions de M. Pey Casado s'analysant en un déni de justice (soulignement ajouté).*

547. Le Tribunal justifie alors sa conclusion en analysant les précédents et la doctrine confirmant que des délais procéduraux particulièrement importants constituent une forme classique de déni de justice<sup>456</sup>.

548. Il en résulte que contrairement à l'allégation de la République du Chili, le Tribunal a respecté sa mission au titre de l'article 48(3) de la Convention. En conséquence, la demande d'annulation des conclusions du Tribunal concernant la condamnation de l'Etat chilien en raison d'un déni de justice dans l'affaire des presses Goss, sur le fondement de l'article 52(1)(e) de la Convention, doit être rejetée.

*(ii) La motivation de la Sentence concernant le traitement discriminatoire des Demandéresses*

549. S'agissant du défaut de motifs de cette partie de la Sentence, la République du Chili écrit :

*Decision 43 arises from an entirely different and unrelated executive branche administrative proceeding, conducted by the Ministry of National Assets. Given that the Tribunal's holding represented one of only two grounds on which the Tribunal found the Republic to be in breach of its treaty obligations, the lack of reasoning in the Award explaining that outcome is particularly grave<sup>457</sup>.*

550. Les Demandéresses demandent respectueusement aux membres du Comité *ad hoc* de lire les paragraphes suivants à la lumière de cette affirmation.

551. Pour appuyer sa prétention, la République du Chili présente trois séries d'arguments. Pris dans le désordre, le Chili soutient d'abord que le Tribunal n'a pas expliqué comment il était parvenu à sa conclusion condamnant le Chili pour traitement discriminatoire alors que les

<sup>455</sup> Sentence §464

<sup>456</sup> Sentence §§659-663

<sup>457</sup> Mémoire en annulation §707

Demanderesses avaient omis de présenter une telle demande devant lui pendant toute la procédure d'arbitrage<sup>458</sup>.

552. Ensuite, la République du Chili prétend que le Tribunal arbitral aurait manqué à son obligation de motivation au titre de la Convention aux motifs qu'il n'aurait pas expliqué comment la Décision n°43 pouvait être discriminatoire à l'égard de Monsieur Pey et de la Fondation espagnole, ces derniers s'étant exclus volontairement du bénéfice de la loi n° 19.568 de 1998<sup>459</sup>.
553. Enfin, la République du Chili demande l'annulation de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(e) de la Convention aux motifs que le Tribunal aurait omis d'expliquer comment la Sentence pouvait être compatible avec sa décision du 25 septembre 2001 sur les mesures provisoires, et que le raisonnement l'ayant conduit à la condamnation de l'Etat chilien pour traitement discriminatoire serait en contradiction avec le raisonnement développé dans sa décision du 25 septembre 2001<sup>460</sup>.
554. S'agissant du premier argument de la Défenderesse, il a été démontré ci-dessus que les Demandérisses avaient présenté une demande au titre de la violation du traitement juste et équitable. A cet égard, le Tribunal arbitral souligne "*Selon les parties demanderesses, la Décision n°43 du 28 avril 2000 serait en elle-même contraire aux articles 3, 4 et 5 de l'API*"<sup>461</sup> et renvoie au mémoire complémentaire des Demandérisses sur le fond du 11 septembre 2002 page 125<sup>462</sup>.
555. Dans ce Mémoire, les Demandérisses avaient effectivement soutenu que la Décision n°43 était un manquement de l'Etat chilien à son obligation de protéger l'investissement et à son devoir de ne pas entraver au moyen d'une mesure discriminatoire la jouissance de cet investissement (Article 3 de l'API Espagne-Chili) ainsi qu'à son obligation de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs espagnols (Article 4 de l'API)<sup>463</sup>.
556. La prétention de la République du Chili sur ce fondement devra donc être rejetée par le Comité *ad hoc*.
557. S'agissant de la seconde série d'arguments, elle appelle de la part des Demandérisses plusieurs remarques.
558. Tout d'abord s'agissant de la Décision n°43 que le Chili qualifie de suite logique d'une procédure administrative classique prise dans le cadre de la loi n°19.568 de 1998, il convient de rappeler les évènements qui ont conduit à cette Décision Ministérielle.

<sup>458</sup> Mémoire en annulation §712(e)

<sup>459</sup> Mémoire en annulation §712(a) et (b)

<sup>460</sup> Mémoire en annulation §712(c) et (d)

<sup>461</sup> Sentence §613

<sup>462</sup> Sentence notes de bas de page 582 et 557

<sup>463</sup> Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 pp. 126 et 127

559. Quelques mois avant la Décision n°43, le 22 avril 1999, une société anonyme dénommée Asinsa est créée au Chili, notamment par l'intermédiaire de Me Testa, conseil externe de l'Agent de la République du Chili dans la procédure arbitrale, au début de la procédure d'arbitrage<sup>464</sup>. Le 27 avril 1999, la société Asinsa –créé trois jours avant- achète des droits d'indemnisation à deux des futurs bénéficiaires de la Décision n°43 -qui ne s'étaient jusqu'alors pas manifestés pour bénéficier de la loi de 1998-, M. Venegas et la succession de M. Gonzalez<sup>465</sup>, pour un montant dérisoire dans les deux cas (US\$4.125 dans le cas de M. Gonzalez). Deux mois après, le 28 juin 1999, la société Asinsa sollicite des autorités chiliennes une indemnisation s'élevant à US\$ 2.456.820 dans le cas de M. Gonzalez et à US\$ 1.347.078 dans le cas de M. Venegas<sup>466</sup>. Finalement, les autorités chiliennes attribueront à l'ensemble des bénéficiaires de la Décision n°43 la somme d'environ 9 millions dollars.
560. Dès lors, lorsque la République du Chili écrit dans son Mémoire en annulation "*Decision 43 was a ruling by the Ministry of National Assets that was the culmination of an administrative proceeding under Law 19.568, in which third parties who filed applications in this process were found to be the legitimate owners of the CPP and EPC shares and were thus indemnified for the confiscation of those companies*"<sup>467</sup> ou encore "*Decision 43 arises from an entirely different and unrelated executive branche administrative proceeding, conducted by the Ministry of National Assets*"<sup>468</sup>, la Défenderesse omet consciencieusement une partie de l'histoire.
561. Deuxièmement, le standard du contrôle des motifs par le Comité *ad hoc* est limité<sup>469</sup> et il s'applique ici de la même manière que pour les autres fondements. Ainsi, la République du Chili ne peut légitimement fonder son recours en annulation aux motifs que la Sentence n'indique pas de manière détaillée que les critères du traitement discriminatoire tels que définis par d'autres tribunaux sont satisfaits, ce alors même que la Défenderesse n'a pas répondu aux arguments des Demanderoresses sur cette violation<sup>470</sup>. Cela reviendrait à conférer au Comité *ad hoc* un pouvoir de révision au fond qu'il n'a pas<sup>471</sup>.
562. A cet égard, le Tribunal n'avait pas à démontrer que la Décision n°43 était imputable à l'Etat, l'imputabilité de cet acte à l'Etat se déduisant du fait que la Décision 43 émanait directement de ce dernier par la voie du Ministère des Biens Nationaux.
563. En tout état de cause, la procédure d'annulation devant un Comité *ad hoc* n'est pas une procédure d'appel autorisant les Parties à développer des arguments qu'elles n'avaient

<sup>464</sup> Voir dans la pièce C209 Maître Testa reconnaître a) être l'auteur du Rapport de décembre 1998, établi à la demande du Comité des Investissements Étrangers -l'Agent du Chili dans la procédure arbitrale- visant à faire reconnaître MM. Carrasco, González, Venegas et Sainte-Marie comme propriétaires de CPP S.A., et b) avoir constitué par personne interposée ASINSA quatre mois après afin de mettre à exécution ce plan (déclarations à El Mercurio du 29.08.2002)

<sup>465</sup> Pièces CN81f, CN82f,

<sup>466</sup> Pièces CN86f, CN87f

<sup>467</sup> Mémoire en annulation §708

<sup>468</sup> Mémoire en annulation §707

<sup>469</sup> Supra §283 et suivants

<sup>470</sup> Mémoire en annulation §720

<sup>471</sup> Supra §283 et suivants

jusqu'alors pas présentés devant les arbitres saisis du fond du dossier<sup>472</sup>. La Défenderesse ne peut donc pas reprocher au Tribunal de n'avoir pas répondu à ses questions.

564. S'agissant du caractère discriminatoire de la Décision n°43, le raisonnement du Tribunal peut être résumé comme suit :
565. Premièrement, le Tribunal indique dans la partie de la Sentence intitulée "*Décision n°43 - Indemnisation de personnes non propriétaires*" "*le 28 avril 2000, le Ministre des biens nationaux adopte la Décision n°43 selon laquelle les dispositions de la loi n°19.568 sont applicables aux biens confisqués aux Sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. Cependant, comme le Tribunal l'a expliqué ci-dessus, la Décision n°43 indemnise des requérants autres que les demanderesses pour la confiscation des biens en question et le Ministre des biens nationaux maintiendra cette décision que les demanderesses contesteront en vain*"<sup>473</sup>.
566. Deuxièmement, le Tribunal rappelle la propriété de Monsieur Pey des actions de CPP S.A. et EPC Ltée en indiquant: "*M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire des biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne*"<sup>474</sup>. Sur le droit de propriété de Monsieur Pey, le Tribunal rappelle également qu'il avait été reconnu par un jugement chilien et que les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient également informées des demandes de Monsieur Pey devant le CIRDI et de sa revendication du droit de propriété<sup>475</sup>.
567. Troisièmement, le Tribunal constate que la Défenderesse n'a jamais remis en cause le fait que les confiscations intervenues à partir de 1973 étaient illicites et qu'à ce titre, l'Etat du Chili reconnaissait qu'il avait un devoir d'indemnisation<sup>476</sup>. Néanmoins, le Tribunal constate que les Demandерesses n'ont pas bénéficié de ce traitement. Il indique "*Malheureusement, cette politique ne s'est pas traduite dans les faits en ce qui concerne les Demandерesses, pour des raisons diverses qui, au moins pour partie, n'ont pas été révélées ou clairement expliquées par les témoignages ou autres preuves fournies au Tribunal arbitral*"<sup>477</sup>. Ce faisant, le Tribunal constatait que la République du Chili avait fait subir un traitement différent aux Parties Demandерesses par rapport aux autres investisseurs notamment nationaux.
568. Finalement, après avoir rappelé qu'un traitement discriminatoire est une violation du traitement juste et équitable au sens du droit international de protection des investissements, le Tribunal conclut :

*Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations - pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexpliquées - à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'il paralyait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis*

<sup>472</sup> Supra§428

<sup>473</sup> Sentence §632

<sup>474</sup> Sentence §665

<sup>475</sup> Sentence §666

<sup>476</sup> Sentence §§667-668

<sup>477</sup> Sentence §669

*un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable<sup>478</sup>.*

569. L'un des éléments importants de cette conclusion et passé sous silence par la Défenderesse dans son Mémoire en annulation, est que le Tribunal a conclu à un traitement discriminatoire des Demandérisses sous la double condition d'une compensation à des tiers pour la confiscation des biens objet de la procédure d'arbitrage, et le refus de la République du Chili d'indemniser de quelque manière que ce soit Monsieur Pey et la Fondation espagnole, en s'opposant par tout moyen à leurs revendications et en paralysant, autant que faire se peut, la procédure arbitrale engagée.
570. Dès lors, contrairement à la prétention de la République du Chili, Monsieur Pey et la Fondation espagnole n'avait pas nécessairement besoin de porter leur réclamation sur le fondement de la loi 19.568 pour recevoir un traitement discriminatoire. Soulignons à cet égard que contrairement à ce que laisse supposer la République du Chili, la loi 19.568 n'est pas le seul fondement pour obtenir réparation des confiscations intervenues au Chili sous le régime militaire de Pinochet. En effet, comme l'avait fait Monsieur Pey pour les presses Goss en octobre 1995, mais aussi comme l'ont fait nombre d'autres victimes du Décret n°77 de 1973<sup>479</sup>, il est possible d'obtenir réparation devant les cours judiciaires chiliennes sur le fondement du mandat impératif de la Constitution (article 4 de la Constitution de 1925 aux termes duquel les décrets de confiscation édictés en application dudit Décret n°77 sont nuls de nullité *ab initio*, imprescriptibles et *ex officio*). La reconnaissance de cette nullité *ab initio* constitue une jurisprudence constante de la Cour Suprême chilienne permettant d'obtenir réparation non seulement pour la perte subie (*damnum emergens*) mais également pour la perte de profit (*lucrum cessans*)<sup>480</sup>.
571. Ainsi, les motifs contenus dans la Sentence permettent sans nul doute de suivre le raisonnement du Tribunal sur ce chef de condamnation. Dès lors, la Sentence répond aux exigences de l'article 52(1)(e) de la Convention quand bien même le tribunal ne répondrait pas de manière exhaustive aux questions soulevées par la Défenderesse dans son Mémoire en annulation.
572. Finalement, concernant la troisième série d'arguments, relative à une contradiction de motifs entre d'une part la condamnation au titre de la violation d'un traitement juste et équitable et, d'autre part, la décision du 25 septembre 2001<sup>481</sup>, celle-ci est contredite par les termes mêmes de la décision du 25 septembre 2001<sup>482</sup> et plus particulièrement de ses paragraphes 59 à 63.
573. Avant de rappeler les termes pertinents de cette décision, il convient d'indiquer le contexte dans lequel elle a été rendue. Celle-ci avait vocation à répondre à une demande de mesures conservatoires déposées par les Demandérisses à propos de la Décision n°43. Les Demandérisses soutenaient que l'exécution de la Décision n°43 entraverait l'efficacité de la

<sup>478</sup> Sentence §674

<sup>479</sup> Par exemple, société éditrice du quotidien Color - Décision de la Cour Suprême du 21 juin 2000, Pièces CN62 et CN102

<sup>480</sup> Or, la loi 19.568 ne permet pas l'indemnisation du *damnum emergent*

<sup>481</sup> Supra §492

<sup>482</sup> Pièces C128f et RA-08

Sentence à intervenir et en particulier son exécution au Chili. Les Demandées craignaient de se voir opposer la Décision n°43 dans le cas où le Tribunal condamnerait la République du Chili pour les confiscations intervenues à partir de 1973. Par ailleurs, elles soutenaient que la Décision n°43, en plus d'accorder une indemnisation prétendument due à la succession de Monsieur Sainte Marie et autres, attribuait la propriété des actions de CPP S.A. et EPC Ltée à des tiers en violation de leurs droits de propriété<sup>483</sup>. C'est donc à ces différentes questions auxquelles répondait le Tribunal arbitral par la décision du 25 septembre 2001 (Annexe 128f). Il convient donc de lire la décision du 25 septembre 2001 à la lumière des demandes présentées par les Demandées.

574. S'agissant de la décision du Tribunal, les Demandées citeront les passages suivants. D'abord, le paragraphe 59 qui précise :

*Il résulte des considérations qui précèdent et de l'analyse de la décision Ministérielle n°43 que cette dernière décision, abstraction faite de son caractère administratif plutôt que judiciaire, ne tranche pas, dans son dispositif, le même litige que celui que les Demandées ont voulu soumettre à la compétence du Tribunal Arbitral CIRDI, quand bien même certains de ses motifs paraissent susceptibles d'affecter, au moins indirectement, les intérêts que font valoir les parties Demandées. Même à la supposer définitive sur le plan du droit interne chilien, la décision n°43 n'a pas "tranché définitivement" et avec force de chose jugée, la question de la propriété des actions, mais elle a prononcé ou proposé un certain nombre d'indemnisations sur la base de motifs impliquant en effet ou presupposant une prise de position quant à cette propriété (soulignement ajouté).*

575. Par ces termes, le Tribunal rejetait la prétention des Demandées selon laquelle la Décision n°43 reconnaissait la propriété des actions à des tiers, reconnaissance qui se serait imposée au Tribunal.

576. Sur ce point le Tribunal indique également (p. 60):

*En tout état de cause, compte tenu du "principe de la primauté des procédures internationales par rapport aux procédures internes" rappelé par les précédents cités plus haut, cette décision ne saurait lier le Tribunal, ni prévaloir sur la décision que ce dernier pourrait être amené à rendre, dans l'hypothèse où il se reconnaîtrait compétent pour ce faire.*

577. En d'autres termes, le Tribunal indiquait que quand bien même cette décision reconnaîtrait la propriété des actions à des tiers, il n'était pas lié par celle-ci et cela ne pouvait l'empêcher de reconnaître la propriété de ces actions à Monsieur Pey et à la Fondation espagnole.

578. Finalement, le paragraphe 63 indique :

*S'agissant d'une décision visant des indemnisations, elle n'est de toute façon, comme indiqué plus haut, pas opposable aux Parties Demandées et, par*

---

<sup>483</sup> Demande de mesures conservatoires déposée par les Demandées le 23 avril 2001 (Pièce CN121bisf)

*conséquent, ne cause pas (au moins directement) de dommages à ces dernières. En serait autrement, ce dommage ne saurait être considéré par le Tribunal Arbitral comme irreparable dès lors que, ainsi que l'a observé avec raison la Partie Défenderesse (...) la conséquence pratique évidente pour le Chili, principale ou exclusive, ne pourrait être que, soit l'obligation de restituer les actions revendiquées à leurs propriétaires légitimes (c'est-à-dire une restitution légitime), soit, en cas d'impossibilité de "restitution in integrum", l'obligation d'indemniser.*

579. Dès lors, loin de reconnaître l'impossibilité pour la Décision n°43 de causer un préjudice aux Demandéresses, le Tribunal s'appuyait surtout sur le fait que l'exécution de la Décision n°43 ne rendrait pas impossible la réparation du préjudice subi par les Demandéresses. Il n'y a donc dans cette décision de rejet des mesures conservatoires sollicitées par les Demandéresses aucune contradiction avec la Sentence condamnant la République du Chili sur le fondement d'un traitement discriminatoire à raison notamment de la Décision n°43.
580. Dans ces conditions, le Tribunal n'était pas tenu d'expliquer en quoi le prononcé de sa condamnation pour traitement discriminatoire ne contredisait pas sa précédente décision sur les mesures conservatoires. Nul n'est tenu de démontrer l'évidence.
581. Dès lors, le Tribunal a respecté les exigences de motivation au titre de l'article 48 de la Convention CIRDI et ne saurait voir sa Sentence annulée sur le fondement de l'article 52(1)(e) de la Convention.
582. Il résulte des développements précédents que la demande d'annulation formée par la République du Chili concernant sa condamnation par le Tribunal arbitral au titre du déni de justice et de la violation du traitement juste et équitable est sans fondement. Elle devra donc être rejetée par le Comité *ad hoc* après qu'il ait constaté qu'aucune des conditions prévues par l'article 52(1) de la Convention CIRDI n'est satisfaite.
583. En tout état de cause, si le Tribunal arbitral devait considérer qu'il existait un fondement valable d'annulation de la Sentence sur la base des arguments ci-dessus examinés, il devra limiter sa décision d'annulation à la partie de la Sentence relative aux violations par la République du Chili des obligations au titre de l'API. En effet, la partie de la sentence relative à la compétence ne saurait être annulée<sup>484</sup>.

### **3.3 Les fondements d'annulation concernant le calcul du dommage par le Tribunal arbitral**

584. Finalement, la République du Chili présente une série d'arguments tendant à soutenir la nullité de la Sentence relativement au *quantum* du dommage. Elle fonde sa demande sur les articles 52(1)(b) et 52(1)(d) de la Convention.

---

<sup>484</sup> Supra §470 et suivants

(a) La position de la République du Chili

585. En premier lieu, la République du Chili soutient que la Sentence serait annulable sur le fondement de l'article 52(1)(d) de la Convention, le Tribunal ayant rendu sa décision sans lui avoir donné l'opportunité de présenter ses arguments en défense. Selon elle, il s'agirait d'une violation de son droit d'être entendue<sup>485</sup>.
586. Plus spécifiquement, la République du Chili prétend que cette violation serait caractérisée par l'impossibilité de soumettre des mémoires après audiences<sup>486</sup>. Elle considère en effet qu'elle aurait pu à cette occasion répondre aux arguments qui avaient été soulevés au cours de l'audience 2007. Or, cette opportunité lui avait été expressément refusée par les Ordonnances de Procédures Nos.13 et 14 du Tribunal de 24 octobre et 22 novembre 2006, respectivement<sup>487</sup>, et ces arguments n'étaient d'ailleurs pas nouveaux.
587. Par ailleurs, la Défenderesse soutient que le Tribunal en allouant aux Demandéresses la somme de 10 millions dollars au titre des dommages subis en raison du déni de justice et du traitement discriminatoire, aurait méconnu les principes applicables à la preuve. Il appartient selon elle, aux Demandéresses de démontrer non seulement l'existence d'un dommage mais aussi son *quantum*. En constatant que les Demandéresses avaient failli dans cette dernière démonstration, le Tribunal ne pouvait pas valablement condamner l'Etat chilien sans renverser la charge de la preuve<sup>488</sup>.
588. Partant, la République du Chili soutient que le Tribunal en évaluant le dommage a manifestement excédé sa mission en rendant une Sentence *ex aequo et bono* sans y avoir été autorisé par les Parties<sup>489</sup>.
589. Dans ces conditions et après avoir indiqué que le respect par le Tribunal de ces différentes règles l'aurait conduit à rendre une sentence sensiblement différente<sup>490</sup>, la République du Chili demande au Comité *ad hoc* d'annuler la Sentence.
590. Les Demandéresses répondront successivement à chacun des arguments de la République du Chili.

<sup>485</sup> Mémoire en annulation §§245-255

<sup>486</sup> Mémoire en annulation §254

<sup>487</sup> Pièces CN208f et CN209f

<sup>488</sup> Mémoire en annulation §§365-368

<sup>489</sup> Mémoire en annulation §§585 et 587 (n) et (o)

<sup>490</sup> Mémoire en annulation §368

(b) Les prétentions de la République du Chili sont sans fondement

591. A titre préliminaire, et contrairement aux allégations du Chili, les Demandéresses avaient, au cours de la procédure, présenté des demandes au titre de la violation par la République du Chili de son obligation de traitement juste et équitable se caractérisant par le déni de justice et le traitement discriminatoire.
592. Si les Demandéresses n'ont pas fait de demandes de dommages et intérêts spécifiques à ces violations, c'est qu'elles considéraient que le préjudice subi à ce titre était couvert par sa demande de compensation pour confiscation. La position des Demandéresses exprimée dans leur requête complémentaire du 4 novembre 2002, concernant le dommage résultant du déni de justice dans l'affaire des presses Goss, en est l'illustration<sup>491</sup>.
593. C'est également cette position qui avait été rappelée au cours de l'audience du 16 janvier 2007 en ces termes :

*L'interprétation des Demandéresses est que si cette Décision 43 constituait une nouvelle violation du traitement équitable, il conviendrait, notamment dans le calcul du dommage, de tenir compte des actes passés du gouvernement et de la République du Chili, qu'il s'agisse des actes de 1995 ou des décrets de 1977 et 1975 et, dès lors, le calcul de l'indemnité ne serait pas différent si ce n'est qu'il serait peut être augmenté, en ce qui concerne le préjudice moral, qui est l'un des chefs de préjudice demandé, puisque le dommage moral qu'il s'agisse de celui de M. Pey ou de celui de la Fondation a été augmenté par cette nouvelle violation de la République du Chili<sup>492</sup>.*

594. Cette position était justifiée puisqu'en définitive quand bien même le fait constitutif de la violation était individualisé, le dommage subi au titre du déni de justice ou du traitement injuste et inéquitable est le même. Par les actes de la République du Chili, les Demandéresses se voyaient priver de leur droit d'obtenir réparation pour les confiscations subies depuis 1975.
595. Ceci étant rappelé, la demande d'annulation fondée sur une prétendue violation du droit de la République du Chili d'être entendue doit être rejetée pour les raisons suivantes.
596. Tout d'abord, les Parties Demandéresses ayant présenté des demandes au cours de la procédure d'arbitrage sur les fondements de déni de justice et de traitement injuste et inéquitable, la République du Chili avait l'opportunité de présenter dans ses écritures les arguments pertinents pour s'opposer non seulement à l'existence d'une telle violation mais également à l'évaluation du préjudice présentée par les Demandéresses.

<sup>491</sup> Requête complémentaire du 4 novembre 2002 p.13 (Pièce CN147f)

<sup>492</sup> Transcription de l'audience du 16 janvier 2007 p.50 (CN214)

597. En second lieu, la Défenderesse a également eu l'occasion d'exprimer sa position sur ce sujet lors de l'audience de janvier 2007. En effet, suite à l'intervention des Demandéresses<sup>493</sup> - répondant à une question du Tribunal - la parole a été donnée à la Défenderesse. Plutôt que de répondre à l'argument des Demandéresses, la République du Chili a continué de discuter de la compétence, en réalité l'incompétence, du Tribunal en se référant plus particulièrement à la jurisprudence *Lucchetti*<sup>494</sup>. Elle a ensuite indiqué que la Décision n°43 n'avait pas d'effet discriminatoire. Une fois de plus, la République du Chili a eu l'opportunité de s'exprimer sur ce sujet, elle a choisi la manière de le faire. Elle ne peut aujourd'hui en faire le reproche au Tribunal arbitral ou aux Parties Demandéresses.
598. Pour conclure, il convient également d'indiquer que la Défenderesse a eu l'occasion de s'exprimer après l'audience de janvier 2007. En effet, le 18 juillet 2007, le Centre indiquait aux Parties que le Tribunal ne disposait pas de certaines pièces du dossier relatives à l'indemnisation versée par le Chili au titre de la Décision n°43 et invitait les Parties à les lui communiquer<sup>495</sup>.
599. Le 19 juillet 2007, les Demandéresses répondaient au Centre en lui adressant les informations demandées<sup>496</sup>. Deux jours après le Chili communiquait qu'elle se réservait de droit de répondre sur le montant de l'indemnisation.<sup>497</sup> Le 3 octobre 2007, le Tribunal arbitral invitait à nouveau la République du Chili à exprimer sa position sur cette question et à adresser ses commentaires sur la lettre des Demandéresses du 19 juillet<sup>498</sup>. Finalement, les 19 et 29 octobre et 10 novembre 2007, la République du Chili répondait et communiquait au Tribunal, outre les documents déjà dans la procédure, dix-neuf documents concernant les paiements effectués par le Chili au titre de la Décision n°43<sup>499</sup>. Elle indiquait dans le courrier du 18 octobre "*la République estime pertinent de rappeler [le] [...] paiement d'une indemnisation en paiement des personnes et des successeurs qui se sont révélés être les propriétaires légitimes des entreprises "Consorcio Publicitario y Periodístico S.A." et "Empresa Periodística Clarín Limitada"*"<sup>500</sup> (soulignement ajouté).
600. Le 9 novembre 2007 (portant date du 18 octobre), répondant aux commentaires des Demandéresses du 29 octobre<sup>501</sup>, la Défenderesse expliquait au Tribunal la raison pour laquelle l'unité de paiement était différente de celle indiquée dans la Loi 19.568 : rendre les moyens de paiements négociables sur le marché financier. Elle précisait dès lors "*Ces opérations présentaient un intérêt pour les bénéficiaires d'origine des billets à ordre et, de ce fait, sans aucune exception, tous les billets à ordre cités et, en définitive, les personnes qui les ont présentés au recouvrement à leur date d'échéance ou de liquidation en étaient les acquéreurs ultimes, en l'occurrence, les institutions financières participantes. A cet égard, il nous paraît nécessaire de recevoir de façon plus approfondies sur ces opérations car l'Etat a honoré son obligation pour l'émission et la remise des billets à ordre en question, ce qu'il est*

<sup>493</sup> Supra §593

<sup>494</sup> Transcription de l'audience du 16 janvier 2007 p.50 (Pièce CN214)

<sup>495</sup> Pièce CN215f, lettre du Centre du 18 juillet 2007

<sup>496</sup> Pièce CN216f, lettre des Demandéresses au Centre du 19 juillet 2007

<sup>497</sup> Pièce CN217, lettre du Chili du 20 juillet 2007

<sup>498</sup> Lettre du Centre du 3 octobre 2007

<sup>499</sup> Pièces CN221 et CN240bisf

<sup>500</sup> Lettres du Chili des 19 et 29 octobre et 10 novembre de 2007, les annexes avec les montants alloués figurent dans les pièces CN218, CN219, CN221 à CN240bisf.

<sup>501</sup> Lettre des Demandéresses du 29/10/2007, Pièce CN220f.

*advenu de ces effets sur le marché n'est lié en rien à l'obligation d'indemniser qui en a motivé l'établissement*<sup>502</sup>.

601. Rien n'empêchait la Défenderesse de faire des commentaires supplémentaires sur l'indemnisation dès lors qu'ils étaient en relation directe avec la Décision n°43. En réalité, elle n'a pas manqué de le faire lorsqu'elle y a vu un intérêt. Ainsi, le 24 août 2007, elle adressait au Tribunal, sans que ce dernier ne l'y ait invitée, copie de deux sentences rendues pendant l'été 2007 en indiquant "*En el curso del último mes, Tribunales de Arbitraje del Centro han dictado dos Laudos que tratan directamente el tema de la irretroactividad de los acuerdos bilaterales de protección de inversiones, y sustentan plenamente la argumentación vertida por Chile en el presente arbitraje sobre la falta de jurisdicción ratione temporis del Centro y de competencia del Tribunal de Arbitraje. En consecuencia, la República de Chile estima indispensable permitir que el Tribunal reciba copia de estos documentos, a fin de que sus honorables miembros puedan considerarlos en el presente caso*" (soulignement ajouté).
602. Alors que le Tribunal avait indiqué aux Parties qu'il se tenait au courant de l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine depuis janvier 2007 et qu'il était inopportun d'autoriser la production de nouveaux commentaires, la République du Chili, dans sa lettre du 18 octobre insistait sur la pertinence des dernières affaires CIRDI et proposait au Tribunal de lui adresser une version traduite en français de ces sentences, voire de payer les frais de traduction nécessaire.
603. En outre, le 9 novembre 2007<sup>503</sup>, la République du Chili soulevait une objection sur le montant que les Demandereuses avaient calculé de l'indemnité versée au titre de la Décision n°43 dans leurs lettres du 29 octobre antérieur<sup>504</sup>.
604. Il résulte des développements précédents que la République du Chili a eu l'opportunité de présenter ses arguments concernant le *quantum* de l'indemnisation. Dès lors, sa demande de nullité sur le fondement de l'article 52(1)(d) de la Convention est mal fondée et sera rejeté par le Comité *ad hoc*.
605. Ces développements sont également la démonstration que le Tribunal n'a pas renversé la charge de la preuve comme le soutient la Défenderesse<sup>505</sup>. Le Tribunal s'est appuyé sur des éléments objectifs (le montant de la réparation déjà versé au titre de la réparation de la confiscation de CPP S.A. et EPC Ltée.) et sur lesquels les Parties ont été amenées à se prononcer.
606. En tout état de cause, un Tribunal arbitral dispose toujours d'un large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation du dommage. Il ne peut donc lui être reproché de ne pas s'être appuyé sur l'évaluation qui avait été présentée par les Parties. Ce pouvoir discrétionnaire a été reconnu maintes fois par les Comités *ad hoc* saisis de recours en annulation<sup>506</sup>. Ainsi, dans l'affaire

<sup>502</sup> Lettre du Chili du 9 novembre 2007 (datée du 18/10), Pièce CN240bisf

<sup>503</sup> Pièce CN240bisf

<sup>504</sup> Pièces CN219, CN220f

<sup>505</sup> *Supra* §587

<sup>506</sup> Par exemple : Décisions de Comités *ad hoc* dans les affaires *Wena Hotels LTD v Arab Republic of Egypt*, CIRDI Case No. ARB/98/4, du 8 décembre 2000, *Republic of Kazakhstan v. Rumeli Telekom A.S.*, CIRDI Case

*République du Kazakhstan c/ Rumeli Telekom A.S.*, le Comité *ad hoc* a indiqué "tribunals are generally allowed a considerable measure of discretion in determining issues of quantum. The tribunal must be satisfied that the claimant has suffered some damage under the relevant head as a result of the respondent's breach. But once it is satisfied of this, the determination of the precise amount of this damage is a matter for the tribunal's informed estimation in the light of all the evidence available to it"<sup>507</sup>, "The fact that the exercise is inherently uncertain is not a reason for the tribunal to decline to award damages"<sup>508</sup>. De même, dans l'affaire *Azurix c/ la République Argentine*, le Comité *ad hoc* a rejeté la demande d'annulation alors que l'évaluation retenue dans la sentence par le tribunal arbitral "was an approximation that the Tribunal considered to be fair in all the circumstances"<sup>509</sup>.

607. Dans la présente affaire, le Tribunal arbitral disposait du même pouvoir d'appréciation pour évaluer le préjudice subi par Monsieur Pey et la Fondation espagnole. La Défenderesse ne peut donc demander l'annulation de la Sentence au motif que le Tribunal aurait procédé lui-même à l'évaluation du dommage sur la base d'éléments objectifs à sa disposition.
608. En tout état de cause, si pour les besoins du raisonnement, on considérait que le Tribunal arbitral a manqué au respect d'une règle fondamentale de procédure - telle que le droit d'être entendu ou la charge de la preuve - *quod non*, il faudrait encore établir le caractère sérieux de ce manquement. Pour cela, la République du Chili doit démontrer que la méconnaissance de cette règle a "conduit le Tribunal à prendre une décision substantiellement différente de celle qu'elle aurait prise s'il avait respecté ladite règle"<sup>510</sup> (soulignement ajouté).
609. Cette exigence n'est pas contestée par la République du Chili. Cependant, écartant toute démonstration, elle se contente d'affirmer "it seems self-evident that had the burden of proof been placed upon the Claimants in practice instead of only in theory, the ultimate Award might have been "substantially" different from the Award reached in violation of the rule"<sup>511</sup>.
610. En réalité, la Défenderesse ne peut faire cette démonstration. En effet, pour condamner l'Etat chilien, le Tribunal a d'abord constaté que le Chili, depuis les années 1990, avait reconnu d'une part que les confiscations intervenues sous le régime militaire du Général Pinochet étaient invalides et, d'autre part, qu'il avait un devoir d'indemnisation à l'égard des victimes du régime<sup>512</sup>. Le Tribunal a alors rappelé que Monsieur Pey et la Fondation espagnole étaient bien les propriétaires des actions de CPP S.A. et d'EPC Ltée. et qu'à ce titre ils devaient, au même titre que les autres victimes, être indemnisés. Le Tribunal a cependant constaté que malheureusement Monsieur Pey n'avait pas bénéficié de cette politique<sup>513</sup>. En particulier, l'Etat du Chili avait indemnisé des tiers en réparation de la confiscation de ces mêmes biens<sup>514</sup>.

---

No. ARB/05/16, 25 mars 2010; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, CIRDI Case No. ARB/01/12, 1 septembre 2009

<sup>507</sup> *Republic of Kazakhstan v. Rumeli Telekom A.S.*, CIRDI Case No. ARB/05/16, 25 mars 2010, Para. 146-147

<sup>508</sup> *Ibid*, para.144

<sup>509</sup> *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, CIRDI Case No. ARB/01/12, , 1 Septembre 2009, Para. 351

<sup>510</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena Hotels c/ Egypte* du 5 février 2002 *in CIRDI - Chronique des sentences arbitrales*, J.D.I. 2003, p. 180

<sup>511</sup> Mémoire en annulation §368

<sup>512</sup> Sentence §§667 et 668

<sup>513</sup> Sentence §669

<sup>514</sup> Sentence §674

611. En d'autres termes, le Tribunal a considéré que dès lors qu'il était démontré que Monsieur Pey était bien l'acquéreur de CPP S.A. et d'EPC Ltée., la République du Chili ne pouvait pas s'opposer à la réparation de son préjudice, la confiscation de ses biens étant incontestable et incontestée.
612. En concluant que la République du Chili avait commis un déni de justice et traité Monsieur Pey et la Fondation espagnole de manière discriminatoire, le Tribunal arbitral a simplement constaté que la République du Chili avait empêché les investisseurs d'être indemnisés. C'est donc ce dommage qui doit être réparé.
613. Alors que les Demandées soutenaient que le *quantum* du dommage réparable au titre du déni de justice et traitement discriminatoire était le même que celui résultant de la confiscation, les violations du Chili n'ayant eu pour conséquence que de priver les Demandées d'obtenir réparation pour les confiscations subies, le Tribunal ne les a pas suivis dans cette argumentation. Le Tribunal a considéré que "*l'indemnisation doit servir à mettre les Demandées dans la position dans laquelle elles seraient si les violations en question n'avaient pas eu lieu, c'est-à-dire si, dans la Décision n°43, les autorités chiliennes avaient indemnisé les Demandées, et non pas des tierces personnes non-propriétaires des biens en question. Dans cette hypothèse les autorités chiliennes auraient accordé le montant d'indemnisation qu'elles ont accordé en vertu de la Décision n°43 aux Demandées dans la présente instance, celles-ci étant, le Tribunal l'a constaté, les véritables propriétaires des actions CPP S.A. et EPC Ltée. Par conséquent, c'est le montant payé comme une indemnisation en vertu de la Décision n°43 qui correspond au préjudice souffert par les Demandées*"<sup>515</sup>.
614. Les Demandées sont en désaccord avec cette conclusion, pour les raisons déjà évoquées. Cependant, la République du Chili ne peut pas se plaindre de la conclusion du Tribunal. En effet, ce faisant, le Tribunal n'a fait que constater que la somme allouée aux bénéficiaires de la Décision n°43 était le montant de l'indemnisation réparant le dommage subi (*damnum emergens*) de la confiscation de CPP S.A. et EPC Ltée.
615. Il s'agit donc du montant minimum de l'indemnisation, montant accepté par la République du Chili, puisqu'alloué au titre de la confiscation, et qui ne tient aucun compte du manque à gagner dont la réparation est exclue par la loi n°19.568. Il est donc évident que le Tribunal n'aurait pu arriver à un montant substantiellement inférieur.
616. Il résulte de ce qui précède que la République du Chili ne peut valablement demander la nullité de la Sentence sur les fondements invoqués, à propos de la décision du Tribunal sur le montant de la condamnation. En conséquence, le Comité *ad hoc* rejettéra la demande d'annulation présentée par le Chili sur ce fondement.
617. Si par extraordinaire le Comité *ad hoc* devait considérer qu'il existe un motif d'annulation de la Sentence sur l'un des fondements ayant une incidence sur le *quantum*, les Demandées sollicitent respectueusement du Comité *ad hoc* qu'il ne prononce qu'une nullité partielle de la

<sup>515</sup> Sentence§693

Sentence. En effet, les motifs d'annulation invoqués ci-dessus n'affectent pas l'intégralité de la Sentence mais uniquement la partie relative au *quantum*, à savoir les paragraphes 685 à 704, et par conséquent son seul dispositif n°4.

\*\*\*\*\*

**(III) L'ANNULATION INTEGRALE PLAIDÉE PAR LA DELEGATION DU CHILI ET LE 8<sup>ème</sup> POINT DU DISPOSITIF DE LA SENTENCE**

**LES EXPECTATIVES DE L'ARBITRAGE SOUMIS AU CIRDI**

*“As creatures of consent, arbitrators are law-appliers rather than law makers, and must show special fidelity to the litigants’ shared ex ante expectations as expressed in contract or treaty. For investor-state arbitration expectations derive from treaty commitments to balance investor confidence and host state welfare” (William W. Park, 2010)<sup>516</sup>*

**A- LE CONTEXTE GÉNÉRAL**

618. Les expectatives des parties résultent en premier lieu de l'Accord pour la protection réciproque des investissements du 2 octobre 1991, en vigueur entre l'Espagne et le Chili depuis le 28 mars 1994 (désormais API)<sup>517</sup>.
619. Une autre prémissse de l'arbitrage soumis au CIRDI était le système légal choisi par les parties prévu dans l'article 42 de la Convention de Washington dans les termes recueillis dans les travaux préparatoires de celle-ci, en particulier dans le *Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting* (8 décembre 1964), notant :
- que la proposition du Royaume Uni permettait à “any State ... to define the jurisdiction of the Centre along the lines of the Spanish proposal”<sup>518</sup>;
  - qu'il était “clearly permissible” par cette voie de restreindre à la mesure de chaque Etat la compétence du Centre (Broches);
  - que “[T]he British proposal leav[es] it to each state to define which categories of dispute could be submitted to the Centre”<sup>519</sup>;
  - qu'une version préalable de la disposition de notification de l'article 25 de la Convention “was added to enable countries to exclude classes of investments, thereby narrowing the scope of the Convention as far as they were concerned”<sup>520</sup>.
620. Que ce soit en matière de propriété et de nationalité, les arbitres doivent d'abord appliquer le Droit de l'Etat d'accueil, en l'espèce, le Droit chilien et donc en premier la Constitution chilienne (articles 4; 10(10) ; 11 ; 12 ; 18 ; 80 de la Constitution de 1925 ; articles 7, 73 de

<sup>516</sup> PARK (William W.) : “Arbitrators and Accuracy”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vo. 1, 1, Feb. 2010, p. 43.

<sup>517</sup> Pièce CN40.

<sup>518</sup> Dans 2 History..., p. 822 (Philippines).

<sup>519</sup> *Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting* (8 décembre 1964), dans 2 History, p. 823 (Italy).

<sup>520</sup> Cf. *Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting* (Nov. 11, 1964), in 2 History, p. 711 (Broches).

celle de 1980)<sup>521</sup>. En outre, les arbitres doivent appliquer "les principes du droit international en la matière" (article 10.4 de l'API).<sup>522</sup>

### La Constitution était en vigueur sous le régime de *gesetzlichen Unrechts*

621. L'intervention des Puissances au Chili entre le 11 septembre 1973 et le 11 mars 1990 a soumis le peuple chilien à un régime de *gesetzlichen Unrechts* - «d'illicéité légalisée» selon la formule de Gustav Radbruch<sup>523</sup> - dont la nature génocidaire et terroriste est chose jugée<sup>524</sup> également pour la Cour Suprême du Chili<sup>525</sup>, pour qui ce régime agissait,

*Dans le cadre de violations graves, massives et systématiques des droits de l'homme, effectuées par des agents de l'État qui prétendaient exclure, harceler, persécuter ou exterminer quiconque serait opposé au régime instauré le onze septembre mil neuf cent soixante treize, il y a lieu de conclure que l'on se trouve en présence de ce que la conscience juridique nomme délit de 'crime contre l'humanité', qualification qui implique l'impossibilité d'amnistier le [fait] illicite en question, ainsi que de déclarer sa prescription en accord avec les règles impératives du droit international ou ius cogens, qui – comme il a été déclaré dans les arrêts antérieurs- prévaut sur la législation nationale. Les règles de ius cogens sont de véritables normes juridiques en un sens substantiel, fournissant des lignes directrices ou des méthodes de conduite, à partir desquelles surgissent des obligations erga omnes, qui existent indépendamment de leur formulation en termes qui, à les supposer exprimés dans un modèle légal, ne changent pas leur nature juridique.*

*La présente Cour réitère, une fois de plus, que les principes du droit international et les règles du droit coutumier, font partie de l'ordonnancement juridique chilien avec primauté à l'égard des lois internes, quand bien même ils ne se trouveraient pas traduits en traités ou conventions obligatoires pour le Chili* (soulignement ajouté).

<sup>521</sup> Pièces CN02f et CN32a.

<sup>522</sup> Voir REISMAN (W. Michael) : "The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold", dans Essays in Honor of Ibrahim Shihata (Fall 2000) 15 ICSID rev7forein investment Law Journal 362; GAILLARD (Emmanuel): "The Extent of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration", in Annulment of ICSID Awards, 223 (E. Gaillard-Y. Banifatemi, eds., 2004) .

<sup>523</sup> Gustav Radbruch (1878-1949) : professeur allemand de droit qui a notamment influencé la philosophie du droit. A la suite des crimes du régime qui a mis fin au régime de la constitution de Weimar, il a consacré le principe, aussi dénommé « formule de Radbruch » (*Radbruch'sche Formel*), d'après lequel le droit positif doit être considéré comme contraire à la justice lorsque la contradiction entre la loi et la justice est tellement insupportable que la loi doit céder le pas à la justice.

<sup>524</sup> Voir les Rapports du Secrétaire Général des NNUU figurant dans les annexes 1 et 2 au Mémoire du 17 mars 1999; House of Lords, Judgment 24-03-1999, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, ouvrant la voie à l'extradition vers l'Espagne à pétition de la Fondation espagnole Président Allende –partie démanderesse- accessible dans

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>; l'arrêt de la Cour d'Assises Nationale d'Espagne du 5 novembre 1998 déclarant sa compétence pour juger Augusto Pinochet et autres pour la demande des crimes de génocide, terrorisme et tortures (pièce C141, accessible dans [http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/p\\_051198\\_en.pdf](http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/p_051198_en.pdf) ; l'arrêt du 10 décembre 1998 d'inculpation de Pinochet et autres pour ces crimes est accessible dans [http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/p\\_101298\\_en.pdf](http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/p_101298_en.pdf) .

<sup>525</sup> Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 25 mai 2009, pièce CN248f, communiqué au Tribunal arbitral le 1<sup>er</sup> juin 2009 (procédure de révision).

622. La Guerre Froide terminée, en 1990 le premier Parlement élu par le peuple chilien depuis les élections du 4 mars 1973 a abrogé les Décrets N° 77 et 1726 de 1973<sup>526</sup>, portant dissolution et confiscation des biens des partis politiques qui, en 1973, étaient favorables au développement d'une forme représentative de Gouvernement (article 8 de la Loi 19.047, du 14 février 1990<sup>527</sup>).

623. Le 3 juin 1991, le Chef de l'État chilien, M. Patricio Aylwin, le premier démocratiquement élu depuis l'insurrection armée du 11 septembre 1973, a adressé un Message au Congrès du Chili<sup>528</sup> affirmant l'application effective de la Constitution à l'égard des personnes morales dissoutes et des biens confisqués par les décrets adoptés sous le régime de *gesetzlichen Unrecht* en application dudit Décret 77 de 1973, en reconnaissant le droit d'agir des sociétés dissoutes et la propriété privée des biens saisis et confisqués en vertu de ce Décret :

*Le gouvernement que je préside conscient qu'il s'avère fondamental de réparer, que ce soit au travers de la restitution de leurs biens ou, si pour quelque raison matérielle ou légale, ceci s'avérait impossible, d'indemniser les personnes physiques ou morales qui auraient été privées de la possession de quelque catégorie de biens par application des décrets lois [nos. 12, 77 et 133, de 1973].* (Soulignement ajouté).

624. En 1991, le Président du Chili a introduit à cette fin le projet de la loi 19.568, dont le texte du Titre I, selon son Message du 3 juin 1991 :

*vise à donner une application intégrale à ce que dispose la Constitution Politique de l'Etat, en ce qui a trait à la reconnaissance de l'exercice des droits des citoyens dans le cadre du respect des principes de base du régime démocratique et constitutionnel, parmi lesquels il y a lieu de souligner le droit d'association sans permis préalable et le droit de propriété sous ses diverses formes sur toutes les catégories de biens corporels et incorporels. De sorte que cet objectif doit nécessairement se voir matérialiser par des règles légales qui reconnaissent et, bien entendu, confèrent leur plein effet à ces droits.*<sup>529</sup> (Soulignement ajouté).

625. C'est dans ce nouveau contexte d'application effective de la Constitution que, le 2 octobre 1991, le Chili a signé avec l'Espagne l'API.

L'API est entré en vigueur sous le régime de « nullité de droit public » des décrets confiscatoires édictés en vertu des Décrets 77 et 1726 de 1973

626. De même, la Cour Suprême du Chili ne reconnaît ni la valeur ni l'efficacité des décrets confiscatoires édictés en application des Décrets N° 77 et 1726 de 1973. Elle les considère, en conformité avec l'article 4 de la Constitution chilienne de 1925, entachés de «nullité de

<sup>526</sup> Pièces CN16f et CN17f

<sup>527</sup> Accessible dans <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30414>

<sup>528</sup> Pièce CN38g, annexé au Mémoire de la Défenderesse de juillet 1999.

<sup>529</sup> Ibid

*droit public* », un terme qui en droit chilien signifie *ab initio*, imprescriptible, à déclarer *ex officio*:

*Aucun corps constitué, aucun individu, aucun groupe d'individus ne peut s'attribuer, pas même sous prétexte de circonstances exceptionnelles, d'autres pouvoirs ou d'autres droits que ceux qui lui sont expressément conférés par la loi. Tout acte contraire à cette disposition est nul.* (Article 4 de la Constitution de 1925, en vigueur jusqu'à 1981).<sup>530</sup>

627. Cette norme impérative a été maintenue dans la Constitution de 1980 (article 7). Elle est directement appliquée en faveur des personnes morales (partis politiques et sociétés mercantiles) dissoutes et dont les biens ont été confisqués par des décrets édictés en vertu desdits décrets nos.77 et 1726 de 1973.

628. Le caractère imprescriptible de la nullité *ab initio, ex officio*, est résumée dans la Sentence de la Cour Suprême chilienne du 21 juillet 1998, traitant de l'inopérance du passage du temps sur le droit à solliciter les effets de la nullité de droit public :

*S'agissant en l'espèce d'une nullité de droit public, où sont impliqués non seulement l'intérêt privé du demandeur mais également celui de la société, en ce que les agissements des pouvoirs publics ne peuvent sortir du cadre rigide de leur compétence, sous peine de transgresser l'état de droit auquel ils se trouvent indéfectiblement subordonnés, force est d'admettre que les règles du droit commun ne peuvent s'appliquer que lorsque les dispositions de droit public s'en remettent à elles, ou lorsque la nature de l'institution admet que le droit public intègre lesdites règles ; or en l'espèce il est indubitable que cette intégration n'est pas admissible si ce dont il est question est de sanctionner le possible omission qui incomberait au demandeur pour avoir tardé à entreprendre la présente action judiciaire ; parce que pour atteindre un effet de cet ordre il faudrait un renvoi exprès aux règles du droit commun permettant de priver la personne touchée de l'action en nullité de droit public du fait du passage d'un certain délai, ce qui, d'autre part, exigerait qu'il soit accepté que les actes contrevenant à l'article 4° de la Constitution Politique de 1925 puissent être purgés du vice dont ils sont entachés au bout d'un certain temps, ce qui est en opposition avec le contenu même de la disposition en ce qu'elle indique que ces actes sont nuls et ne peuvent être réformés fût-ce au prétexte de circonstances extraordinaires...En conséquence, comme il n'existe pas dans le droit public un texte qui déclare soumise à prescription l'action exercée dans le présent dossier ou quelque autre similaire à celle de l'article 1683 du Code Civil, qui est celui qui prive de l'action en nullité absolue commune par assainissement de l'acte en raison de l'écoulement [du délai] de dix ans, il n'y a pas lieu d'étendre par analogie le champ des articles 2497, 2514, 2515 et 2520 à une situation [qui s'avère] totalement différente (Soulignement ajouté).<sup>531</sup>*

<sup>530</sup> Pièce CN02

<sup>531</sup> Cette Sentence de la Cour Suprême est citée dans la Sentence ferme du 18 juillet 2000 (Annexe CN 106f) ayant déclaré la nullité *ab initio, ex officio*, imprescriptible des décrets de 1975 confisquant les biens de M. Victor Pey Casado, parmi lesquels le Décret N° 1726 de 1973 en vertu duquel ont été dissoutes CPP SA et EPC Ltée et confisqués leurs biens (pièce CN17f).

629. En conséquence, en conformité avec les articles 4 et 7 des Constitutions de 1925 et 1980, respectivement, sont entachés de nullité *ab initio*, imprescriptible, *ex officio*, les décrets portant dissolution d'une personne morale éditrice d'un journal et confiscation de ses biens, édictés en application desdits Décrets 77 et 1726 de 1973, suivant le processus décrit par la Cour Civile de Concepción dans son arrêt du 12 mars 1998<sup>532</sup> –confirmé par la Cour Suprême dans la sentence du 21 juin 2000<sup>533</sup>. On y trouve exposé très exactement le système confiscatoire d'une entreprise de presse, tel qu'appliqué dans le cas de CPP SA et EPC Ltée et M. Victor Pey Casado, ainsi que la nullité *ab initio* du Décret impérativement imposée par la Constitution chilienne :

*10° (...) il convient maintenant d'entreprendre, d'examiner si les Décrets attaqués se trouvent ou non affectés par la nullité de Droit Public selon les prétentions des demandeurs.*

*A ce propos il est nécessaire de rappeler que par le Décret exempté n° ... du Ministère de l'Intérieur du 18 novembre 1974, (...) il fut déclaré que la Société requérante était présumée se trouver dans la situation prévue dans la section 2° de l'article 1° du **Décret Loi N° 77 de 1973**; il fut déclaré qu'était mise à l'étude la situation patrimoniale des demandeurs .... au moyen du Décret Suprême n° ...du même Ministère, du 14 mai 1976, (...) il fut déclaré, en résumé: la société requérante était dissoute et on prescrivait l'annulation des inscriptions conservatoires respectives; que les ci-dessus Messieurs (...) se trouvaient dans la situation prévue dans la partie finale de la section 2° de l'article 1° du **Décret Loi n° 77 de 1973**; que passaient en pleine propriété à l'Etat tous les biens de cette Société, et particulièrement l'immeuble (...); que passaient en pleine propriété à l'Etat les biens meubles, machineries et instruments du quotidien « Color » (...), propriété de la Société dissoute, (...); que passaient en pleine propriété à l'Etat toutes les actions et droits incombant aux associés (...) dans la Société dissoute(...).*

*11° Que, comme on peut le voir, les Décrets attaqués trouvent leur fondement juridique immédiat dans les dispositions du Décret Suprême n° 1.726 du Ministère de l'Intérieur, du 3 Décembre 1973 (...) qui a réglementé l'application des sections 2° et 3° de l'article 1° du Décret Loi n° 77.*

*Le Décret Loi qui a déclaré illicite et dissous les partis politiques qu'il mentionne, dans les sections auxquelles se réfère le Décret Réglementaire n° 1.726 cité, indique: « Sont déclarés dissous, en conséquence, les partis, entités, groupements, factions et mouvements auxquels se réfère la section antérieure, de même que les associations, sociétés ou entreprises de quelque nature qui directement ou au travers de tierces personnes appartiendraient ou seraient dirigés par l'un d'entre eux ».*

*« Est annulée, le cas échéant, la personnalité juridique des partis politiques et autres entités visées dans les sections précédentes. Leurs biens passeront en pleine propriété à l'Etat et la Junta de Gouvernement les affectera aux fins qu'elle estimerait convenables ».*

*Pour sa part, par le Décret Réglementaire n° 1.726 déjà cité, le Ministère de l'Intérieur fut investi de la faculté de déclarer, au moyen d'un Décret Suprême étayé, si un parti politique, entité, groupement, faction, mouvement, association, société ou entreprise se trouvait dans l'une des situations prévues dans les sections 2° et 3° de l'article 1° du **Décret Loi n°77**, et, s'agissant de personnes physiques, de déclarer que leur situation patrimoniale était mise à l'étude (article 1°).*

<sup>532</sup> Pièce CN62f.

<sup>533</sup> Pièce CN102.

Dans son article 4<sup>o</sup> ce même Règlement prévoit qu'il incombe à la Junta de Gouvernement d'édicter un décret étayé, déclarant dissout le parti, l'entité et cetera ; ou encore que la personne physique se trouve dans la situation correspondant à la partie finale de la section 2<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du **Décret Loi n° 77**, et ordonner l'annulation de la personnalité juridique du parti ou de l'entité; ce même décret dispose la confiscation des biens dont l'entité serait propriétaire ou qui se trouveraient au nom d'un tiers qui n'aurait pas pu prouver leur acquisition légitime.

12<sup>o</sup> Que la première conclusion à laquelle on est amené, en accord avec ce que l'on vient d'exposer est que (...) l'effet normatif des sections 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du **Décret Loi n° 77** (...) s'étend aux sociétés et entreprises de « toute nature », ce qui veut dire qu'elle n'exclut pas les sociétés à caractère commercial comme l'était la Société Périodique Chili Ltée.

Toutefois, il saute aux yeux également que lorsque l'instruction (section 2<sup>o</sup>) parle des associations, sociétés ou entreprises, elle se réfère textuellement à celles qui « directement ou au travers de tierces personnes appartiendraient ou seraient dirigées par l'une d'entre elles », ce qui veut dire, qui appartiendraient ou seraient dirigées par les partis, factions, groupements ou mouvements que la section 1<sup>o</sup> interdit et considère comme des associations illicites.

De la sorte, pour ce qui concerne la Société requérante, les sections 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du **Décret Loi n° 77**, lui étaient applicables dans la mesure où directement, ou au travers de tiers, elle aurait appartenu ou aurait été dirigée par l'une des associations illicites désignées et interdites par la section 1<sup>o</sup> du même article.

Or il découle clairement, des considérants qu'avait en vue la promulgation du Décret Suprême n° 506 de 1976, déjà mentionné, et il s'ensuit spécialement des n° 3 à 5, que la circonstance qui a déterminée la déclaration de dissolution de cette Société et la confiscation de tous ses biens, s'appuyait sur le fait qu'elle serait dirigée et contrôlée par les Partis Socialiste et Communiste, au travers de Jorge Peña Delgado et Iván Quintana Miranda, respectivement, militants quant à eux desdits partis politiques, proscrits en vertu de la section 1<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> **du Décret Loi n° 77**.

Il est alors évident qu'au moyen du Décret Suprême n° 506, l'Administration a pris des mesures qualifiant les associés cités comme se trouvant dans la situation prévue dans la partie finale de la section 2<sup>o</sup> de **l'article 1<sup>o</sup> du Décret Loi n° 77**, et qualifiant également, de ce fait la Société requérante comme étant dirigée par les dits partis - associations illicites - au travers de ces associés; c'est tout cela qui fut le fondement immédiat et direct de la dissolution et de la confiscation.

13<sup>o</sup> Que cette qualification effectuée par l'Administration, ou plutôt cette faculté de qualification - matérialisée au moyen du Décret 506 - si elle trouve bien un appui dans les règles contenues dans le Décret Réglementaire n° 1.726 mentionné, ne se déduit en aucun cas des dispositions du Décret Loi n° 77, dès lors que cet ensemble de dispositions légales n'autorisait pas l'administration à la réaliser.

En effet, si la section 1<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du **Décret Loi n° 77** interdisait bien l'existence et établissait la qualité d'association illicite des partis politiques et mouvements qui y étaient désignés, et déclarait ces derniers dissous par la section 2<sup>o</sup>, dissolution qui atteignait également les « associations, sociétés ou entreprises » qu'il mentionne, il est bien certain que dans le cas de ces dernières cela était soumis à la circonstance que « directement ou au travers de tierces personnes elles appartiendraient ou seraient dirigées par certains d'entre eux », c'est-à-dire, par les partis et mouvements déclarés interdits et dissous.

Comme dans le cas de la Société requérante ainsi qu'il a été dit, la décision administrative de dissolution fut adoptée en raison de la supposition qu'elle était dirigée et contrôlée par les Partis socialiste et Communiste au travers des associés

Peña Delgado et Quintana Miranda, il en résulte clairement que la mesure dont il s'agit était prise dans le cadre de la partie finale de la section 2<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du Décret Loi n<sup>o</sup> 77, c'est-à-dire spécifiquement en considération de ce que la société en question était dirigée par des associations illicites au travers de personnes physiques.

En d'autres termes, pour que soit vérifiée la condition légale dans le cas de la Société requérante, il était indispensable de déclarer que les personnes physiques (Peña Delgado et Quintana Miranda) se trouvaient précisément dans la situation stipulée dans la partie finale de la section 2<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du Décret de Loi n<sup>o</sup> 77 évoqué, cependant, une telle déclaration ainsi qu'on le verra, ne constitue pas légalement une tâche administrative mais judiciaire.

14<sup>o</sup> Qu'en effet la déclaration dont il est traité - concernant les personnes physiques - impliquait nécessairement que l'on se fonde sur des considérations propres à une procédure judiciaire, dès lors que, d'une part l'article 2<sup>o</sup> du Décret Loi n<sup>o</sup> 77 signalait qu'aux associations illicites - celles désignées à l'article 1<sup>o</sup> - s'attachait un délit et l'article 4<sup>o</sup> énonçait les peines encourues du fait des infractions aux articles antérieurs, et, que d'autre part, l'article 6<sup>o</sup> établissait la procédure et la compétence pour connaître de tels délits.

Il résulte donc clairement de tout ce contexte légal, que pour parvenir à déterminer ou déclarer qu'une personne se trouvait dans le cas de la section 2<sup>o</sup>, partie finale, de l'article 1<sup>o</sup> du Décret loi, il était requise une procédure judiciaire menée en conformité directe de l'article 6<sup>o</sup>, d'autant surtout qu'une telle déclaration s'accompagnait d'une peine de confiscation des biens pour l'association, société ou entreprise qui, au travers de cette personne physique, était dirigée par une association illicite (parti ou mouvement interdit).

15<sup>o</sup> Que, nonobstant ce qui précède, le Décret Suprême n<sup>o</sup> 1.726 de 1973, qui a réglementé les sections 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du Décret Loi n<sup>o</sup> 77, autorisait en l'occurrence le Ministre de l'Intérieur à déclarer à « l'étude » la situation patrimoniale des personnes physiques, c'est-à-dire lui attribuait la faculté d'édicter une sorte de mesure conservatoire ou d'enquête, et de déclarer si une association, société ou entreprise se trouvait dans l'une des situations prévues dans les sections 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> dudit Décret Loi, soit, dans le cas intéressant la présente cause, à déclarer que cette association, société ou entreprise était dirigée par une association illicite au travers de tierces personnes. C'est ainsi que la Junta de Gouvernement se vit autorisée à déclarer dissoute l'association, société ou entreprise et/ou que la personne physique se trouvait dans le cas stipulé dans la partie finale de la section 2<sup>o</sup> de l'article 1 du Décret Loi cité, et à confisquer les biens de l'entité visée ou qui se trouveraient au nom d'un tiers (articles 1<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>).

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

16<sup>o</sup> Que cela étant, et dans la mesure où le Décret Réglementaire mentionné, n<sup>o</sup> 1.726 de 1973, fut édicté par le Président de la Junta de Gouvernement, ainsi qu'il est indiqué par le Décret lui-même, usant du pouvoir réglementaire établi par l'article 72 n<sup>o</sup> 2 de la Constitution de 1925 - en vigueur à cette époque en vertu de ce que disposent les Décrets Lois n<sup>o</sup>1 et 128 de 1973 - il ne pouvait outrepasser les limites de

**la loi qu'il réglementait** ni s'étendre à des situations non envisagées dans cette dernière, en sorte que ce faisant il a enfreint le Décret Loi N° 77 lui-même et, ce qui est plus important, **il a aussi enfreint ladite Constitution en son article 80, également en vigueur à cette date, aujourd'hui article 73 de la Constitution de 1980, dès lors que l'Administration s'est arrogé des facultés juridictionnelles appartenant exclusivement et sans partage aux tribunaux de justice, qui étaient et demeurent les seuls appelés à juger les causes civiles et criminelles, ni le Président de la République ni le Congrès ne pouvant en aucun cas exercer de fonctions judiciaires.**

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

*Cette nullité de Droit Public, ainsi qu'il a déjà été noté, possède un contenu et des caractéristiques particulières, elle opère de plein droit et ne nécessite ni ne requiert de déclaration, encore que pour des motifs de sécurité et de certitude juridique il doive exister une déclaration formelle reconnaissant son existence, ainsi l'acte contrevenant est nul depuis l'instant même de sa promulgation, et de là nul incurablement, c'est-à-dire qu'il ne peut être ni ratifié ni confirmé, ni non plus, dans ce cas de nullité, il ne peut y avoir validation avec le temps, c'est-à-dire qu'elle est imprescriptible.*

*Toutes ces particularités caractéristiques de la nullité de Droit Public, portent avec certitude à conclure que le juge peut la décider d'office quand elle apparaît manifestement dans la procédure dont il a à connaître, **c'est en effet un impératif qui se déduit des article 6<sup>o</sup> sections 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> et 7 section 3<sup>o</sup> de la Constitution de 1980,** d'autant plus que le même impératif découle des articles 1462, 1682 et 1683 du Code Civil, puisque l'acte contrevient au droit public chilien (..) (Soulignement ajouté).<sup>534</sup>*

### **Les normes applicables en matière de nationalité après l'entrée en vigueur de l'API**

630. En matière de nationalité, les normes internes chiliennes applicables sont la Convention de Double Nationalité entre l'Espagne et le Chili, du 24 mai 1958<sup>535</sup> ("CDN") ; l'API (article 1.1) et la Constitution du Chili (article 5.3 de la Constitution de 1925 ; articles 5, 10.4, 12 de la Constitution de 1980 en rapport avec l'article 20 du Décret N° 853, du 5 janvier 1991).

<sup>534</sup> Dans le même sens se prononcent tous les arrêts figurant dans le dossier arbitral portant sur des décrets confiscatoires édictés en application des Décrets 77 et 1726 de 1973, par exemple les treize Sentences de la Cour Suprême du Chili des 20 novembre 1997 (pièce CN60f) ; 21 juillet 1998 (pièce CN66f) ; 17 mai 2000 (pièce CN98f) ; 14 mai 2002 (pièces CN135) ; 13 décembre 2000 (pièce CN113) ; trois Sentences du 21 juin 2000 (pièces CN102, CN103, CN104) ; 10 juillet 2000 (pièce CN105) ; trois Sentences du 18 juillet 2001 (pièces CN107, CN108, CN109) ; 14 mai 2002 (pièce CN135).

<sup>535</sup> Pièce CN04f.

631. La CDN relève de la compétence des Ministres respectifs des Affaires Etrangères. Elle constitue une norme spéciale à l'égard des normes constitutionnelles portant sur la nationalité des espagnols au Chili et des chiliens en Espagne. La Loi chilienne No 12.548, du 12 septembre 1957 (J.O. 30-09-1957) avait modifié les articles 5 et 6 de la Constitution de 1925 (en vigueur jusqu'à 1981) portant sur les conditions de la nationalité chilienne<sup>536</sup>, la renonciation à la nationalité étant optionnelle dans les termes suivants :

*Article 5. Sont chiliens (...) 3. Les étrangers naturalisés conformément à la loi, à condition qu'ils renoncent à leur nationalité antérieure. Cette renonciation n'est pas exigée des Espagnols nés en Espagne et établis au Chili depuis plus de dix ans sous réserve de réciprocité.*

632. Dans le système ibéro-américaine de Conventions de Double Nationalité, la double nationalité n'est pas une contrainte envers les particuliers mais une faculté, un **avantage** auquel ils peuvent librement accéder aussi bien que renoncer. Ainsi, dans la CDN Espagne-Chili :

*Article 1<sup>er</sup> : Les espagnols nés en Espagne, et réciproquement les chiliens nés au Chili, pourront acquérir la nationalité chilienne ou espagnole, respectivement, (...) sans perdre de ce fait leur nationalité antérieure.*

*Article 5<sup>o</sup>. Les Hautes Parties contractantes s'obligent à communiquer, au travers du Consulat correspondant (...) les acquisitions et pertes de nationalité (...) qui auraient lieu en application de la présente Convention (...) des personnes qui en bénéficient. (Soulignement ajouté).*

633. Le refus de délivrance d'un passeport à un espagnol bénéficiaire du système de la double nationalité ibéro-américaine est un motif de récupération de la pleine vigueur de la nationalité espagnole, selon la Résolution du 29 novembre 1972 de la Direction des Registres et du Notariat, organe supérieur quant à la compétence en matière de nationalité, dépendant du Ministère espagnol de la Justice :

*[il est] bien fondé le fait de concéder protection et passeport à une personne qui, en obtenant la nationalité péruvienne, n'a pas perdu la nationalité espagnole ayant eu recours à la Convention sur la double nationalité, dès lors que ledit pays lui refuse protection et passeport.*<sup>537</sup>

634. Pour la Constitution chilienne de 1980 (article 12)<sup>538</sup> -telle qu'appliquée par les juridictions internes- le refus du passeport chilien par une décision administrative équivaut à la

<sup>536</sup> Voir Pièces 3 et 4 annexées à notre communication au Centre du 28 août 1998 (Pièce CN78f).

<sup>537</sup> Pièce CN14f.

<sup>538</sup> Article 12. Toute personne affectée par un acte ou une décision de l'autorité administrative qui la priverait de sa nationalité chilienne ou refuserait de la lui reconnaître, pourra formuler un recours (...) dans le délai de trente jours, devant la Cour Suprême (...). L'introduction du recours suspendra les effets de l'acte ou de la décision concernée.

méconnaissance de la nationalité chilienne, le remède étant un recours, dans un délai de 30 jours, auprès de la Cour Suprême pour la récupérer.<sup>539</sup>

635. Le principe de libre renonciation par un acte de volonté du bénéficiaire de la CDN Espagne-Chili est avalisé par les deux Etats. Il a été énoncé expressément, sans objection de l'une ou l'autre partie, à l'occasion des cas étudiés par la Décision du 22 décembre 1976, confirmé dans la Décision du 27 février 1979, de la Direction des Registres et du Notariat :

*La présente Direction a décidé de statuer sur la question posée dans le sens que le citoyen espagnol, qui aurait acquis la nationalité chilienne en recourant à la convention sur la double nationalité (...) pourrait déclarer sa volonté de voir réactiver sa nationalité espagnole latente mais en renonçant à la nationalité chilienne (...) Une telle déclaration devrait être communiquée au Consulat chilien compétent, pour satisfaire à ce qui est exigé par l'article 5 de la Convention.*<sup>540</sup>

636. Selon la Loi chilienne du Registre de l'état Civil du Chili<sup>541</sup>, une annotation portant sur la nationalité ne peut être altérée que par une décision d'une Cour de justice, après avoir entendu l'intéressé ou à raison de son consentement<sup>542</sup>.

637. La Constitution en vigueur depuis 1980 a maintenu et élargi la libre option de renoncer à la nationalité chilienne sans tomber dans l'apatriodie :

Acquisition: « *Article 10.- (...) 4.- Foreigners who have obtained naturalization papers in accordance with the law, after expressly **renouncing** their former nationality. Such renunciation shall not be required of persons born in a foreign country which, by virtue of an international treaty, offers the same benefits to Chileans*

Perte: *Article 11.- La nationalité se perd: 1o. Par le fait d'avoir acquis la nationalité d'un pays étranger, excepte dans le cas des chiliens entrant dans le cadre des paragraphes 1o, 2o, et 3o de l'article précédent qui auraient obtenu une autre nationalité sans avoir renoncé à leur nationalité chilienne et [ce notamment] en concordance avec ce qui a été stipulé au paragraphe 4o de ce même article* » (Soulignement ajouté).

638. L'article 5 de la Constitution de 1980 subordonne celle-ci et la souveraineté nationale aux Traités en matière de droits de l'homme :

*(...) L'exercice de la souveraineté reconnaît comme limitation le respect envers les droits essentiels qui émanent de la nature humaine. C'est le devoir des organes de*

<sup>539</sup> Voir les arrêts de la Cour Suprême du Chili des 25 juillet 1984, pièce CN35f ; 31 octobre 1989, affaire Vásquez, Pièce CN36f ; 25 juillet 1988, Pièce CN35f ; 8 janvier 1993, Pièce CN42f, votes particuliers.

<sup>540</sup> Pièce CN31.

<sup>541</sup> Pièce CN255.

<sup>542</sup> Arrêts de la Cour Suprême du Chili du 19 janvier 2000 et 19 janvier 2001, Pièces CN93f et CN117f

*l'Etat de respecter et promouvoir ces droits garantis par cette Constitution, ainsi que par les Traité internationaux ratifiés par le Chili et qui sont en vigueur.*<sup>543</sup>

639. Le Décret N° 873 de 1990, du Ministère des AA. EE. (J.O. du 5 janvier 1991), a incorporé la Convention Américaine des Droits de l'Homme dont l'art. 20.3 reconnaît le droit à changer de nationalité<sup>544</sup>.

### **Les normes applicables en matière d'investissements étrangers en conformité de l'API**

640. En 1972 la détermination de la qualité étrangère de l'investissement au Chili était fonction des devises et non de la nationalité de l'investisseur. La norme applicable était le Décret ayant force de Loi N° 258 de 1960, « Statut de l'Investisseur »<sup>545</sup> ; il a été abrogé par l'article 40 du Décret-Loi N° 600 du 11 juillet 1974, « Statut de l'Investissement Étranger »<sup>546</sup>.
641. La « Décision 24 » de l'Accord de Carthagène, du 31 décembre 1970, sur le traitement consenti aux capitaux étrangers (pièce CN07f), n'a pas pour objet les investissements en devises effectués par des investisseurs de nationalité chilienne (dont les bénéficiaires de la CDN du 24 mai 1958) :

*Article 1<sup>er</sup> Aux effets du présent régime on entend par : Investissement étranger direct : Les apports provenant de l'extérieur, propriété de personnes physiques ou d'entreprises étrangères, au capital d'une entreprise (...) (Soulignement ajouté)*

642. Le Décret N° 482 de 1971, mettant en vigueur au Chili la « Décision 24 », n'est pas *self-executing*

*(...) l'alinéa 2<sup>o</sup> de l'article 27<sup>o</sup> précité, il engage les pays membres à adopter les ordonnances [las providencias<sup>547</sup>] qui seraient nécessaires à la mise en pratique de ce régime (...) (Préambule).*

<sup>543</sup> “Artículo 5: “(...) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

<sup>544</sup> Pièce CN38f

<sup>545</sup> Pièce CN05f

<sup>546</sup> Pièce CN19f

<sup>547</sup> Selon le Dictionnaire Juridique Français/Espagnol Espagnol/Français de N. Amoros Rica et O. Merlin Walch, le mot espagnol « *providencia* » signifie : « *ordonnance, résolution, arrêt, mesure judiciaire* ». Le Décret 482/1971 emploie dans le Préambule l'expression : « *les ordonnances [las providencias<sup>547</sup>] qui seraient nécessaires à la mise en pratique de ce régime* », alors qu'à l'art. 3 du dispositif emploie une expression différente : « *Le présent décret entrera en vigueur ...* ». Ce Décret n'était pas l'instrument de *mise en pratique* de la Décision 24 mais seulement de sa mise au rang des textes applicables permettant d'»*adopter les ordonnances [las providencias] qui seraient nécessaires à la mise en pratique de ce régime ...*».

<sup>548</sup> Pièce CN07f.

643. Ces ordonnances n'ont pas existé avant le DL 700/1974.

## **B- APPLICATION SPÉCIFIQUE AU PRÉSENT ARBITRAGE**

### **Les antécédents du différend né en novembre 1995 relativement à l'indemnisation**

644. La Requête d'arbitrage invoque l'Accord pour la protection et le soutien réciproques des investissements entre l'Espagne et le Chili du 2 octobre 1991 en rapport avec la confiscation de la plus grande entreprise de presse du Chili -par le patrimoine, ses équipements et le nombre d'exemplaires vendus- en application du Décret-loi N° 77 et de l'Ordonnance réglementant sa mise en œuvre, le Décret 1726 du 3 décembre 1973.<sup>549</sup>
645. La chronologie de la confiscation de l'investissement figure dans les pièces CN145f et CN160f. Elle a lieu à la suite d'un Coup d'Etat déclenché dans le contexte de la Guerre Froide.
646. La Guerre Froide terminée, les investisseurs espagnols ont récupéré leurs titres de propriété par une décision de justice du 29 mai 1995, après avoir satisfait l'exigence suivante de la Cour:
- «Sur sis à statuer, que soit démontrée préalablement la pleine propriété des actions dont la restitution est demandée»* (pièce CN47f, page 5).
647. Aussitôt après, les 6 septembre 1995 et 10 janvier 1996 les Demandereuses ont sollicité du Président du Chili, M. Eduardo Frei Ruiz-Tagle, la restitution de leur investissement conformément à la Constitution chilienne (pièces CN48 et CN50f).
648. Le Président du Chili n'ayant pas répondu à la sollicitation qui lui avait été adressée le 10 janvier 1996, le 7 novembre 1997 la Requête d'arbitrage a été déposée auprès du CIRDI en conformité de l'article 10.2 de l'API Espagne-Chili. L'application effective de la Constitution du Chili, telle qu'elle était appliquée par les trois Pouvoirs de l'Etat du Chili dès avant l'entrée en vigueur de l'API comme on vient de voir, était à la base de cette invocation de l'API dont l'article 10.4 renvoie à la loi interne et aux principes de droit international pertinents.

---

<sup>549</sup> Pièces CN16f et CN17f.

649. La République du Chili n'ayant communiqué aucune réserve à la Convention et n'ayant exclu de la compétence du Centre aucune catégorie de différend<sup>550</sup>, en vertu des articles 10.2 ; 10.4 ; 1 ; 2 ; 3 ; 4 ; 5 et 7 de l'API Espagne-Chili (pièce CN40f) les Demandéresses ont sollicité l'application de la Constitution chilienne, des principes généraux du Droit International public, y compris du Droit International coutumier et ceux généralement reconnus par les nations civilisées, aux Décrets confiscatoires<sup>551</sup> de leur investissement.
650. Il est essentiel, en rapport avec un point de la présente réponse, de souligner que cette application de la Constitution chilienne a été explicitement demandée et fondée sur l'API et la Constitution –notons bien qu'il ne s'agissait pas d'une « invitation », pas plus que d'une suggestion d'avoir à opérer « par analogie » - dans le Mémoire du 17-03-1999<sup>552</sup>.

*« 4.5.4.3 En l'espèce la confiscation porte atteinte aux **dispositions constitutionnelles et légales**, en vigueur au Chili à la date du 11 septembre 1973 et ultérieurement, y compris également celles en vigueur en 1995 (date de la première réclamation), et aujourd'hui, de sorte que la confiscation de CPP S.A. est nulle de plein droit.*

*4.5.4.3.1 En effet, la confiscation de l'investissement du citoyen espagnol a pour antécédent le Décret-loi N° 77 du 8.10.1973 (Journal Officiel du 13.10.1973, doc. annexe n°11). Le régime de facto y déclarait proscrits et constitutifs, dans leur existence même, d'un délit criminel, les associations politiques et syndicales qui, dans la conjoncture du Chili de 1973, avaient appuyé la continuité de la forme de Gouvernement républicaine et représentative, leur imposant comme sanction le passage de leurs biens en pleine propriété à l'Etat. Ce Décret-loi n°77 ne mentionnait pas les Sociétés commerciales, propriété de l'investisseur espagnol (CPP S.A. et EPC Ltée.), pas plus que le nom de ce dernier.*

*4.5.4.3.2 En complément au D.L. N° 77 la Junte Militaire a édicté le Décret Réglementaire N° 1.726 de 1973, dont l'art. 3 confiait à la « Junte Militaire de Gouvernement » elle même -à laquelle participaient le Chef de chacune des trois branches des Forces Armées, plus le Directeur Général des Carabiniers- le pouvoir de décider si une entité ou une personne se trouvait dans l'une des situations déclarées [générateur de] délit dans le DL N°77, et en conséquence de lui appliquer des sanctions corporelles et des confiscations de biens (doc. annexe N°12). Ce Décret n° 1.726 ne mentionnait pas non plus le nom de l'investisseur espagnol et de ses entreprises.*

<sup>550</sup> Article 25(4) de la Convention CIRDI: « *Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre.* »

<sup>551</sup> 2 History, Vo. II-1, page 30: "The CHAIRMAN replied that the competence of the tribunal would be determined by its terms of reference as set out in the agreement. In order to answer the question of the delegate of Uganda it would be necessary to look at all the provisions of the agreement and determine whether the question of expropriation was covered. Mr. BROWN (Tanganyka) asked whether where an investment agreement contained specific provisions on expropriation it could properly be dealt with by the tribunal notwithstanding that no remedy might be available in the municipal courts. The CHAIRMAN answered in the affirmative pointing out that unless the parties had agreed to restrict the competence of the tribunal to determining the validity of the act of expropriation by reference to municipal law, the tribunal could look to municipal law as well as international law. This was the very purpose of going before an international tribunal." (RALA-78).

<sup>552</sup> Pièce CN80f, pp. 4.5.4 à 4.5.13.

4.5.4.3.3 *Le Décret n°165 en date du 10 février 1975 (doc. annexe n°1), revêtu de la seule signature d'Augusto Pinochet -Chef de l'Armée- déclare appliquer le Décret Réglementaire n° 1.726 de 1973 et ordonne le passage en pleine propriété à l'État des immeubles figurant dans le patrimoine de CPP S.A. et EPC Ltée. (sans que ce Décret non plus ne mentionne le nom de l'investisseur espagnol).*

4.5.4.3.3.1 *Le Décret Suprême n° 165 de 1975, le Décret Réglementaire n° 1726 et le D.L. n° 77 de 1973 sont nuls de plein droit dans la mesure où ils violent les arts. 11, 12, 18 et 80 de la Constitution Politique en vigueur en 1973 et 1975 (doc. annexe n° 26 à la Requête).*

4.5.4.3.3.2 *En effet, selon l'art. 11 de la Constitution en vigueur jusqu'en 1980, seuls les Tribunaux établis par la loi sont compétents pour juger des causes civiles et criminelles, ni le Chef de l'État ni le Congrès ne peuvent exercer de fonctions judiciaires et nul ne peut être condamné sans être légalement jugé.*

4.5.4.3.3.3 *Selon l'art. 12 de la Constitution évoquée, nul ne peut être jugé par des commissions spéciales, mais exclusivement par le tribunal préétabli par la Loi.*

4.5.4.3.3.4 *Selon l'art. 18 de la Constitution, c'est seulement dans le cas d'une peine infligée dans une procédure judiciaire découlant d'un crime, que peut être prise la sanction de confiscation des biens.*

4.5.4.3.3.5 *Selon l'art. 4º de la même Constitution:*

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

4.5.4.3.3.6 *Ce principe a été maintenu dans la Constitution en vigueur depuis 1980 (doc. annexe num. 7 à nos écritures en date du 28 août 1998) dont l'art. 7 précise que les organes n'agissent pas valablement s'ils agissent en dehors de leur compétence, ou d'une manière différente de celle que prescrit la loi, en s'attribuant une autorité ou un droit autres que ceux qui leur ont été expressément conférés en vertu de la Constitution ou de la loi. Dans cette éventualité l'acte est nul (...).*

4.5.4.3.3.7 *Le D.L. n° 77 de 1973 est de nature punitive. Il établit comme délit l'existence des associations qu'énumère son article 1, et leur impose les sanctions de dissolution et de confiscation de leurs biens. Cela est contraire aux arts. cités n° 11, 12, et 18 de la Constitution, ainsi qu'à l'art. 80 - qui consacre la règle qu'une mise en jugement relève de la seule compétence d'un organe juridictionnel, créé par une Loi et non par l'autorité administrative (art. 12), l'action judiciaire devant suivre la procédure établie dans la loi (art. 11).*

4.5.4.3.3.8 *Or, le Décret n° 1.726 de 1973 (doc. annexe num. 12), d'ordre seulement réglementaire, a créé une procédure administrative attribuant la faculté de confisquer des biens à la Junte Militaire de Gouvernement elle-même, sans procès judiciaire préalable.*

*Mais étant donné que la Junte Militaire ne s'est jamais attribuée à elle-même des prérogatives juridictionnelles, le Décret en question a enfreint la Constitution, empiété sur les attributions exclusives du Pouvoir Judiciaire et a ignoré les garanties établies à l'art. 18 de la Constitution contre la confiscation des biens.*

4.5.4.3.3.9 *Le Décret Réglementaire n° 1.726 de 1973 est, en conséquence, nul de plein droit selon les termes de l'art. 4 de la Constitution; il n'a produit aucun effet juridique, sa nullité radicale rend à son tour nul de plein droit le Décret Suprême n° 165 de 1975, qui ordonne la confiscation des biens de CPP S.A. et EPC Ltée., du fait qu'il a son origine dans un acte nul. (...)*

4.5.4.3.3.12 *La confiscation de tous les biens, meubles et immeubles, crédits et droits du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.), ainsi que de ceux de l'Entreprise Périodique Clarín Ltée. (EPC Ltée.), est donc nulle non seulement conformément au Droit International, mais même selon les règles internes du Chili.*

4.5.4.3.3.13 *Mais dans l'hypothèse où la République, contrairement à toute logique, alléguerait que la confiscation de l'investissement du citoyen espagnol serait légitime conformément au droit interne, il conviendrait de rappeler le principe que reprend la Sentence du 20.05.1992 du CIRDI dans le cas Southern Pacific Properties Ltd. c/R.A. d'Egypte (paragraphes 163, 164, 166) (...).*

#### **LA DISSOLUTION DE CPP S.A. ET D'EPC LTÉE. EST NULLE DE PLEIN DROIT SELON LA LOI INTERNE DU CHILI**

(...)

4.5.5.2 *Si nous faisons la synthèse, en recourant à la jurisprudence développée dans la Sentence du 12 mars 1998, jointe en annexe num. 10<sup>553</sup>, nous pouvons dire que:*  
 (...)

4.5.5.2.1 *Le décret num. 165, du 10.02.1975, du Ministère de l'Intérieur (Journal Officiel du 17.03.1975, voir doc. annexe num. 1), dissout les Sociétés appartenant à l'investisseur espagnol en application du Décret réglementaire n° 1.726 du Ministère de l'Intérieur du 3.12.1973 (voir doc. annexe num. 20), qui réglemente l'application de la section 2 de l'article 1<sup>o</sup> du DL num. 77 du 8.10.1979 (Journal Officiel du 13.12.1973, voir doc. annexe num. 19),*

4.5.5.2.2 *Le DL 77 du 8 octobre 1973, dans son art. 1<sup>o</sup> section 2<sup>o</sup> énonce:*

« *Sont déclarés dissous, en conséquence, les partis, entités, groupements, factions ou mouvements auxquels se réfère la section précédente, de même que les associations, sociétés ou entreprises de quelque nature que ce soit, qui directement ou au travers de tierces personnes appartiendraient ou seraient dirigées par l'une d'entre elles.*  
 « *Le cas échéant est annulé la personnalité juridique des partis politiques et autres entités mentionnées dans les sections précédentes. Leurs biens passeront en pleine propriété à l'Etat et la Junta de Gouvernement les affectera aux fins qu'elle estimera appropriées »-*

4.5.5.2.3 *Le Décret n° 1.726 du Ministère de l'Intérieur du 3.12.1973 (document annexe N° 20) a donné au Ministre de l'Intérieur la faculté de déclarer, au moyen d'un Décret Suprême étayé, si un parti politique, une entité, un groupement, une faction, un mouvement, une association, une société ou une entreprise, se trouvait dans l'une des situations prévues dans les sections 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du Décret Loi N° 77 (annexe N° 19), et pour déclarer, s'agissant de personnes physiques, la mise à l'étude de leur situation patrimoniale (article 1<sup>o</sup>).*

<sup>553</sup> Il s'agit de la dissolution de la Société éditrice du quotidien « Color» et du transfert de ses biens à l'Etat, pièce CN62f.

4.5.5.2.3.1 *Dans son article 4<sup>o</sup>, ce même Règlement N<sup>o</sup> 1.726 (document annexe N<sup>o</sup> 20) prévoit qu'il incombe à la Junte de Gouvernement d'édicter un décret étayé, déclarant dissous le parti, l'entité, etc.; ou déclarant que la personne physique se trouve dans la situation évoquée dans la partie finale de la section 2<sup>o</sup> de l'article 1<sup>o</sup> du Décret Loi N<sup>o</sup> 77, et d'ordonner l'annulation de la personnalité juridique du parti ou entité, le même décret disposant la confiscation des biens dont serait propriétaire l'entité ou qui serait au nom d'un tiers qui n'aurait pas pu démontrer son acquisition légitime.*

4.5.5.3 *La Justice du Chili considère, dans la Sentence précitée du 12 mars 1998 (document annexe N<sup>o</sup> 10), que*  
 (...)

e) «*il est alors évident qu'au moyen du Décret Suprême [de dissolution de la Société], l'Administration a pris des mesures qualifiant les associés cités comme se trouvant dans la situation prévue dans la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret Loi N<sup>o</sup> 77, et qualifiant également, de ce fait la Société requérante comme étant dirigée par lesdits partis - associations illicites - au travers de ces associés; c'est tout cela qui fut le fondement immédiat et direct de la dissolution et de la confiscation »,*

f) «*que cette qualification effectuée par l'Administration, ou plutôt cette faculté de qualification - matérialisée au moyen du Décret [de dissolution] - si elle trouve bien un appui dans les règles contenues dans le Décret Réglementaire n<sup>o</sup> 1.726 mentionné [document annexe N<sup>o</sup> 20], ne se déduit en aucun cas des dispositions du Décret Loi n<sup>o</sup> 77, dès lors que cet ensemble de dispositions légales n'autorisait pas l'administration à la réaliser »,*

g) «*En effet, si la section 1 de l'article 1 du Décret Loi n<sup>o</sup> 77 interdisait bien l'existence et établissait la qualité d'association illicite des partis politiques et mouvements qui y étaient signalés, et déclarait ces derniers dissous par la section 2, dissolution qui atteignait également les 'associations, sociétés ou entreprises' qu'il mentionne, il est bien certain que dans le cas de ces dernières cela était soumis à la circonstance que 'directement ou au travers de tierces personnes elles appartiendraient ou seraient dirigées par certains d'entre eux', c'est-à-dire, par les partis et mouvements déclarés interdits et dissous »,*

h) «*Comme dans le cas de la Société requérante ainsi qu'il a été dit, la décision administrative fut adoptée en raison de la supposition qu'elle était dirigée et contrôlée par les Partis socialiste et Communiste au travers des associés (...), il en résulte clairement que la mesure dont il s'agit était prise dans le cadre de la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret Loi n<sup>o</sup> 77, c'est-à-dire spécifiquement en considérant que la société en question était dirigée par des associations illicites au travers de personnes physiques »,*

i) «*En d'autres termes, pour que soit vérifiée la condition légale dans le cas de la Société requérante, il était indispensable de déclarer que les personnes physiques (...) se trouvaient précisément dans la situation stipulée dans la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret de Loi n<sup>o</sup> 77 évoqué, cependant, une telle déclaration ainsi qu'en le verra, ne constitue pas légalement une tâche administrative mais judiciaire »,*

j) «*en effet la déclaration dont il est traité - concernant les personnes physiques - impliquait nécessairement que l'on se fonde sur des considérations propres à une*

procédure judiciaire, dès lors que, d'une part l'article 2 du Décret Loi n° 77 signalait qu'aux associations illicites -celles désignées à l'article 1- s'attachait un délit et l'article 4 énonçait les peines afférentes aux infractions aux articles antérieurs, et, que d'autre part, l'article 6 établissait la procédure et la compétence pour connaître de tels délits »,

k)« il résulte donc clairement de tout ce contexte légal, que pour parvenir à déterminer ou déclarer qu'une personne se trouvait dans le cas de la section 2, partie finale, de l'article 1 du Décret loi, une procédure judiciaire était requise, en conformité directe de l'article 6, d'autant surtout qu'une telle déclaration s'accompagnait d'une peine de confiscation des biens pour l'association, société ou entreprise qui, au travers de cette personne physique, était dirigée par une association illicite (parti ou mouvement interdit) »,

l) »que, nonobstant ce qui précède, le Décret Suprême n° 1.726 de 1973, qui a réglementé les sections 2 et 3 de l'article 1 du Décret Loi n° 77, a autorisé en l'occurrence le Ministre de l'Intérieur à déclarer à 'l'étude' la situation patrimoniale des personnes physiques, c'est-à-dire lui a attribué la faculté d'édicter une sorte de mesure conservatoire ou d'enquête, et de déclarer si une association, société ou entreprise se trouvait dans l'une des situations prévues dans les sections 2 et 3 de l'article 1 dudit Décret Loi, soit, dans le cas intéressant la présente cause, à déclarer que cette association, société ou entreprise était dirigée par une association illicite au travers de tierces personne. C'est ainsi que la Junte de Gouvernement se vit autorisée à déclarer dissoute l'association, société ou entreprise et/ou que la personne physique se trouvait dans le cas stipulé dans la partie finale de la section 2 de l'article 1 du Décret Loi cité, et à confisquer les biens de l'entité affectée ou qui se trouveraient au nom d'un tiers (articles 1 et 4) »,

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

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

o) «*En conséquence, il est évident que ledit acte administratif (Décret Réglementaire n° 1.726) trouve sa sanction dans la règle établie par l'article 4 de la Constitution de 1925 - consacrée également par l'article 7 de la Charte*

*Fondamentale en vigueur - c'est-à-dire la nullité de droit public car il s'agit d'un acte émanant d'une autorité qui a excédé ses facultés et ses pouvoirs expressément conférés par les lois et envahissant celles d'une autre»,*

*p) « Cette nullité de Droit Public, ainsi qu'il a déjà été noté, possède un contenu et des caractéristiques particulières, elle opère de plein droit et ne nécessite ni ne requiert de déclaration, encore que pour des motifs de sécurité et de certitude juridique il doive exister une déclaration formelle reconnaissant son existence; ainsi l'acte contrevenant est nul depuis l'instant même de son énonciation, et de là nul incurablement, c'est-à-dire qu'il ne peut être ni ratifié ni confirmé, ni non plus, dans ce cas de nullité, il ne peut y avoir validation avec le temps, c'est-à-dire qu'elle est imprescriptible »,*

*q) « Toutes ces particularités caractéristiques de la nullité de Droit Public, portent avec certitude à conclure que le juge peut la décider d'office quand elle apparaît manifestement dans la procédure dont il a à connaître, c'est en effet un impératif qui se déduit des article 6 sections 1 et 2 et 7 section 3 de la Constitution de 1980, d'autant plus que le même impératif découle des articles 1462, 1682 et 1683 du Code Civil, puisque l'acte contrevient au droit public chilien (...) La 1ère Cour d'Appel de Santiago a statué de même, en date du 31 juillet 1996, dans un cas figurant au roll. n° 4.601-15 »,*

*r) « comme il vient d'être exposé, l'auteur du présent jugement déclare d'office la nullité de Droit Public du Décret Réglementaire n° 1.726, du Ministère de l'Intérieur du 3 Décembre 1973, publié au Journal Officiel du 2 janvier 1974, selon les modalités qui seront énoncées après, puisqu'il s'agit d'un acte administratif édicté en contrevenant à l'article 4 de la Constitution de 1925 (...).*

**5. PAR CES MOTIFS IL EST DEMANDÉ QUE (...) LE TRIBUNAL D'ARBITRAGE - DÉCLARE illégitime, contraire au Droit, nulle et de nul effet ab initio la saisie par un acte de force, la confiscation des biens, droits et crédits de CPP S.A. et d'EPC Ltée., ainsi que la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée - CONDAMNE l'Etat défendeur à indemniser (...). »**

[Fin de citation du Mémoire du 17-03-1999 ].

\*\*\*\*

#### **La nationalité de M. Pey, la Convention de Double Nationalité Espagne-Chili et la Constitution du Chili**

651. L'ingénieur et entrepreneur M. Victor Pey-Casado, espagnol *iure soli et iure sanguinis*, a adhéré en 1958 aux bénéfices de la Convention du 24 mai 1958 sur la double nationalité entre l'Espagne et le Chili (pièce CN04f).
652. L'acquisition et la perte de la double nationalité par M. Pey est régie par les termes d'un traité bilatéral, la CDN.
653. La perte de la double nationalité chilienne par renonciation volontaire étant conforme à l'article 5 de la CDN, elle a été reconnue à M. Victor Pey Casado par les organes compétents

pour son application au Chili (le Ministère des AA.EE., pièce CN71f) et en Espagne (le Ministère des AA.EE.); le premier a reçu la correspondante Note Verbale du second (pièces CN57f, CN65f, CN72f) avec, entre autres antécédents justificatifs, la manifestation de volonté de renoncer de M. Pey du 16 septembre 1997 auprès d'un Consul d'Espagne faisant office de Notaire (pièce CN58f). Le 4 août 1998 le Registre de l'état Civil du Chili a inscrit:

***«Monsieur Victor Pey Casado a renoncé à la nationalité chilienne, par conséquent la nationalité de M. Pey est étrangère»*** (pièce CN71f).

654. Cette inscription a des effets déclaratifs selon la loi chilienne et la loi espagnole (pièces CN71f et CN255; arrêts de la Cour Suprême du Chili du 13 juin 2001 et de la Cour d'Appel de Valparaiso du 02 avril 2001 -pièce CN122- ; C199<sup>554</sup>, C200<sup>555</sup>). Elle ne peut être altérée si ce n'est avec le consentement de l'intéressé ou par une décision d'une Cour de justice, après l'avoir entendu (Arrêts de la Cour Suprême du Chili du 19 janvier 2000 et 19 janvier 2001, pièces CN93f et CN117f). Ni l'une ni l'autre condition n'a eu lieu en l'espèce.

### **C. SUR L'ADMISSION PARTIELLE D'UN MOTIF D'ANNULATION DU CHILI**

- a) Aperçu sur certains motifs d'annulation pour excès manifeste de pouvoir (article 52(1)(b) de la Convention)

- 655 Un motif d'annulation pour excès manifeste de pouvoir (article 52(2)(b) de la Convention) peut exister lorsqu'un Tribunal déclare ou nie avoir juridiction, en prenant pour base le fait d'ignorer la loi applicable ou l'application d'une norme autre que celle applicable.<sup>556</sup> Pendant les travaux préparatoires de la Convention le délégué du Liban avait observé que

*« if the parties had agreed to the application of a particular law and the tribunal had in fact applied a different law, the award would be ultra petita and could therefore be validly challenged. »*

Le Président (Mr. Broche) avait répondu que *“in the case mentioned by the delegate from Lebanon the award could be challenged on the ground that the arbitrators had gone against the terms of the compromis.”*<sup>557</sup>

Face à la demande d'annulation à l'origine de la présente procédure, les autres parties peuvent formuler leurs propres arguments sur les questions d'annulation, pourvu que ces arguments

<sup>554</sup> Pièce C199 : Résolution du 19.06.1996 de la Direction Générale espagnole des Registres et du Notariat : l'inscription de la perte de la nationalité n'a pas d'effets constitutifs

<sup>555</sup> Pièce C 200 : Résolution du 06.03.1990 de la Direction Générale espagnole des Registres et du Notariat, l'inscription de la perte de la nationalité n'a pas d'effets constitutifs.

<sup>556</sup> *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12 (Annulment Proceeding), Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 1, 2009 ¶¶ 45-46, 136.

<sup>557</sup> History Vol. II-1, session du 20 février 1964, page 59.

concernent des matières spécifiques plaidées par la partie ayant initialement demandé l’annulation de la Sentence.<sup>558</sup>

656. L’article 52(3) de la Convention confère au Comité ad-hoc l’autorisation d’annuler la Sentence « *en tout ou en partie* ». La faculté d’annulation partielle a été exercée par des Comités *ad hoc* tel que celui du cas *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*<sup>559</sup>; la conséquence en est que « *severable parts of an award which are not themselves annulled will stand* »<sup>560</sup>.
657. Si l’une des parties à la procédure d’annulation plaide à la satisfaction du Comité *ad-hoc* l’appui à un des motifs d’annulation établis dans l’article 52(1) de la Convention CIRDI, le Comité dispose de toute latitude pour déterminer si ce motif entraîne l’annulation de la totalité ou seulement d’une partie de la Sentence. Dans cette détermination le Comité n’est pas lié par la présentation faite par la partie demandant initialement l’annulation ou autrement. La Décision du 30 juillet 2010 du Comité ad-hoc dans l’affaire *Enron v Argentine*<sup>561</sup> a résumé la doctrine de Comités *ad hoc* antérieurs à la présente affaire dans les termes suivants :

*“410. It is clearly possible for an award to be annulled only in part.<sup>334</sup><sup>562</sup> As one ad hoc committee has stated:*

*‘... a party to annulment proceedings which successfully pleads and sustains a ground for annulment set out in Article 52(1) of the ICSID Convention cannot limit the extent to which an ad hoc committee may decide to annul the impugned award as a consequence. Certain grounds of annulment will affect the award as a whole.—for example, where it is demonstrated that the tribunal which rendered the award was not properly constituted (Article 52(1)(a). Others may only affect part of the award. An ad hoc committee is expressly authorised by the Convention to annul an award “in whole or in part” (Article 52(3).*

*Thus where a ground for annulment is established, it is for the ad hoc committee, and not the requesting party, to determine the extent of the annulment. In making this determination, the committee is not bound by the applicant’s characterisation of its request, whether in the original application or otherwise, as requiring either complete or partial annulment of the award. This is reflected in the difference in language between Articles 52(1) and 52(3), and it is further supported by the travaux of the ICSID Convention.’<sup>335</sup><sup>563</sup>*

<sup>558</sup> *Aguas de Aconquija et Vivendi c. Argentine* (ICSID Case ARB/97/3, annulment proceeding, Décision du 3.07.2002 (L. Yves Fortier, C.C., Q.C. ; Prof. J. Crawford ; Prof. J. C. Fernández Rozas), paras. 68-69, accessible dans [http://ita.law.uvic.ca/documents/vivendi\\_annulEN.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/vivendi_annulEN.pdf).

<sup>559</sup> *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision on Annulment, 25 Sept. 2007 (Judge G. Guillaume, Judge Nabil Elaraby, Prof. J. R. Crawford), accessible dans <http://ita.law.uvic.ca/documents/CMSAnnulmentDecision.pdf>

<sup>560</sup> CMS, *ibid.*, p. 99; *Helnan International Hotels v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No ARB/05/19), Annulment proceeding, Décision du 14-06-2010 (Judge S.M. Schwebel; Judge Bola Ajibola; Prof. C. McLachlan QC), pp. 56, 73(1), accessible dans

<http://ita.law.uvic.ca/documents/HelnanAnnulmentDecision.pdf>.

<sup>561</sup> ICSID Case No. ARB/01/3) (Annulment Proceeding), arbitres Dr. Gavan Griffith Q.C., Judge Patrick L. Robinson, Judge Per Tresselt), dans <http://ita.law.uvic.ca/documents/EnronAnnulmentDecision.pdf>

<sup>562</sup> 334 ICSID Convention, Article 52(3) (final sentence); ICSID Arbitration Rule 55(3).

<sup>563</sup> 335 *Vivendi* Annulment Decision ¶ 68-69.

411. *As another ad hoc committee has also stated:*

*'Generally speaking, partial annulment would seem appropriate if the part of the Award affected by the excess of power is identifiable and detachable from the rest, and if so, the remaining part of the Award has an independent basis.'*<sup>564</sup><sup>336-</sup>

412. *For this reason, the Committee considers that it would be inappropriate to annul an entire award where the decision on annulment affects only a discrete part of parts of an award.'*

b) Position de la République du Chili (§566, page 268 du Mémorial)

655. La République du Chili prétend que la Sentence doit être annulée dans son intégralité pour excès de pouvoir (§566, page 268 du Mémoire d'annulation) :

*"566. By ruling that Chile had committed a breach of the BIT with respect to Mr. Pey's investment, notwithstanding the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force, and that no other investment was found to exist as of the time the BIT entered into force, the Tribunal manifestly exceeded its powers. Its Award should therefore be annulled"*

656. Ce motif repose sur deux prémisses évoquées par deux membres de phrase que, pour la clarté de l'exposé, nous reprendrons en commençant par celui qui se prête à l'examen plus court
1. *"the fact that no other investment was found to exist as of the time the BIT entered into force"*.<sup>565</sup>
  2. *"the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force"*.
657. La première prémissse consiste à présenter comme critiquable le fait que le Tribunal arbitral n'a pas proclamé l'absence de tout investissement, en rapport avec le différend soulevé par M. Victor Pey et la Fondation espagnole, lors de l'entrée en vigueur de l'API. Sur ce point le Memorial manque de fondement.
658. La 2<sup>nd</sup> prémissse consiste à présenter comme critiquable l'usage fait par le Tribunal arbitral du contenu de diverses affirmations allant dans le même sens, notamment:

<sup>564</sup> 336 *Klöckner* Annulment Decision ¶ 80.

<sup>565</sup> Dans le contexte de l'alternance négative –ni l'investissement dans CPP S.A. et EPC Ltée datant de 1972- ni un autre - que le Memorial injecte dans la présentation, mais qui ne figure pas et n'a pas à figurer dans le raisonnement du Tribunal arbitral, l'introduction de «no other» entend reprocher au Tribunal de ne pas avoir constaté une prétendue absence totale d'investissement au moment de l'entrée en vigueur de l'API, en canalisant toutefois arbitrairement l'enchaînement de façon à masquer le fait essentiel effectivement pris en compte par l'Etat chilien dans la loi 19.568, à savoir que des droits attachés à l'investissement subsistaient bel et bien en faveur de l'investisseur sans constituer un « autre » investissement (voir plus loin).

« *la saisie et le transfert de la propriété à l'Etat ... sont constitutifs d'un fait consommé ...* »<sup>566</sup> ;

« ... *l'expropriation résultant du Décret n° 165 ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API* »<sup>567</sup> ;

« ... *ces actes étant achevés et ne pouvant donner naissance à une situation continue* »<sup>568</sup>.

Sur ce point, en revanche, les Demandéresses partagent en partie la question plaidée par la Défenderesse mais avec des arguments et une portée différents. Il nous semble, en conscience, qu'il y a matière à annulation partielle pour absence totale de prise en compte de la législation applicable.

- c) Matière à annulation partielle : l'antinomie et sa solution réelle ; la non application de la Constitution, après l'entrée en vigueur de l'API, à la prolongation de la confiscation

659. Il y a matière à annulation partielle dans la 2<sup>ème</sup> prémissse du point 566 du *Memorial*, “*the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force*”.

La Défenderesse reproche au Tribunal arbitral de n'avoir pas résolu l'élément contradictoire apparaissant entre, d'une part, ses affirmations relatives à ce que l'expropriation aurait été achevée avant l'entrée en vigueur de l'API et, d'autre part, la prise en compte des droits attachés à l'investissement à l'occasion de la décision du Gouvernement chilien d'attribuer à des tiers le bénéfice desdits droits en rapport avec le traitement de la loi de 19.568 de 1998.

660. Sur cette matière spécifique plaidée par la délégation chilienne à l'appui de l'annulation de la totalité de la Sentence, les Demandéresses formulent leurs propres arguments en faveur de l'annulation, mais seulement d'une partie, de la Sentence : le Tribunal arbitral, en n'appliquant pas la Constitution du Chili, la loi applicable qui s'imposait en l'occurrence, a, en effet, laissé subsister une antinomie qui l'a porté à nier la juridiction que la Constitution lui conférait conformément à l'article 10.4 de l'API.
661. Toutefois l'argument de la délégation du Chili et celui des Demandéresses divergent radicalement sur la manière dont le Tribunal arbitral aurait du procéder pour résoudre ladite contradiction. En effet, comme il y a été fait allusion dans le paragraphe 425 ci-dessus, la délégation chilienne entend enfermer le Tribunal arbitral –et partant le Comité *ad hoc*- dans un syllogisme simpliste qui peut s'exprimer par

<sup>566</sup> Sentence p. 620.

<sup>567</sup> Sentence p. 600.

<sup>568</sup> Sentence p. 610.

« l'acte instantané et achevé avant l'entrée en vigueur de l'API consistant dans les faits qui ont abouti au Décret 165 de 1975 –édicteant la dissolution de CPP SA et d'EPC Ltée et le passage de tous leurs biens à l'Etat- équivaut à l'extinction pure et simple de tous les droits afférents, c'est-à-dire, dans les termes de l'article 2.3 de l'API (tel que interprétés par la Défenderesse)

- les **faits** en question étaient réglés au Chili bien avant l'entrée en vigueur de l'API,
- le Tribunal n'a pas trouvé 'd'autre' investissement de M. Pey et de la Fondation, lié à ce différend, existant après l'entrée en vigueur de l'API, donc
- le Tribunal aurait du s'en tenir à l'inexistence de tout droit à l'égard de M. Pey et de la Fondation ».

662. Or, d'un côté l'article 2.3 de l'API Espagne-Chili<sup>569</sup>, à la différence d'autres API, n'articule par la compétence *ratione temporis* sur des inclusions/exclusions portant sur des spécifications concernant des « **faits** » antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API -proposition soutenue tout au long de la procédure par la Défenderesse, subrepticement réitérée ici - mais concernant des « controverses » ou « réclamations » -qui, en l'espèce, n'ont surgi qu'en novembre 1995.
663. D'un autre côté, le Tribunal ne pouvait résoudre la contradiction de la façon souhaitée par la Défenderesse, car cela entraînait en conflit direct avec la réalité, à savoir l'existence de droits pour les propriétaires de tous les biens confisqués en vertu des Décrets 77 et 1726 de 1973 – dont ceux de CPP SA et d'EPC Ltée. - reconnus et proclamés on ne peut plus clairement par la République du Chili elle-même, comme il a été rappelé en détail dans les points 623-624 précédents et dans la réfutation de la 1<sup>re</sup> prémissse du point 566 du *Memorial* et du point 313 de la *Request*.
664. La solution de la contradiction était ailleurs, et c'est –malheureusement- la méconnaissance totale du droit applicable –la Constitution du Chili ainsi que les principes généraux de droit international public et ceux reconnus par les nations civilisées<sup>570</sup> - qui n'a pas permis au Tribunal d'y parvenir, raison pour laquelle les Demandéresses se rallient à une annulation partielle de la Sentence, touchant exclusivement le point 8 du Dispositif et les paragraphes sur lesquels il se base pour rejeter la juridiction du Tribunal à cet égard.
665. **C'est qu'en effet, la dissolution et la confiscation ayant été édictées en vertu des Décrets 77 et 1726 de 1973 -qui n'autorisaient pas une telle mesure- le Décret confiscatoire 165 de 1975 –comme tous les décrets confiscatoires édictés en vertu des Décrets 77 et 1726 de**

<sup>569</sup> Article 2.3 de l'API Espagne-Chili : «Le présent Traité] ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur» (nous soulignons).

<sup>570</sup> “*Mr Broche (Chairman) then submitted the redraft [de l'article 45 de la Convention] for a vote. The first sentence dealing with an express choice of law agreement was approved by a majority of 35 to one. The first part of the second sentence referring to the "national" law applicable was adopted by a majority of 31 to one. The final provision relating to international law (which would bring it into play both in the case of a lacuna in domestic law as well as in the case of inconsistency between the two) was adopted by a majority of 24 to 6*” (History, vol II-2, page 6).<sup>o</sup>

**1973 figurant dans le dossier arbitral, sans exception-** est, en droit chilien, entaché de « nullité de droit public » *-ab initio, ex officio*, imprescriptible- pour infraction directe et incurable à la Constitution, et n'éteint en aucune façon les droits des personnes morales et naturelles ainsi lésées.

666. De sorte que contrairement à ce qu'a supposé la Sentence en n'appliquant pas la Constitution et les principes généraux de droit international public, les effets des agissements illicites en question n'étaient nullement réglés en droit chilien au moment de l'entrée en vigueur l'API, raison pour laquelle l'Etat chilien a édicté la loi 19.568 de 1998<sup>571</sup> afin, tout en les confirmant, d'encadrer de façon commode –et à son avantage- le règlement de ces confiscations, juridiquement nulles *ab initio*, pour ceux des investisseurs qui pourraient s'en accommoder.<sup>572</sup>
667. La solution de la contradiction découlant de la non application de la Constitution et des principes généraux de droit international public, ne relevait donc nullement d'une conclusion impossible car contredite par les faits, dans le sens de l'extinction de tous les droits – comme voudrait l'accréditer la Défenderesse aujourd'hui- mais d'une conclusion dans le sens de la persistance des droits, du fait que la «nullité de droit public» découle directement de la Constitution; persistance reconnue donc par l'Etat chilien, conférant juridiction au Tribunal arbitral. Celle-ci a été étendue à l'infraction du traitement juste et équitable commise par la République du Chili à l'occasion de l'attribution, selon la loi 19.568, de droits – suivis d'indemnisation- à des tiers dont la candidature a été mise en scène à des fins frauduleuses (Décision 43, du 28 avril 2000).
668. La non application absolue de la Constitution chilienne est clairement ciblée dans la Sentence :
- “608...l'expropriation litigieuse, qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n°165 du 10 février 1975 (...). A cette date, l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur sa licéité »* (c'est nous qui soulignons),
669. C'est précisément l'opposé : c'est la nature de la « nullité de droit public » en droit chilien (*ab initio, ex officio*, imprescriptible), du décret n° 165 de 1975, qui a entrainé la persistance des droits. Ils n'ont nullement été créés par la loi 19.568 de 1998, mais confirmés –et limités en vue d'un règlement commode- par cette loi. Ils sont attachés à l'investissement, sans «other investments», ainsi que pense pouvoir l'exiger le Memorial de la Défenderesse comme seul motif possible de persistance de tels droits au-delà de 1975. Cette prétention est en outre incompatible avec des principes consolidés dans le droit international des investissements, comme le rappelle le Tribunal dans la sentence citée de *Phoenix Action Ltd c. la République Tchèque* :

*“133. (...) an investment that has come to a standstill because of the host State's actions, would still qualify as investment, otherwise the international protection (...) would be emptied of its purpose”.*

<sup>571</sup> Pièce CN64

<sup>572</sup> Cette loi, à l'application optative, exclut explicitement le *lucrum cessans* dans son article 8<sup>ème</sup>, pièce CN64. Les personnes ne renonçant pas au *lucrum cessans* suivent la voie consistant à invoquer auprès des Cours de Justice l'application de la Constitution au décret confiscatoire respectif édicté en applications des décrets 77 et 1726 de 1973, en déclarant *ex officio* sa nullité *ab initio* et imprescriptible.

670. En bref, la non application absolue du droit applicable –la Constitution chilienne et les principes généraux de droit international public en matière d'expropriation illicite des investissements étrangers- a été le moyen par lequel le Tribunal à contourné l'exercice de sa juridiction, une matière à annulation partielle dans la réalité des faits, dans le dossier arbitral, dans la Sentence du 8 mai 2008.
671. Les Demandéresses soutiennent qu'en l'espèce ce motif d'annulation s'applique seulement au 8<sup>ème</sup> point du Dispositif et à des paragraphes très précis à la base de ce point, à savoir, à la seule partie de ce point 8 se rapportant implicitement à des paragraphes très précis de la Sentence arbitrale et au Mémoire des Demandéresses du 17 mars 1999<sup>573</sup>, à savoir :
- Paragraphe 593, la phrase : "*A la connaissance du Tribunal, le décret suprême n°165 est toujours en vigueur*" .
  - Paragraphe 600 : "*Après examen des faits et des prétentions des parties, le Tribunal est parvenu à la conclusion que l'expropriation résultant du Décret n°165 ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API*" ;
  - Paragraphe 603 : "*L'argumentation développée par les demandéresses sur la nullité du décret n°165 au regard du droit interne ne suffit pas à justifier leur position. En effet, les demandéresses se bornent à inviter le Tribunal à faire une application par analogie de l'arrêt de la Cour suprême du Chili du 14 mai 2002 sans véritablement démontrer en quoi le décret litigieux serait lui-même contraire à l'article 4 de la Constitution de 1925.570-<sup>574</sup>. A la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien*" (Soulignement ajouté) ;
  - Paragraphe 608 : "*En l'espèce, l'expropriation litigieuse, qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n°165 du 10 février 1975 qui a prononcé le transfert de propriété des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda à l'Etat. A cette date, l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur sa licéité. Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les demandéresses doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API. Cette analyse est conforme à la position de principe de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère l'expropriation comme un acte instantané et qui ne crée pas une situation continue de 'privation d'un droit'*" ;
  - Paragraphe 610 : "*dans la présente affaire les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables *ratione temporis* aux actes d'expropriation commis avant l'entrée en vigueur du traité, ces actes étant achevés et ne pouvant donner naissance à une situation continue*" .

<sup>573</sup> Pièce CN80f

<sup>574</sup> « 570 *V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, pp. 76-78, spéc. p. 77. V. également réplique des demandéresses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 237, note 430* » [pièces CN144f et CN155f]

- Paragraphes 602, 605, 606, 607 dans leur intégralité.

d) L'inversion des articulations logiques pertinentes. Raisons possibles d'une telle anomalie

672. Les Demandées se sont interrogées sur les raisons pour lesquelles la Sentence n'a absolument pas appliqué la Constitution du Chili au Décret n°165 de 1975. Elles ont été surprises de constater, à l'analyse approfondie des sections de la Sentence portant sur l'absence de validité de ce décret – alléguée par les Demandées depuis le début de la procédure, avec tous les justificatifs à l'appui qui n'ont fait que s'étoffer au long de la procédure - que, par ce qui apparaît comme un cheminement inexplicable, la Sentence a dévié de leur objet toutes les données logiques portant sur les articulations qui lient les éléments soulevés lors de la procédure à cette application de la Constitution du Chili.

673. On remarquera la précision presque chirurgicale avec laquelle le point 603 se borne à refuser ce qui n'est pas sollicité par les Demandées, "*l'application par analogie de l'arrêt...du 14 mai 2002*"-qui porte sur la confiscation des biens personnels de M. Pey en tant que personne physique<sup>575</sup>. Il omet de manière absolue l'application de la Constitution chilienne – c'est-à-dire la mise en oeuvre d'un raisonnement qu'il fait bien, parce qu'avalisé par les trois Pouvoirs de l'État du Chili dans des actes concordants traitant clairement de la « nullité de droit public » des décrets confiscatoires édictés en application du décret 77 de 1973 - à la dissolution et confiscation des biens des personnes morales CPP S.A. et EPC Ltée, sollicitée explicitement dans le Mémoire du 17 mars 1999 dans ses sections 4.5.4 à 4.5.13<sup>576</sup>. Cette nullité, à l'évidence, ne se fonde ni sur l'arrêt du 14 mai 2002, prononcé plus de trois ans après, ni sur un argument par « analogie » mais sur la Constitution elle-même, applicable directement à la solution du différend telle qu'appliquée au Chili.

Cette demande a été réitérée dans le Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002<sup>577</sup>.

674. Les paragraphes 603 et 608 de la Sentence constituent un refus d'application de la Constitution, tout l'enchaînement qu'il présente est dépourvu de sens au regard des éléments du dossier arbitral en rapport avec ladite Constitution. Il reproche notamment aux Demandées de n'avoir pas obtenu la déclaration de nullité par une juridiction interne, ce qui est contraire à l'article 10.2 de l'API (*fork on the road*).

675. En effet, le paragraphe 608 constitue le contrepied exact du contenu des termes, de l'objet, de la finalité du texte de la Constitution, qui impose la distinction entre la licéité et

<sup>575</sup> Pièce CN135

<sup>576</sup> Pièce CN80f

<sup>577</sup> « *QU'IL DÉCLARE illégitime, contraire au Droit interne chilien et international, nulle et de nul effet ab initio la saisie par un acte de force et la confiscation des biens, droits et crédits de CPP S.A. et de EPC Ltée., la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée. (...) -QU'IL CONDAMNE l'État défendeur à indemniser en conséquence les parties demanderesses eu égard à la totalité de leurs dommages et préjudices ainsi causés, y compris le lucrum cessans à partir de la date de l'acte de force (...) ».*

la non licéité lorsque, comme c'est le cas ici, il a eu matière à envisager la «*nullité de droit public*» du décret 165. Le para. 608 déclare qu'une telle appréciation n'a pas lieu d'être pour certifier la validité du transfert de propriété.

676. Dans le paragraphe 603, alors que ledit mandat constitutionnel s'applique, par définition et -comme le rappelle le Message au Congrès du Président du Chili du 3 juin 1991<sup>578</sup>- à tous les Pouvoirs de l'Etat du Chili pour ce qui concerne TOUS LES DECRETS PORTANT DISSOLUTION, suivie de confiscation de biens, DE PERSONNES MORALES EN VERTU DES DECRETS 77 ET 1726 DE 1973 (ce qui constitue le contenu des raisonnements en ce sens des trois Pouvoirs de l'État figurant dans le dossier arbitral), la Sentence fait une exception dans le cas du décret 165 :

*A la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien.*

677. Alors que la Constitution ordonne à toute juridiction compétente de constater *ex officio* la nullité *ab initio*, imprescriptible, du Décret 165 –puisque compte tenu de sa « nullité de droit public » il n'a jamais fait partie de l'ordre juridique constitutionnel, en vigueur ininterrompue au Chili, à la différence de la Constitution de Weimar à partir de la date où le Reichstag accorda les pleins pouvoirs au Chancelier Adolf Hitler, le 23 mars 1933 - le Tribunal reproche aux Demandeur·es de ne pas présenter une telle déclaration déjà établie par une juridiction interne, alors que l'article 10.2 de l'API permet aux investisseurs de transférer au Tribunal international ladite habilitation à l'exclusion des juridictions internes.

678. En fait, tout s'est passé comme si la réussite du coup de force de 2005-2006 contre l'ancien Président de la Cour Internationale de Justice sous prétexte de sa lettre du 7 octobre 2005 avait été senti comme signalant la **ligne rouge** à ne pas franchir : l'application des normes impératives de la Constitution du Chili au décret 165 confiscatoire de la principale entreprise de presse du Chili, de même que celle des principes généraux de droit international public pertinents ou ceux reconnus par les nations civilisées, n'étaient désormais tolérables.

679. Cette ligne n'a pas été franchie, et cela par le biais d'un enchaînement qui inverse les rapports logiques pertinents. En effet, d'après le seul contexte présenté dans le dossier arbitral pour disqualifier le Décret 165 –à savoir la « nullité de droit public »- c'est précisément le fait qu'il n'a jamais fait partie de l'ordre constitutionnel chilien qui permet à la personne lésée de solliciter l'indemnisation correspondante; en aucun cas la « *non remise en cause par les juridictions internes* » n'est en mesure d'apporter aucun élément dans le sens que ledit décret ferait toujours partie de l'ordre juridique interne. Cela d'autant moins que les articles 10.2 et 10.4 de l'API habilitent, sur sollicitation de l'investisseur, exclusivement le Tribunal arbitral pour déclarer le droit. Or celui-ci entreprend de le

---

<sup>578</sup> *Supra* 623 et suivants, Pièce CN38g

chercher déjà déclaré par les juridictions internes. Tout l'enchaînement logique de l'API, de la Convention CIRDI, de la Constitution chilienne est inversé.

e) **Les effets sur la Sentence de la non application de la Constitution.**  
**L'excès de pouvoir manifeste**

680. L'annulation de ces paragraphes à la base de la partie correspondante du point 8 du Dispositif, découle du fait qu'en ne considérant pas l'indemnisation compte tenu de la nullité du Décret n° 165 de 1975, le Tribunal n'a absolument pas appliqué la Constitution du Chili (les articles 4, 10(2), 11, 12, 18, 80 de la Constitution de 1925, et les articles correspondants 7, 73 de celle de 1980). Si la Sentence avait considéré ce Décret selon le droit interne applicable, la Constitution, telle que celle-ci est appliquée au Chili (article 10.4 de l'API), il s'en serait suivi inéluctablement la déclaration de ce que sa juridiction devait s'exercer en constatant que lorsque l'API était entré en vigueur en mars 1994 le Décret n° 165 était, pour la Constitution et les juridictions internes –les trois Pouvoirs de l'Etat ensemble- entaché de nullité *ab initio*, imprescriptible, précisément parce qu'il avait été édicté en vertu des Décrets 77 et 1726 de 1973.

681. En conséquence, la confiscation ne saurait être considérée comme un fait instantané en vertu du Décret 165 de 1975, ainsi que la Sentence l'affirme dans les fondements du point 8 de son Dispositif (para. 608, 610). Aussi a-t-elle a commis un excès manifeste de pouvoir en excluant dans le point 8 – sous la formule « ***toute plus ample conclusion*** »- sa juridiction sur un fait plaidé par les Demandées dans leur Mémoire du 17 mars 1999, avant et après -p. 601- à savoir tout ce qui découle, au moment de l'entrée en vigueur de l'API, du fait que pour la Constitution chilienne la nullité du Décret n° 165 opère *ab initio, ex officio*, de façon imprescriptible, pour avoir été édicté en application des Décrets 77 et 1726 de 1973.

682. La Requête en annulation et le Mémoire en annulation plaignent que la Sentence doit être entièrement annulée pour excès manifeste de pouvoir (art. 52(1)(b) de la Convention). Dans cette matière spécifique l'argument des Demandées est qu'une annulation doit certes être déclarée mais sur la base d'arguments différents de ceux de la Défenderesse, et partiellement, à savoir les paragraphes à la base de la partie du point 8 du Dispositif manifestant un *absolute disregard* de la Constitution, tel qu'appliquée après l'entrée en vigueur de l'API, en ce qui concerne les Décrets 77 et 1726, le fondement du Décret 165.

683. La doctrine constante des Comités *ad hoc* est celle affirmé, entre autres, par le Comité *ad hoc* SEMPRA c/ République d'Argentine<sup>579</sup> :

<sup>579</sup> ICSID Case ARB/02/16, Décision du 29 juin 2010 (Mr Christer Söderlund; Sir David A.O. Edward, QC; Ambassador Andreas J. Jacovides) accessible dans

205. (...) *A line of decisions in ICSID practice confirms that failure to apply the applicable law may amount to an excess of powers, whereas erroneous application of the law does not constitute a basis for annulment.*"

206. *It will therefore be necessary to determine whether the error in question amounts (i) to a failure to apply the law, in which event the award of the Tribunal may be annulled, or (ii) to a misapplication of the law, in which event the award, although to that extent defective, will not be annulled ;*

par le Comité dans l'affaire *MINE* :

*Disregard of the applicable rules of law must be distinguished from erroneous application of those rules which, even if manifestly unwarranted, furnishes no ground for annulment*<sup>580</sup>;

et par le Comité *ad hoc* dans *Amco I* :

*The ad hoc Committee will limit itself to determining whether the Tribunal did in fact apply the law it was bound to apply to the dispute. Failure to apply such law, as distinguished from mere misconstruction of that law, would constitute a manifest excess of powers on the part of the Tribunal and a ground for nullity under Article 52(1)(b) of the Convention. The ad hoc Committee has approached this task with caution, distinguishing failure to apply the applicable law as a ground for annulment and misinterpretation of the applicable law as a ground for appeal.*<sup>581</sup>

684. Le refus d'appliquer la Constitution chilienne à la détermination de l'indemnisation compte tenu du Décret 165 de 1975 - de même que les articles 2.2 ; 3.1 ; 4.1 ; 5 ; 7 ; 10.4 ; 10.2 de l'API Espagne-Chili- constitue un abus de pouvoir manifeste. Selon le Comité *ad hoc* saisi de l'affaire *SEMPRA c/ République d'Argentine*<sup>582</sup>, citant les Décisions des Comités *ad hoc* dans *Soufraki* (§ 39), *Wena Hotels* (§25), *CDC Group* (§41):

*211. In order for excess of powers to require annulment of an Award, the excess must be "manifest". In order to ensure that this qualification is satisfied, it should be noted, as a first step, that it is necessary to observe the basic requirement of the VCLT to seek the "ordinary meaning" of the relevant term. In a literal sense "manifest" is something which is "plain", "clear", "obvious", "evident" i.e. easily understood or recognized by the mind.*<sup>56-583</sup>

685. Le défaut d'application absolu de la Constitution chilienne est confirmé dans la référence que la Sentence fait à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Tous les arrêts de celle-ci cités dans les paragraphes 609 et 610 de la Sentence ont

---

<http://ita.law.uvic.ca/documents/SempraAnnulmentDecision.pdf>

<sup>580</sup> *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/84/4); Decision on Annulment of 22 December 1989, para 5.04.

<sup>581</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/71/1), Decision on Annulment of 16 May 1986 (Amco I).

<sup>582</sup> ICSID Case ARB/02/16, Décision du 29 juin 2010, citée.

<sup>583</sup> Schreuer, ICSID Commentary (2009), page 938 (para 135)

ceci en commun: la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'accorde de compétence à la Cour sur des « faits » antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention la régissant que s'ils constituent des faits illicites continus ou imprescriptibles<sup>584</sup>, alors que l'art. 2.3 de l'API Espagne-Chili

1. accorde compétence sur « toute controverse relative aux investissements », sans aucune limitation en ce qui concerne les faits à l'origine de la controverse ou réclamation ;

2 ne l'excluant que sur les « controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur ». C'est-à-dire, seulement sur deux cas particuliers de différends, de surcroît faisant partie de la catégorie générale de différends fondés sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API. Et alors que

- a) le présent arbitrage porte sur un différend né en novembre 1995, sur des faits ayant lieu en 1995 relatifs à l'application de la Constitution, à partir de novembre 1995, à l'indemnisation découlant du fait d'un décret confiscatoire édicté en application des décrets 77 et 1726 de 1973 ;
- b) l'article 10.1 de l'API étend l'application de celui-ci à « *Toute controverse relative aux investissements, au sens du présent Traité...* »;

3) les nationalisations ou expropriations considérées par la Cour de Strasbourg ont été menées à leur terme en application de normes qui ne sont pas entachées de nullité *ab initio*, imprescriptible, *ex officio*, alors qu'au contraire tel est le cas du Décret 165 de 1975, édicté en application des Décrets 77 et 1726 de 1973, selon la Constitution du Chile, les principes généraux pertinents du Droit International public et ceux reconnus par les nations civilisées.

686. La jurisprudence de la CEDH citée dans la Sentence confirme ainsi, *a contrario sensu*, l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral en déclinant sa juridiction dans le point 8<sup>ème</sup> du Dispositif sur la base des paragraphes cités dans le point 671 ci-dessus.

687. En résumé, il s'agit donc bien d'une **non application, en termes absolus, de la loi pertinente et impérative clairement sollicitée par les Demandées**, ce qui entraîne la légitimité de la demande d'annulation des paragraphes sur lesquels s'appuie la partie du point 8 du Dispositif qui rejette des conclusions plus amples plaidées dans l'arbitrage, sur des matières sous la juridiction du Tribunal, à savoir lorsque l'API est entré en vigueur en 1995:

---

<sup>584</sup> Voir la récente Sentence du TEDH (Grande Chambre) du 17 mai 2010 dans l'affaire *Kononov c Lettonie*, déclarant la compétence de la Cour pour connaître de faits ayant eu lieu en mai 1944, alors que n'existaient ni la Lettonie ni la CEDH, accessible dans

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=kononov&sessionid=58625643&skin=hudoc-fr>

- 1) le Décret n° 165 de 1975<sup>585</sup> ne faisait pas valablement partie de l'ordre juridique constitutionnel chilien puisque, selon la Constitution telle qu'appliquée par l'Etat du Chili lorsque l'API est en vigueur, il est entaché de nullité *ab initio*, imprescriptible ;
- 2) le Tribunal devait, en conséquence, exercer sa compétence sur l'application des dispositions de fond de l'API aux faits existant après 1994 et découlant de ladite nullité continue, *ab initio*, imprescriptible, des décrets 77 et 1726 de 1973 à CPP SA et EPC Ltée.

f) **Arguments relatifs à l'annulation dans les pp. 566 du Mémoire en annulation et 313 de la Requête en annulation**

688. Les Demandeuresses ne formulent pas une demande reconventionnelle. Elles circonscrivent leurs arguments à la question d'annulation spécifiquement plaidée par la République du Chili dans les paragraphes 566 du Mémoire en annulation et 313 de la Requête en annulation.

689. L'article 42(1) de la Convention renvoie, en l'espèce, à l'article 10(4) de l'API entre l'Espagne et le Chili, qui dispose que l'organe arbitral décidera sur la base des dispositions de ce traité, du droit de la Partie contractante ainsi que des principes de droit international en la matière. Le droit interne impérativement applicable en matière de « nullité de droit public » d'un décret confiscatoire édicté en vertu des Décret 77 et 1726 de 1973 est la Constitution du Chili (articles 4, 10(2), 11, 12, 18, 80 de celle de 1925; articles 7, 73 de celle de 1980). La Sentence arbitrale n'a nullement appliqué la Constitution au Décret 165 de 1975 édicté en application desdits décrets 77 et 1726 de 1973.

690. L'argument des Demandeuresses n'est pas que la Sentence a appliqué d'une manière partielle ou erronée la Constitution du Chili à la saisie –le 11 septembre 1973- suivie de confiscation -Décret 165, du 10 février 1975- de l'investissement, mais que la Constitution n'a absolument pas été appliquée.<sup>586</sup> A ce fait a été ajouté la non application, également en termes absolus, des principes de droit international pertinents en matière de confiscation illicite des investissements étrangers, auxquels renvoie l'article 10.4 en rapport avec les articles 5, 4.1 et 3.1 de l'API.

<sup>585</sup> Sentence, pp. 29, 73, 161, 207 (et notes 157,158), 438, 590 à 593 (« *à la connaissance du Tribunal, le décret supreme n°165 est toujours en vigueur* »), note 553, 598 à 610.

<sup>586</sup> La Sentence arbitrale, par contre, a tenu compte et a appliqué les principes de la Constitution chilienne dans la détermination de la nationalité de M. Victor Pey, en particulier l'articulation de l'article 10.4 de la Constitution avec la Convention sur la Double Nationalité avec l'Espagne, et de l'article 5 de la Constitution amendé en 1990 -établissant que la souveraineté du Chili est subordonnée aux conventions internationales ratifiées par le Chili en matière de droits fondamentaux- avec le Décret N° 873 de 1990, du Ministère des AA. EE. (J.O. du 5 janvier 1991), qui incorpore au droit interne la Convention Américaine des Droits de l'Homme dont l'art. 20.3 reconnaît le droit à changer de nationalité (pièces CN38f).

691. Il ne fait pas de doute dans la doctrine et dans la pratique des Comités *ad-hoc* que le non exercice d'une juridiction<sup>587</sup> ainsi que le fait de la non application de la loi applicable<sup>588</sup> équivalent à un excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral au sens de l'art. 52(1)(b) de la Convention.

692. On remarquera qu'aucune référence n'est faite dans la partie VII de la Sentence à la Constitution de 1980 (ou de 1925), dont en vertu de l'article N° 7 (N° 4 de 1925) le Décret N° 165 de 1975 confisquant l'investissement de M. Victor Pey était nul *ab initio, ex officio* et imprescriptible. La seule référence dans la Sentence à l'article 4 de la Constitution de 1925 (p. 603) porte sur un arrêt et **non sur l'application de la Constitution** à la confiscation de CPP S.A. et d'EPC Ltée, application qui est absolument absente de la Sentence.

693. La décision du point 8 du Dispositif de la Sentence a conduit à une situation insoutenable en droit, tout autant que le sont la **discrimination** et le **dénie de justice** (articles 3, 4 de l'API), puisqu'elle équivaut à priver les Demandanderesses de tout droit d'action en indemnisation pour les dommages découlant de la **confiscation** (art. 5 de l'API) des biens des entreprises CPP S.A. et de EPC Ltée., pour ceux de ces dommages antérieurs à –et/ou non compris dans- l'application, le 11 avril 2002, de la Décision 43 du 28 avril 2000.

694. En effet, ayant choisi de faire valoir leurs droits devant un tribunal arbitral international, comme leur en donnait le droit l'API signé entre l'Espagne et le Chili en 1991, Monsieur Pey Casado et la Fondation espagnole ne pouvaient plus, en application de l'article 10.2 de l'API<sup>589</sup>, saisir un tribunal interne pour invoquer la « *nullité de droit public* » de ce Décret ainsi que l'ont fait d'autres personnes morales également lésées par l'application des Décrets 77 et 1726 de 1973 ; comme on l'a vu, par exemple, dans le cas des investisseurs dans les sociétés éditrices du quotidien « Color », de « Radio Sur » et des presses « Horizonte » (pièces CN62f, CN102; CN164; CN84, CN98f, respectivement), en tout point identiques, sur tous les aspects pertinents, avec le cas de CPP S.A. et d'EPC Ltée.

695. Le point 8 du Dispositif a rejeté, sur le fondement des paragraphes de la Sentence rappelés au point 671 ci-dessus, la prise en considération de ce que si la confiscation des biens de CPP S.A. et de EPC Ltée. était nulle *ab initio, ad aeternum*, dans

<sup>587</sup> Voir la Décision du 16 avril 2009 du Comité *ad hoc* (S. Schwebel ; M. Shahabuddeen ; P. Tomka) de l'affaire Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. the Government of Malaysia (ICSID Case No ARB /05/10), p. 80 : « *The Committee fully appreciates that the ground for annulment set forth in Article 52(1)(b) of the ICSID Convention specifies that “the Tribunal has manifestly exceeded its powers.” It is its considered conclusion that the Tribunal exceeded its powers by failing to exercise the jurisdiction with which it was endowed by the terms of the Agreement and the Convention ...* », publié dans <http://ita.law.uvic.ca/documents/MalaysianHistoricalAnnulment.pdf>.

<sup>588</sup> Voir SCHREUER (Ch. H.), op. cit. commentaire à l'Article 52 de la Convention, page 944, point 167, et la bibliographie citée ; Décision du 5 juin 2007 dans l'affaire Soufrakis v. UEA (F. Feliciano ; O. Nabolsi ; Brigitte Stern), pages 38-48 et 54-56, publié dans <http://ita.law.uvic.ca/documents/SoufrakiAnnulment.pdf>

<sup>589</sup> L'article 10.2 §3 de l'API Espagne-Chili du 2-10-1991 (*fork in the road clause*) stipule « *Une fois que l'investisseur aura soumis la controverse aux juridictions de la Partie contractante impliquée ou à l'arbitrage international, le choix de l'une ou l'autre de ces procédures sera définitif.* »

l'ordre juridique interne chilien, le fait illicite à l'origine de la controverse née en novembre 1995 avait un caractère continu, son existence se poursuivait au-delà de l'entrée en vigueur du Traité, aussi bien au regard du droit interne<sup>590</sup> que du droit international<sup>591</sup>.

696. Au contraire, le fait que le Dispositif 8 a été adopté sur la base du choix de la non application de la Constitution du Chili et des principes de droit international pertinents en matière d'expropriation illicite d'investissements étrangers et ceux reconnus par les nations civilisées, a porté la Sentence à déclarer la validité du Décret n° 165 et que « *l'expropriation litigieuse, qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n°165 du 10 février 1975 qui a prononcé le transfert de propriété des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée. à l'Etat. A cette date, l'expropriation était consommée (...). Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les demanderesses doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API.* »<sup>592</sup>

697. Le point 8 du Dispositif et lesdits paragraphes de la Sentence ont écarté la possibilité que celle-ci applique les articles pertinents de la Constitution du Chili et les principes pertinents de droit international, comme il était de son devoir de le faire *ex art. 10(4) de l'API* –et en conséquence qu'elle prenne note de la nullité *ab initio, ex officio*, imprescriptible des Décrets édictés en application des Décret 77 et 1726 de 1973, dont le décret N° 165 de 1975; cela eût exclu que l'acte de confiscation des biens de CPP S.A. et de EPC Ltée. pût être qualifié d'expropriation « *consommée* », « *instantanée* ». Ainsi, la conclusion à laquelle est parvenue la Sentence selon laquelle "*l'expropriation constitue en principe un acte instantané et qu'elle n'est pas créatrice d'une situation continue*"<sup>593</sup> constitue, en fait, un cas manifeste de non application absolue de la loi applicable.

698. Lesdits paragraphes de la Sentence et la partie du point 8 du Dispositif s'y rapportant ignorent le fait qu'il découle directement de la Constitution du Chili, que les titres de propriété des biens de CPP S.A. et de EPC Ltée. n'ont pas été valablement transférés à l'Etat chilien. Le point 8 du Dispositif a ainsi éliminé la circonstance que la confiscation réalisée était une dépossession *de facto*, illégalement commencée le 11 septembre 1973 et continué au-delà de 1975, et que la dépossession était vivace à la date d'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili.

699. La Constitution du Chili et, par voie de conséquence, les dispositions de fond de l'API, s'appliquent à la saisie des biens de CPP SA et EPC Ltée. Néanmoins, le point 8 du Dispositif a rejeté l'exercice par le Tribunal arbitral de sa juridiction sur l'acte confiscatoire qui persiste après l'entrée en vigueur de l'API.

<sup>590</sup> Sentence paragraphes 593, 598, 599, 600, 601, 603, 608, 652.

<sup>591</sup> Sentence paragraphes 598, 604, 605, 606, 607.

<sup>592</sup> Sentence paragraphe 608.

<sup>593</sup> Sentence paragraphe 610, p. 197.

700. Dans l'argument des Demandanderesses sur la question d'annulation plaidée dans le paragraphe 566 du Mémoire en annulation, seule est visée la deuxième prémissse<sup>594</sup>, qui fausse les conclusions relatives à l'applicabilité des obligations de fond du Traité : la Sentence ayant reconnu la compétence du Tribunal au titre de l'API pour ce qui concerne la condition que la controverse entre les Parties est née après son entrée en vigueur<sup>595</sup>, ne demeurait à vérifier que l'exigence que la situation ne fût pas « réglée » avant son entrée en vigueur, or cela découle immédiatement de « la nullité de droit public » des décrets confiscatoires selon la Constitution du Chili.

701. Dans le cas d'espèce, tous lesdits décrets à l'origine du différend sont pleinement couverts par l'API. La Commission de Droit International (CDI) dans son commentaire relatif à ce qui allait devenir l'Article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'exprimait ainsi :

*Toutefois, si un acte, un fait, ou une situation qui est survenu ou s'est présenté avant l'entrée en vigueur d'un traité se reproduit ou continue à exister après l'entrée en vigueur du traité, cet acte, ce fait ou cette situation tombera sous le coup des dispositions du traité. On ne saurait porter atteinte au principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à des situations qui se présentent une fois que le traité est en vigueur, même si elles se sont présentées pour la première fois à une date antérieure. Ainsi, la Commission européenne des droits de l'homme ne s'est pas jugée compétente pour apprécier le bien-fondé de décisions législatives, administratives et judiciaires parachevées et devenues exécutoires avant l'entrée en vigueur de la Convention européenne, mais elle a exercé sa juridiction lorsqu'il s'agissait d'actions nouvelles ou de nouvelles applications de ces décisions une fois que la Convention était entrée en vigueur<sup>596</sup>*

702. S'agissant du caractère continu d'une confiscation, les commentaires de la CDI visent expressément cette hypothèse, notamment en opérant une distinction entre une expropriation formelle, réalisée par un acte légal selon le droit local, et une expropriation *de facto*, i.e., sans acte légal sous-jacent ou dont la légalité de l'acte sous-jacent peut être légitimement réfutée. Ainsi, James Crawford dans son commentaire sur l'article 14 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la CDI indique:

*La question de savoir si une expropriation illicite est un fait illicite «achevé» ou continu dépend, dans une certaine mesure, du contenu de la règle primaire censée avoir été violée. Si une expropriation a lieu conformément à la loi, avec pour conséquence que le titre de propriété concerné est cédé, l'expropriation proprement dite constitue un acte achevé. Toutefois, la situation peut être différente en présence d'une occupation de facto, "rampante" ou "déguisée". A titre exceptionnel, une juridiction peut légitimement refuser de reconnaître une loi ou un décret, la conséquence étant alors que le déni d'un statut, d'un droit, ou la*

<sup>594</sup> Supra 656, 658

<sup>595</sup> Sentence du 8 mai 2008 para. 446.

<sup>596</sup> CDI Projet d'articles sur le droit des traits et commentaires, Yearbook of the International Law Commission 1966-II, p. 212, para. 3.

possession d'un bien qui en résulte peut donner lieu à un fait illicite continu<sup>597</sup>  
(Soulignement ajouté).

703. En l'espèce, la nullité *ab initio*, imprescriptible, du Décret confiscatoire n°165 a pour conséquence juridique que, en vertu de la Constitution du Chili, il n'y a jamais eu dissolution ni transfert de propriété des biens détenus par CPP SA et EPC Ltée.<sup>598</sup> Ce que la Loi 19.568 de 1998 reconnaît dans son article 1<sup>er</sup>. Or, la Sentence a reconnu à juste titre, d'une part, que Monsieur Pey était bien le propriétaire de ces sociétés et, d'autre part, que la République du Chili avait toujours refusé de lui restituer les biens ainsi saisis<sup>599</sup>. Il en résulte qu'en vertu de la Constitution et de son application par tous les Pouvoirs de Etat, la saisie *de facto* des biens de ces sociétés, réalisée le 11 septembre 1973 par la violence des troupes mutinées, a perduré jusqu'à l'entrée en vigueur de l'API et après.

704. La question de la rétroactivité de l'API n'est de fait pas pertinente dans cette affaire. Les dispositions de fond du Traité s'appliquent à l'acte illicite existant à la date de son entrée en vigueur en mars 1994 et après en vertu du fait que, selon la Constitution, le Décret 165 de 1975 est, sans solution de continuité, entaché de nullité *ab initio*, imprescriptible, à être constatée d'office.

705. En conséquence, la question d'annulation plaidée dans les pp. 560-566 du Memorial de la Défenderesse est fondée seulement à l'égard des seuls paragraphes à la base du seul point 8 du Dispositif dans sa partie qui s'avère en rapport avec l'inapplication absolue de la Constitution chilienne au Décret 165 de 1973 édicté en vertu des Décrets 77 et 1762 de 1973.

g) **Les graves conséquences dans la conclusion de l'arbitrage découlant du point 8 du Dispositif (le fait que le Tribunal arbitral n'a pas exercé sa juridiction)**

706. A ce titre, le 8ème point du Dispositif de la Sentence a privé les Demandereuses de ce que l'indemnisation soit évaluée à partir de la date à laquelle l'évaluation aurait dû commencer selon la Constitution du Chili<sup>600</sup>, à savoir la date à laquelle a été commis le début de l'acte illicite continu. Dans le cas de CPP S.A. et EPC Ltée., le 11 septembre 1973 - lorsque des troupes insurgées ont investi et saisi le siège du journal et les autres immeubles,

<sup>597</sup> J. Crawford, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, Introduction, texte et commentaires*, Ed. 2003 Pédone, commentaire 4) sur l'article 14.

C'est bien l'hypothèse inverse, du transfert de propriété des biens en cause, qui était en jeu dans l'affaire *Malhous c/ République Tchèque*, citée par le Tribunal dans la Sentence du 8 mai 2008 (voir para. 609).

<sup>599</sup> Sentence du 8 mai 2008, paras. 196 à 229.

<sup>600</sup> Voir notamment Mémoire du 17 mars 1999, pp. 4.6.2.7 à 4.6.2.10 ; 4.6.4 à 4.6.4.1 ; 4.11.16 (Annexe CN80); Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire des parties demandereuses, du 11 septembre 2002, p. 142 et suivants (Annexe CN144f). Réplique du 23 février 2003 : voir la section VIII (Annexe CN155). Les fondements juridiques du Rapport Économique d'»Alejandro Arraez&Asociados », page 70 et ss. (pièces D18 et C225)

les presses et tous les autres biens de CPP S.A. et d'EPC Ltée., et les ont occupés *de facto* d'une manière continue jusqu'à maintenant.

707. Par ailleurs, l'acte nul *ab initio* ayant eu son commencement le 11 septembre 1973, le point 8 du Dispositif a privé les Demandéresses d'être compensées pour le dommage subi en leur accordant des intérêts moratoires sur les sommes allouées au titre du "damnum emergens".

708. En conséquence, le point 8 du Dispositif a diminué de la sorte d'une manière substantielle le *quantum* de l'indemnisation, interdisant la restauration de l'entreprise de presse dans la situation qui était le sienne avant l'acte de confiscation illicite de l'investissement, conformément aux articles 3, 4 et 5 de l'API, à la doctrine développée à partir de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Factorie de Chorzów*<sup>601</sup> et à l'article 31 du projet de la CDI sur la responsabilité des Etats.

709. Selon la doctrine soutenue, entre autres, dans la Décision sur l'annulation *Compañía de aguas del Aconquija s.a. y Vivendi Universal c. República Argentina* (ICSID Case CIRDI No. ARB/97/3):

*86. It is settled, and neither party disputes, that an ICSID tribunal commits an excess of powers not only if it exercises a jurisdiction which it does not have under the relevant agreement or treaty and the ICSID Convention, read together, but also if it fails to exercise a jurisdiction which it possesses under those instruments.*<sup>65</sup> *One might qualify this by saying that it is only where the failure to exercise a jurisdiction is clearly capable of making a difference to the result that it can be considered a manifest excess of power. Subject to that qualification, however, the failure by a tribunal to exercise a jurisdiction given it by the ICSID Convention and a BIT, in circumstances where the outcome of the inquiry is affected as a result, amounts in the Committee's view to a manifest excess of powers within the meaning of Article 52(1)(b).*

#### **(IV) LES COUTS DE LA PROCEDURE EN ANNULATION**

710. Ainsi qu'il a été démontré, la demande d'annulation de la Sentence telle que formulée par la République du Chili est sans fondement. De fait, la République du Chili souhaite détourner le fonctionnement de cette institution en interjetant un appel au fond de la décision du Tribunal arbitral.

---

<sup>601</sup> *Chorzów Factory Case (Germany v Poland)* (Merits) (1928) PCIJ Rep Ser A No 17, 47.

711. Pour cette raison, les Demandées sollicitent du Comité *ad hoc* qu'il condamne la République du Chili à supporter l'intégralité des coûts de la procédure d'annulation, que ce soit les frais et honoraires des membres du Comité *ad hoc* mais également tous les coûts du CIRDI et ceux liés à la procédure, y compris les frais de conseils.
712. Par ailleurs, la demande de nullité étant pour le moins mal fondée, les Demandées considèrent que les coûts liés à leur demande d'irrecevabilité et à l'incident relatif à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence doivent également être supportés intégralement par la République du Chili.
713. En effet, il était légitime que les Demandées utilisent les moyens légaux à leur disposition pour s'opposer à l'enregistrement d'une demande d'annulation qui, en outre, est mal fondée, et à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence.

## (V) CONCLUSION

En conséquence, compte tenu du fait que la Défenderesse sollicite l'annulation de la Sentence dans son intégralité<sup>602</sup>, les Demandées sollicitent respectueusement du Comité *ad-hoc*:

(1) en application de l'article 52.3 de la Convention CIRDI, qu'il rejette la demande d'annulation formulée par la République du Chili, à la seule exception de la partie du point 8 du Dispositif dont le fondement figure dans les paragraphes de la Sentence indiqués dans le paragraphe 671 du présent Mémoire en Réponse, aux motifs que

(a) selon la Constitution du Chili, les décrets confiscatoires édictés en application des Décrets 77 et 1726 de 1973 sont entachés de nullité *ab initio*, imprescriptible, en vertu des articles 4, 10(2), 11, 12, 18, 80 de la Constitution de 1925 et des articles 7, 73 de celle de 1980 tel qu'elle est appliquée par les juridictions internes, à constater *ex officio* en vertu de l'article 6, sections 1 et 2, et de l'article 7, section 3, de la Constitution de 1980;

(b) la Sentence a failli à l'obligation d'appliquer les articles 2.2 ; 3.1 ; 4.1 ; 5 ; 7 ; 10.2 ; 10.4 de l'API et d'exercer sa juridiction à l'égard du maintien, après l'entrée en vigueur de l'API, de la dissolution de CPP SA et EPC Ltée et du transfert de leurs biens à l'Etat édictés en application des Décrets 77 et 1726 de 1973 par le Décret 165 de 1975, celui-ci étant entaché de nullité *ab initio*, *ex officio*, imprescriptible selon lesdits articles de la Constitution chilienne précisément pour avoir été édicté par cette

---

<sup>602</sup> Pp. 560-566 du Memorial du 10 avril 2010.

voie, nullité bien réelle lorsque l'API est entré en vigueur, et ininterrompue jusqu'à maintenant;

(c) la Sentence a failli en termes absolus à l'obligation d'appliquer les articles 4; 10(10) ; 11 ; 12 ; 18 ; 80 de la Constitution de 1925 et les articles 7, 73 de celle de 1980, à la requête d'arbitrage, de déclarer contraire à l'API, nulle et de nul effet *ab initio*, la saisie, confiscation des biens, droits et crédits de CPP S.A. et EPC Ltée., ainsi que les dissolutions de celles-ci, maintenues et poursuivies après l'entrée en vigueur de l'API en vertu du Décret confiscatoire 165 de 1975, édicté en application des Décrets 77 et 1726 de 1973;

d) la Sentence encourt le motif d'annulation de l'article 52(1)(b) de la Convention dans les paragraphes indiqués dans le paragraphe 671 du présent Mémoire et la seule partie correspondante du point 8ème du Dispositif ayant son fondement dans ces paragraphes et qui rejette la prétention des Demandereuses formulée dans le cadre de l'arbitrage, comme indiqué dans le point (b) ci-dessus;

(2) annuler partiellement, pour excès manifeste de pouvoir (article 52(1)(b) de la Convention), la partie du point 8 du Dispositif de la Sentence seulement en ce que celui-ci concerne le point (1) ci-dessus, à savoir les paragraphes de la Sentence indiqués dans le paragraphe 671 du présent Mémoire, qui doivent également être annulés,;

(3) lever la suspension provisoire de l'exécution des points 1 à 7 de la Sentence ;

(4) condamner la République du Chili à supporter les coûts de la présente procédure d'annulation, des incidents relatifs à sa recevabilité et à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence, y compris les frais et honoraires des Membres du Comité *ad hoc*, les frais pour l'utilisation des installations du CIRDI, les frais de traduction, ainsi que les frais et honoraires professionnels des présentes Parties, des avocats, experts, et autres personnes appelées à comparaître devant le Comité *ad-hoc*, ou subsidiairement, les frais de procédure d'annulation, des incidents relatifs à sa recevabilité et à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence, et à payer les sommes conformes à toutes autres condamnations que le Comité *ad hoc* estimerait justes et équitables.

Madrid, le 15 octobre 2010

Pour les Demandereuses,

**TABLEAU DES PIECES ANNEXES** <sup>603</sup>

No	Description
<b>CN « A »</b>	<b>Le <i>Memorial for annulment</i> s'appuie sur 19 des pièces qui avaient fait l'objet d'une objection dans la Demande Incident du 23 février 2003 (pièce CN154f)</b>
<b>CN « B »</b>	<b>Le <i>Memorial for annulment</i> s'appuie sur 40 autres pièces qui suscitent objections ou réserves</b>
<b>CN « C »</b>	<b>Décisions des Comités ad hoc du CIRDI sur les demandes d'annulation</b>
<b>CN 01f</b>	<b>1906-08-13 Nationalité- Convention de Rio de Janeiro, en vigueur</b>
<b>CN 02f</b>	<b>1925-09-18 Constitution du Chili, version en vigueur en décembre 1970 et jusqu'à sa dérogation par la Constitution de 1980. Séparation des Pouvoirs</b>
<b>CN 03f</b>	<b>1935-11-05 Arrêt concernant la transmission de la propriété des actions d'une Société Anonyme par le moyen de la remise du titre et du transfert signé correspondant. Doctrine en vigueur</b>
<b>CN 04f</b>	<b>1958-05-24 Nationalité- Convention de Double Nationalité Espagne-Chili, en vigueur</b>
<b>CN 05f</b>	<b>1960-04-04 Investissement- Statut de l'investisseur (DFL 258-1960), dérogé par le DL 600 du 11-07-1974</b>
<b>CN 06</b>	<b>1962 DE CASTRO La Nationalité la double nationalité la supra-nationalité</b>
<b>CN 06 bis</b>	<b>1964-07-07- Loi Organique Constitutionnel de la Contraloria Générale de la République du Chili, en vigueur (en espagnol)</b>
<b>CN 07f</b>	<b>1971-06-25 Investissement Décision 24 Groupe de Carthagène Décret N° 482-1971, non self-executing</b>
<b>CN 08f</b>	<b>1972-04-06 Pouvoirs à M. Pey de M. Dario Sainte-Marie</b>
<b>CN 09f</b>	<b>1972-05-13 Accord d'achat de la totalité de CPP SA entre M. Pey et M. Dario Sainte-Marie</b>
<b>CN 10f</b>	<b>1972-09-29 Pouvoir à M Pey de disposer librement des actions de M Dario Sainte-Marie dans EPC Ltée</b>
<b>CN 11f</b>	<b>1972-10-02 Modification de l'accord d'achat de CPP SA par M. Pey</b>
<b>CN 12</b>	<b>1972-10-03 Paiement de 750.000 US\$ par M. Pey à M. Dario Sainte-Marie</b>

<sup>603</sup> Toutes les pièces figurent dans le dossier arbitral

CN 13f	<b>1972-11-27 M. Pey transfère à CPP S.A. les actions de M. Sainte-Marie dans EPC Ltée</b>
CN 14f	<b>1972-11-29 Nationalité- Résolution de la DGRN : Récupération de nationalité espagnole pour dénégation du passeport. Doctrine en vigueur</b>
CN 15f	<b>1972-12-12 M. Pey modifie les Statuts d'EPC Ltée</b>
CN 16f	<b>1973-10-13 Décret Loi 77- Déclarant illicites et dissous les partis politiques et confisque leurs biens, dérogé par la Loi 19.047 du 14 février 1990 (art. 8)</b>
CN 17f	<b>1973-12-03 Décret 1726- Ordonnance d'application DL 77 de 1973, dérogée par la Loi 19.047 du 14 février 1990</b>
CN 18f	<b>1974-06-05 Décision 24- Compte rendu de la XIIIème Période de Sessions de la Commission de l'Accord de Carthagène</b>
CN 19f	<b>1974-07-11 Investissement- Décret-loi 600 Statut de l'Investissement Etranger, version originale</b>
CN 20f	<b>1974-09-08 Décision 24- Rapport du Directoire du Pacte de Carthagène sur les dispositions légales prises par les Etats membres visant son application</b>
CN 21f	<b>1974-09-20 Décision 24- Compte rendu de la XVème Période de Sessions de la Commission de l'Accord de Carthagène</b>
CN 22f	<b>1974-10-04 Nationalité espagnole de M. Pey- Certification du Consulat d'Espagne</b>
CN 23f	<b>1974-11-08 Certificat du Surintendant aux Sociétés Anonymes relatif aux actions de CPP S.A.</b>
CN 24f	<b>1975-02-10 Confiscation- Décret 165 confiscatoire de CPP S.A. et EPC Ltée édicté en application du Décret 77 de 1973 (dérogé par la Loi 19.047 de 1990)</b>
CN 25f	<b>1976-08-12 L'épouse répudiée de M. Sainte-Marie établit l'inventaire des propriétés de ce dernier. CPP S.A. et EPC Ltée n'y figurent pas</b>
CN 26f	<b>1976-10-30 Décision 24- Compte rendu de la XXème Période de Sessions de la Commission de l'Accord de Carthagène</b>
CN 27f	<b>1977-01-24 Nationalité espagnole de la fille de M. Pey, Natalie</b>
CN 28f	<b>1977-05-25 Testament de M Gonzalez. CPP S.A. et EPC Ltée n'y figurent pas</b>
CN 29f	<b>1977-11-25 Décret 1200 confisque tous les biens de Victor Pey en vertu du Décret 77 de 1973</b>
CN 31	<b>1979-02-27 Nationalité-Résolution de la Direction Générale des Registres et du Notariat: un espagnol peut renoncer à la double nationalité chilienne. Doctrine en vigueur</b>

CN 32a	<b>1980-10-21 Constitution of Chile (selon sa version originale édictée en 1980). Séparation des Pouvoirs</b>
CN 33f	<b>1984-11-04 Arrêt de la Cour d'Appel Santiago relatif à la transmission d'actions d'une S.A. Doctrine en vigueur</b>
CN 34	<b>1985-04-16 Testament et partition héréditaire de M. Dario Sainte-Marie. CPP SA et EPC Ltée n'y figurent pas (en espagnol)</b>
CN 35f	<b>1988-07-25 Nationalité- Arrêt Cour Suprême du Chili : refus de passeport = retrait de la nationalité chilienne. Doctrine en vigueur</b>
CN 36f	<b>1989-10-31 Nationalité- Arrêt Cour Suprême Chili - le refus du passeport est assimilé à la méconnaissance de la nationalité chilienne. Doctrine en vigueur</b>
CN 37	<b>1990- VIRGOS-SORIANO: « Nationality and Double Nationality. Principles in Spanish Private International Law System » : caractère volontaire des bénéfices du système de double nationalité ibéro-américain , publié dans <u>Nation und Staat im Internationalen Privatrecht</u>, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990</b>
CN 38f	<b>1991-01-05 Décret 873 de 1990 incorpore la Convention Américaine relative aux droits de l'homme au système légal du Chili</b>
CN 38g	<b>1991-06-03. Message du Chef de l'Etat au Congrès National du Chili relatif au droit d'agir et de propriété des personnes morales et physiques affectées par les décrets confiscatoires édictés en application du Décret 77 de 1973 (en espagnol)</b>
CN 39f	<b>1991-09-04 M. Gonzalez Inventaire <i>post-mortem</i> de sa masse héréditaire. CPP S.A. et EPC Ltée n'y figurent pas</b>
CN 40f	<b>1991-10-02 Accord pour la Protection des Investissements entre l'Espagne et le Chili, en vigueur</b>
CN 41f	<b>1991-11-27 Arrêt CS du Chili relatif à la transmission d'actions d'une S.A. Doctrine en vigueur en 1972</b>
CN 42f	<b>1993-01-08 Nationalité Arrêt CS Chili Refus du passeport = retrait de la nationalité. Doctrine en vigueur</b>
CN 44f	<b>1993-03-19 Nationalité Arrêt CS Chili Un chilien par naturalisation peut renoncer à la nationalité chilienne. Doctrine en vigueur</b>
CN 45f	<b>1994-09-05 Nationalité acquisition-Décision de la DGRN - Effet déclaratif de l'annotation au Registre état Civil. Doctrine en vigueur</b>
CN 46f	<b>1995-05-05 Non dissolution de CPP SA en 1975 -Communication de la Surintendance aux Valeurs et aux Sociétés, en vigueur</b>
CN 47f	<b>1995-05-29 Confiscation. Décision judiciaire ferme de restitution à M Pey des titres de propriété de CPP S.A. et EPC Ltée.</b>

CN 48f	<b>1995-09-06 M Pey demande au Président du Chili la restitution de son investissement confisqué en application du Décret 77 de 1973</b>
CN 48b	<b>1995-10-04 Requête de M. Pey en restitution des Presses GOSS. Action Il exerce une civile de dépôt nécessaire (en espagnol)</b>
CN 49f	<b>1995-11-30 Réponse négative du Gouvernement chilien à la pétition de M. Pey de restitution de l'investissement confisqué. Début de la controverse</b>
CN 50f	<b>1996-01-10 Confiscation- V. Pey réitère sa pétition au Président du Chili du 6 septembre 1995</b> <b>1996-01-11</b>
CN 51f	<b>1996-04-17 Réponse du CDE à la demande de restitution des presses GOSS. Elle reconnaît la propriété de M. Pey sur les actions de CPP SA et EPC Ltée</b>
CN 52f	<b>1996-11-27 Nationalité- Consulat d'Espagne communique que la Junta Militaire avait expulsé M. Pey du Chili</b>
CN 53f	<b>1996-12-10 V. Pey communique au Dép. Etranger du Min. de l'Intérieur du Chili qu'il n'est pas bénéficiaire de la CDN</b>
CN 54f	<b>1997-01-07 Nationalité V. Pey met à jour le Registre de l'état Civil espagnol au Consulat d'Espagne à Santiago du Chili</b>
CN 55f	<b>1997-01-13 Confiscation- Arrêt 21ème Chambre Civile Santiago : nullité <i>ab initio</i> du Décret confiscatoire des biens de M. Pey e vertu du Décret 77 de 1973</b>
CN 56f	<b>1997-05-22 Nationalité- Espagne reconnaît la perte de la double nationalité chilienne de V. Pey</b>
CN 57f	<b>1997-07-07 Nationalité- Note Verbale de l'Espagne au Chili: M. Pey a perdu la double nationalité</b>
CN 58f	<b>1997-09-16 Nationalité-Déclaration expresse de V. Pey de renonciation à la double nationalité chilienne</b>
CN 59f	<b>1997-11-07 Requête d'arbitrage de M. Víctor Pey et la Fondation espagnole Président Allende déposée au CIRDI</b>
CN 60f	<b>1997-11-20 Confiscation- Arrêt CS du Chili : nullité <i>ab initio</i> du décret confiscatoire édicté en application du Décret 73 de 1973. Doctrine en vigueur</b>
CN 61f	<b>1997-11-24 Confiscation- Arrêt de la Cour d'Appel de Santiago : nullité de droit public du Décret confiscatoire édicté en vertu du Décret 77 de 1973 (produit par la Défenderesse sans traduction). Doctrine en vigueur (en espagnol)</b>
CN 62f	<b>1998-03-12 Confiscation- Arrêt sur la société éditrice du Quotidien COLOR- Nullité <i>ab initio</i> de décrets édictés en vertu du Décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur</b>

CN 63f	<b>1998-04-27 Confiscation Sentence annule <i>ab initio</i> décrets édictés en application du Décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur</b>
CN 64	<b>1998-06-25- Loi 19.568 portant restitution ou indemnisation des biens confisqués en application du Décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur (produite par la Défenderesse sans traduction)</b>
CN 65f	<b>1998-07-07 Nationalité- Renonciation de M. Pey à la chilienne-Note Verbale de l'Espagne au Chili</b>
CN 66f	<b>1998-07-21 Confiscation S. Cour Suprême du Chili annule <i>ab initio</i> les décrets adoptés en application du Décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur</b>
CN 67	<b>1998-07-29 Le Chili nomme deux arbitres chiliens, dont M. Witker (original en anglais)</b>
CN 68	<b>1998-07-29 Lettre du Chili nommant deux arbitres chiliens, dont M. Witker (esp.)</b>
CN 69	<b>1998-07-31 Nationalité- CIRDI demande à M Witker la sienne</b>
CN 70	<b>1998-07-31 Nationalité- M Witker est chilien- Lettre au Centre des Demandanderesses (fr.)</b>
CN 71f	<b>1998-08-04 Nationalité Fiche signalétique de M. Pey dans le Registre de l'état Civil Chili : « <i>M. Pey a renoncé à la nationalité chilienne, il est étranger</i> » (extrait)</b>
CN 72f	<b>1998-08-04 Nationalité- V. Pey a renoncé à la chilienne-Communication de l'Espagne au Chili</b>
CN 73	<b>1998-08-05 Nationalité-le CIRDI demande à M Witker s'il a aussi la chilienne</b>
CN 74	<b>1998-08-11 Nationalité M Witker informe le CIRDI- he is not a national of Chile</b>
CN 76f	<b>1998-08-12 Nationalité- M Witker est chilien - Lettre des Demandanderesses au CIRDI</b>
CN 77	<b>1998-08-28 Le Chili récuse l'arbitre M. Van den Berg</b>
CN 78f	<b>1998-08-28 Nationalité- Lettre des Demandanderesses au CIRDI -M Witker est ressortissant du Chili</b>
CN 79f	<b>1998-11-18 Nationalité L'Espagne réitère que V. Pey a renoncé à la double nationalité chilienne</b>
CN 80f	<b>1999-03-17 Mémoire des Demandanderesses sur la compétence et le fond</b>
CN 81f	<b>1999-04-22 ASINSA Ecritures de constitution et statuts (créeée pour bénéficier de la future Décision 43 du 28-04-2000)</b>
CN 82f	<b>1999-04-27 ASINSA. Cession de droits en sa faveur de la Succession Gonzalez pour 4.125US\$</b>
CN 83	<b>1999-05-19 La Défenderesse communique au Tribunal la mise en marche de l'opération vers la Décision 43 (esp.)</b>

CN 84	<b>1999-06-11 Confiscation S. Cour d'Appel de Santiago – Nullité <i>ab initio</i> du décret adoptés en application du Décret 77 de 1973. Affaire de la Société propriétaire des Presses Horizonte. Doctrine en vigueur (en espagnol)</b>
CN 85f	<b>1999-06-24 Communication des Demandées adressée au Ministère des Terres et Biens Nationaux du Chili relative à la Loi 19568 de 1998 et les biens confisqués à M. Pey</b>
CN 86f	<b>1999-06-28 ASINSA demande une indemnisation à M. Venegas pour 1.347.078 US\$</b>
CN 87f	<b>1999-06-28 ASINSA demande une indemnisation à la Succession Gonzalez pour 2.456.820US\$</b>
CN 88f	<b>1999-07-20 Mémoire d'incompétence de la République du Chili</b>
CN 89f	<b>1999-08-02 Lettre des Demandées au CIRDI sur l'obstruction à l'arbitrage par le Chili</b>
CN 90f	<b>1999-09-18 Réponse des Demandées au Mémoire sur l'incompétence du Tribunal</b>
CN 91f	<b>1999-12-27 Réplique de la République du Chili sur la compétence</b>
CN 92	<b>1999-12-30 Confiscation Sentence de la Cour d'Appel de Santiago. Nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur (en espagnol)</b>
CN 92 bisf	<b>2000-01-10 Nationalité-Juge du Registre de l'état Civil notifie au Chili le domicile de M Pey à Madrid dans les circonstances en 1974</b>
CN 93f	<b>2000-01-19 Nationalité- Arrêt Cour Suprême-II est interdit au Registre de l'état Civil de modifier l'inscription portant sur la nationalité sans le consentement de l'intéressé ou une décision judiciaire. Doctrine en vigueur</b>
CN 94	<b>2000-01-24 Confiscation Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur (en espagnol)</b>
CN 95f	<b>2000-02-07 Duplique des Demandées sur la compétence</b>
CN 96F	<b>2000-05-05 Audience - Réponses aux 5 questions du Tribunal arbitral</b>
CN 97f	<b>2000-05-16 Les Demandées sollicitent que le Tribunal leur respecte le droit de défense</b>
CN 98f	<b>2000-05-17 Confiscation Arrêt Cour Suprême: nullité de droit public du décret édicté en vertu du décret 77 de 1973. Société propriétaire des Presses Horizonte. Doctrine en vigueur</b>

CN 99f	<b>2000-05-22</b> Les Demanderoresses sollicitent que le Tribunal leur respecte le droit de réponse
CN 100	<b>2000-06-01</b> Confiscation Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973.Doctrine en vigueur
CN 101f	<b>2000-06-01</b> Les Demanderoresses communiquent au Tribunal qu'elles sont interdites de défense
CN 102	<b>2000-06-21</b> Dissolution-confiscation de la Société éditrice du quotidien COLOR. Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973.Doctrine en vigueur
CN 103	<b>2000-06-21 (2)</b> Confiscation -Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973.Doctrine en vigueur
CN 104	<b>2000-06-21(3)</b> Confiscation -Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973.Doctrine en vigueur
CN 105	<b>2000-07-10</b> Confiscation -Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973.Doctrine en vigueur
CN 106f	<b>2000-07-18 (1)</b> Confiscation- Arrêt déclare la nullité <i>ab initio</i> des Décrets confiscatoire de biens de M Pey édictés en vertu du décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur
CN 107	<b>2000-07-18 (2)</b> Confiscation- Sentence de la Cour Suprême. Nullité de droit public du décret confiscatoire édicté en application du décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur
CN 108	<b>2000-07-18 (3)</b> Confiscation -Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973.Doctrine en vigueur
CN 109	<b>2000-07-18 (4)</b> Confiscation -Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973.Doctrine en vigueur
CN 110f	<b>2000-07-25</b> Décision 43 : Lettre des Demanderoresses au Contralor Général de la République du Chili
CN 111f	<b>2000-07-28</b> Décision 43 : Lettre des Demanderoresses au Ministre des Biens Nationaux
CN 112	<b>2000-08-31</b> Sentence de la Cour Suprême du Chili: vente des actions d'une S. A.
CN 113	<b>2000-12-13</b> Confiscation -Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret adopté en application du Décret 77 de 1973.Doctrine en vigueur
CN 114f	<b>2000-12-18</b> Décision 43.La Défenderesse communique que la suspension-annulation a été sollicitée par les Demanderoresses au Contralor Général

CN 115f	<b>2001-01-04 Les Demandeuresses invoquent auprès du Tribunal arbitral le droit de répondre à la lettre de la Défenderesse du 18-12-2000</b>
CN 117f	<b>2001-01-19 Nationalité. Arrêt de la Cour Suprême du Chili relative à sa perte. Doctrine en vigueur</b>
CN 118f	<b>2001-02-19 Nationalité. Arrêt. M. Pey a la nationalité espagnole effective et exclusive depuis le 15 avril 1977</b>
CN 119	<b>2001-02-28 Le Président du Tribunal arbitral communique aux parties que la procédure n'est pas fermée</b>
CN 120f	<b>2001-03-08 Le Tribunal arbitral ne respecte pas le droit de défense des Demandeuresses –Rappel</b>
CN 120 bisf	<b>2001-03-12 Pétition des Demandeuresses à M Rezek de renoncer à présider le Tribunal arbitral</b>
CN 121	<b>2001-03-16 Le Sec. Général du CIRDI accepte la renonciation de M Rezek au Tribunal arbitral</b>
CN 121bisf	<b>2001-04-23- Pétition de mesures provisoires à l'égard de la Décision 43</b>
CN 122b	<b>2001-10-02 Décision 43. Résolution du la 1ère Chambre Civile sur le conflit de juridiction avec la Contraloria. La pétition des Demandeuresses est rejetée</b>
CN 122f	<b>2001-04-02 Nationalité. Un chilien par naturalisation peut récupérer sa nationalité exclusive d'origine. Arrêts Cour Appel Valparaiso et du 2001-06-13 de la Cour Suprême la confirmant. Doctrine en vigueur</b>
CN 123f	<b>2001-05-01 Le CIRDI informe que le Tribunal précédent n'a pris aucune décision</b>
CN 124f	<b>2001-05-04 CIRDI Rapport-Rôle des instances dans l'affaire CIRDI ARB-98-2</b>
CN 125f	<b>2001-06-03 Article de presse interdit de publication dans le journal « LaNación » (Santiago) par le Gouvernement du Chili portant sur la propriété de CPP SA</b>
CN 127f	<b>2001-06-15 Presses GOSS. Demande du Fisc auprès de la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago</b>
CN 128f	<b>Décision sur la pétition de mesures conservatoires à l'égard de la Décision 43</b>
CN 129	<b>2001-06-17 Article censuré par le Gouvernement du Chili concernant la propriété de CPP S.A.</b>
CN 130	<b>2001-06-21 Décision 43-Audience sur la pétition de mesures provisoires (Fr.)</b>
CN 131f	<b>2001-10-02 Décision 43- Résolution de la 1ère Chambre Civile relative au conflit de juridiction</b>

CN 132	<b>2001-10-29 Audience sur la juridiction Transcription (Fr.)</b>
CN 133	<b>2001-10-30 Audience sur la juridiction Transcription (Fr.)</b>
CN 133bisf	<b>2002-05-08 Décision du Tribunal arbitral joignant la question de compétence au fond de l'affaire</b>
CN 135	<b>2002-05-14 Confiscation- Sentence Cour Suprême, cas Pey c Fisco, déclare la nullité <i>ab initio</i> des Décrets confiscatoire de biens de M Pey édictés en vertu du décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur</b>
CN 136f	<b>2002-05-20 Proposition des Demandées de preuve documentaire et d'experts</b>
CN 137f	<b>2002-05-22 Décision 43-Rapport des Demandées au Contralor relatif à l'illégalité de la Décision 43</b>
CN 138f	<b>2002-07-02 Décision 43 : Cour Suprême n'admet pas le recours des Demandées</b>
CN 139f	<b>2002-07-06 Décision 43 : Recours en reconsideration adressée par les Demandées à la Cour Suprême du Chili</b>
CN 140f	<b>2002-07-29 Décision 43 : Recours des Demandées auprès du Contrôleur Général de la République du Chili</b>
CN 141f	<b>2002-08-03 Décision 43 : Recours des Demandées en protection de droits constitutionnels c Résolution du Contralor du 27-07-2002</b>
CN 142f	<b>2002-08-06 Décision 43-Non admission du recours des Demandées en protection de droits constitutionnels c Résolution du Contralor formé le 3-08-2002</b>
CN 143f	<b>2002-09-11 Exposé complémentaire des Demandées sur la compétence du Tribunal arbitral</b>
CN 144f	<b>2002-09-11 Exposé complémentaire des Demandées sur le fond de l'affaire</b>
CN 145f	<b>2002-09-11 Tableau chronologique sur la compétence et le fond de la procédure arbitrale</b>
CN 146f	<b>2002-10-14 Décision 43 : Contralor n'admet pas le recours des Demandées</b>
CN 147f	<b>2002-11-04 Décision 43 : Requête complémentaire d'arbitrage des Demandées</b>
CN 148	<b>2002-11-12 Traduction par les Demandées des pièces produites par le Chili à la demande du Tribunal arbitral</b>
CN 149f	<b>2002-12-03 Ordonnance de Procédure N° 10 relative à la production de documents</b>
CN 150	<b>2002 Nationalité - CEA (J L.): Derecho constitucional chileno Cap. V</b>

CN 151f	<b>2003-02-12 Nationalité. Araya Opinion sur Rapport Nogueira</b>
CN 152f	<b>2003-02-19 Nationalité. Prof Fernando Mariño, Rapport</b>
CN 153f	<b>2003-02-20 Le transfert des actions de CPP SA. Opinion de Me Victor Araya</b>
CN 154f	<b>2003-02-23 Demande incident des Demandeur·es</b>
CN 155f	<b>2003-02-23 RÉPLIQUE des Demandeur·es sur la compétence et le fond</b>
CN 156f	<b>2003-02-23 Table des annexes produites par le Chili en 2001-2003 dont les Demandeur·es ont fait objection</b>
CN 157	<b>2003-05-03 Audience sur la compétence et le fond, transcription français (1)</b>
CN 158	<b>2003-05-04 Audience sur la compétence et le fond, transcription français (2)</b>
CN 159	<b>2003-05-05 Audience sur la compétence et le fond, transcription français (3)</b>
CN 160f	<b>2003-05-05 Chronologie portant sur le fond et la compétence -pièce D21</b>
CN 161f	<b>2003-05-05 Dossier de plaidoirie des Demandeur·es des audiences du 3 au 5 mai 2003</b>
CN 162f	<b>2003-05-16 Ordonnance de Procédure N° 12</b>
CN 164	<b>2004-01-21 Confiscation -Sentence de la Cour Suprême du Chili: nullité de droit public du décret confiscatoire de Radio du Sud Société Ltée adopté en application du Décret 77 de 1973. Doctrine en vigueur</b>
CN 165f	<b>2004-08-31 Les Demandeur·es sollicitent connaître la date de la communication de la Sentence arbitrale</b>
CN 167	<b>2005 Nationalité -Cámara de Diputados de Chile: REFORMAS CONSTITUCIONALES</b>
CN 168	<b>2005 Nationalité- NOGUEIRA (H) Consideraciones sobre la reforma de 2005 respecto del Capítulo II de la Constitución</b>
CN 169	<b>2005 Nationalité- Senat du Chili -Antecedentes de la reforma constitucional de 2005</b>
CN 170	<b>2005 Nacionalidad- Senado Chile Historia y tramitación. Reformas</b>
CN 171	<b>2005-06 Final draft of the award of the President of the Tribunal (déposé au Centre en juin 2005)</b>
CN 172f	<b>2005-08-23 (Coup 1) Récusation du Tribunal arbitral par le Chili fondée sur une prétendue «incapacité» de ses membres. Le Chili n'y dévoile pas qu'il connaît le projet de sentence</b>

CN 173f	<b>2005-08-26 (Coup 2)</b> M. Leoro fait connaître au Centre qu'il démissionne. Il ne dévoile pas qu'il a communiqué au Chili le contenu du projet de sentence
CN 174f	<b>2005-09-02</b> Lettre du Président Lalive au Secrétaire Général du CIRDI s'opposant tant à la récusation du Tribunal qu'à la démission de M. Leoro. Il indique que « <i>tout se passe comme si la République du Chili avait été informée du contenu du projet de Sentence</i> »
CN 175f	<b>2005-09-05</b> Les Demandées formulent leur opposition à la démission de M. Leoro et au renversement du Tribunal arbitral
CN 176f	<b>2005-09-06 (Coup 3)</b> Lettre de M Leoro au CIRDI. Aucune indication sur le fait qu'il a informé le Chili du contenu du projet de sentence du Tribunal, qui demeure occulté aux autres membres du Tribunal et aux Demandées
CN 177f	<b>2005-09-08</b> Communication du Sec. Général du CIRDI relative des sujets évoqués pendant sa réunion <i>ex parte</i> du 2 septembre avec une haute délégation du Chili, en omettant que le Chili y avait indiqué avoir connaissance du contenu du projet de sentence déposé par le Président du Tribunal
CN 177 bisf	<b>2005-09-11</b> Les Demandées sollicitent que le CIRDI respecte les articles 57-58 de la Convention et les Règles d'arbitrage 9, 8(2) et 10(1)
CN 178	<b>2005-09-08</b> Nationalité- Judgment Case <i>Yean and Bosico Children v Dominican Republic</i> - Inter American Court of Human Rights. Un Etat membre de cette Convention ne peut interdire à une personne changer sa nationalité
CN 178 bis	<b>2005-09-14</b> Réponse du CIRDI à la lettre des Demandées du 8-09-2005
CN 179f	<b>2005-09-16 (Coup 4)</b> Lettre du Ministre de l'Economie du Chili au Secrétaire Général. Elle omet que le Chili a connaissance du contenu du projet de sentence
CN 180f	<b>2005-09-19</b> Mémorandum des Demandées relatif à la mauvaise foi du Chili
CN 180 bisf	<b>2005-09-19</b> Les Demandées sollicitent que le CIRDI applique l'article 48(1) de la Convention et qu'il rejette la récusation du Tribunal arbitral
CN 180 terf	<b>2005-09-30</b> Les Demandées développent leur opposition à la récusation du Tribunal arbitral
CN 181f	<b>2005-10-04</b> Lettre du Président Lalive au Président du Conseil Administratif du CIRDI, rejetant la demande de récusation du Tribunal. La rupture de la confidentialité du délibéré demeure occultée aux Demandées et à la majorité du Tribunal arbitral
CN 182f	<b>2005-10-07 (Coup 5)</b> M Leoro au Président du Conseil Administratif. Il continue à occulter qu'il a dévoilé au Chili le contenu du projet de sentence

CN 183f	<b>2005-10-07</b> Juge Bedjaoui au Secrétaire Général s'opposant à la demande de récusation du Tribunal et à la démission de M. Leoro. L'ancien Président de la Cour Internationale de Justice demande de communiquer au Tribunal et à toutes les parties le contenu de la réunion ex parte avec le Chili le 2 septembre
CN 184f	<b>2005-10-23 (Coup 6)</b> M Leoro au Président du Conseil Administratif. Il continue à occulter qu'il a dévoilé le contenu du projet de sentence
CN 185f	<b>2005-11-08 (Coup 7)</b> Ministre de l'Economie au Sec Général du CIRDI. Il omet que le Chili a connaissance du contenu du projet de sentence. La rupture de la confidentialité du délibéré demeure occultée aux Demandées et à la majorité du Tribunal arbitral.
CN 186f	<b>2005-11-17</b> Observations du Président Lalive au Président du Conseil Administratif sur les affirmations de M. Leoro et des conseils du Chili dans leurs courriers des 23 octobre et 17 novembre 2005. Il continue à ne pas être informé de la rupture par le Chili et M. Leoro de la confidentialité du délibéré
CN 187f	<b>2005-11-28</b> Observations du Juge Bedjaoui sur les affirmations de M. Leoro et des conseils du Chili dans leurs courriers des 23 octobre et 17 novembre 2005. Il continue à ne pas être mis au courant de la violation du secret du délibéré
CN 188f	<b>2005-12-02</b> Le Secrétaire Général répond au Juge Bedjaoui du 7 octobre que lors de la réunion <i>ex parte</i> du 2 septembre 2005 la Haute Délégation du Chili avait affirmé que M. Leoro lui avait fait part de la teneur des réunions de travail à huis clos du Tribunal arbitral et du contenu du projet de sentence déposé au CIRDI
CN 189f	<b>2005-12-05</b> Prof. Lalive au Sec Général du CIRDI : aucune Sentence n'avait été adoptée en 2004
CN 190f	<b>2005-12-07</b> Commentaires du Juge Bedjaoui concernant les affirmations de M. Leoro au sujet du travail du Tribunal arbitral à huis clos
CN 191f	<b>2005-12-16 (Coup 7)</b> Ministre de l'Economie au Secrétaire Général : il reconnaît que M. Leoro avait communiqué au Chili le contenu du projet de sentence du Tribunal
CN 192f	<b>2005-12-16 (Coup 8)</b> M Leoro au Sec. Général du CIRDI : il reconnaît qu'il avait communiqué au Chili le contenu du projet de sentence du Tribunal
CN 193f	<b>2005-12-22 (Coup 9)</b> Ministère d'Economie au Sec. Général du CIRDI
CN 194f	<b>2006-01-02</b> Commentaires du Juge Bedjaoui sur les lettres du Chili et de M. Leoro
CN 195f	<b>2006-01-15 (Coup 10)</b> M Leoro au Sec. Général du CIRDI
CN 196f	<b>2006-01-19</b> Juge Bedjaoui au Secrétaire Général du CIRDI
CN 197f	<b>2006-01-23</b> La recommandation du Sec. Général du CIRDI au Président du Conseil Administratif est imminente

CN 198f	<b>2006-02-13 Communication du Sec. Général <i>ad interim</i> du CIRDI</b>
CN 199f	<b>2006-02-21 Le Tribunal est renversé</b>
CN 200	<b>2006-03-02 Claimants letter to the President of the Administrative Council</b>
CN 200 bis f	<b>2006-03-07 Réponse du Secrétaire Général <i>ad interim</i> du CIRDI à la lettre des Demandederesses du 02-03-2006</b>
CN 201f	<b>2006-03-20 La récusation n'a pas respecté le <i>due process</i></b>
CN 202 bisf	<b>2006-03-22- Réponse du CIRDI aux Demandederesses</b>
CN 203f	<b>2006-04-25 Le Tribunal reprouve la démission de l'arbitre M Leoro</b>
CN 204a	<b>2006-05-26 (Coup 11) Le Chili récuse le Prof Brigitte Stern</b>
CN 204e	<b>2006-05-26 Les Demandederesses formulent opposition à la récusation du Prof. Stern</b>
CN 205	<b>2006-05-30 Claimants reject Prof Stern's disqualification by Chile</b>
CN 206	<b>2006-06-29 Claimants reject Prof Gaillard's disqualification by Chile</b>
CN 207	<b>2006-07-03 Claimants oppose Prof Gaillard disqualification by Chile</b>
CN 208f	<b>2006-10-24 Ordonnance de Procédure N° 13</b>
CN 209f	<b>2006-11-22 Ordonnance de Procédure N° 14</b>
CN 210	<b>2006 Nationalité. Réforme constitutionnelle de 2005. Opinion des prof. Aviles, Quinzio Figueroedo y Rivera Neumann</b>
CN 211	<b>2007-01-12 L'audience du 15 janvier et l'intervention du Président de la Cour Constitutionnelle du Chili</b>
CN 212f	<b>2007-01-15 Nationalité et Constitutions du Chili : 1925-1980-1989-2005</b>
CN 213	<b>2007-01-15 Audience du 15 janvier 2007, transcription</b>
CN 214	<b>2007-01-16 Audience du 16 janvier 2007, transcription</b>
CN 215f	<b>2007-07-18 Décision 43- Le Tribunal demande aux parties les montants alloués par le Chili</b>
CN 216f	<b>2007-07-19 Décision 43- Les Demandederesses communiquent les montants alloués par le Chili</b>

CN 217	<b>2007-07-20 Décision 43- Le Chili se réserve le droit de réponse en ce qui concerne le montant versé</b>
CN 218f	<b>2007-10-03 Décision 43- Le Tribunal accorde un nouveau délai au Chili pour commenter le calcul des Demandeuresses du montant de l'indemnisation versée</b>
CN 219	<b>2007-10-18 Décision 43- La Défenderesse communique l'indemnisation accordée</b>
CN 219bis	<b>2007-10-24 Décision 43- Le Chili demande un Nouveau délai pour produire les justificatifs du montant officiel de l'indemnisation accordée</b>
CN 220f	<b>2007-10-29 Décision 43- Les Demandeuresses expriment leurs réserves aux montants que la Défenderesse a attribué le 18-10-07</b>
CN 221	<b>2007-11-10 Décision 43- La Défenderesse communique les montants officiellement alloués par le Chili</b>
CN 222	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 01 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 223	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 02 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 224	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 12 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 225	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 13 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 226	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 14 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 227	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 15 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 228	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 16 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 229	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 17 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 230	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 05 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 231	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 11 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 232	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 18 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demandeuresses affirment avoir payé le Chili</b>

CN 233	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 03 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demanderoresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 234	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 04 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demanderoresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 235	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 06 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demanderoresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 236	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 07 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demanderoresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 237	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 08 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demanderoresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 238	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 09 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demanderoresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 239	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 10 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demanderoresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 240	<b>2007-11-10 Décision 43- Document 19 de la Défenderesse à l'appui de son objection au montant que les Demanderoresses affirment avoir payé le Chili</b>
CN 240 bisf	<b>2007-11-09 Décision 43- La Défenderesse réplique à l'objection des Demanderoresses du 29 octobre à propos du montant de l'indemnisation versée</b>
CN 241	<b>2008-05-08 Sentence arbitrale</b>
CN 242	<b>2008-05-09 Chili- Ministère de l'Economie-Résolution portant sur la correction et les erreurs d'écriture et numériques des Décrets du Président du Chili</b>
CN 243	<b>2008-05-26 Victor Pey demande un permis de séjour au Chili</b>
CN 244	<b>2008-06-02 Demande de révision de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008</b>
CN 245	<b>2008-11-03 Procédure de révision- Réplique des Demanderoresses à la Réponse du Chili</b>
CN 246	<b>2009-03-10 Procédure de révision- Audience, transcription</b>
CN 247	<b>2009-03-11 Procédure de révision- Audience, transcription</b>
CN 248f	<b>2009-05-25 Arrêt Cour Suprême du Chili- Application directe du Droit International coutumier (extraits en français). Doctrine en vigueur</b>
CN 248	<b>2009-05-25 Arrêt Cour Suprême du Chili- Application directe du Droit International coutumier (texte complet en espagnol)</b>
CN 249f	<b>2009-11-18 Procédure de révision- Décision sur la Demande en révision de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Fr.)</b>

<b>CN 250</b>	<b>2010-05-04 Procédure de nullité -<i>Decision on Admissibility</i> de la Requête d'annulation de la Sentence arbitrale</b>
<b>CN 251</b>	<b>2010-06-07 Procédure de nullité - 1ère désignation par l'Agent du Chili de ses représentants dans la procédure de nullité</b>
<b>CN 252</b>	<b>2010-06-07 Procédure de nullité – Complément à la 1<sup>ère</sup> désignation des représentants du Chili dans la procédure de nullité</b>
<b>CN 253</b>	<b>Nationalité- Carol BATCHELOR (Conseil Juridique des NN.UU. en matière d'apatriodie et questions relatives à la nationalité, Haut Commissaire des NN.UU. pour les Réfugiés) : « <i>Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status</i> », International Journal of Refugee Law, vol. 10, num. 1/2, 1998</b>
<b>CN 254f</b>	<b>Nationalité de M Pey -DOMICILE LEGAL, RÉSIDENCE et PASSEPORTS</b>
<b>CN 255</b>	<b>Nationalité-Registre de l'état Civil - Loi du Chili</b>
<b>CN 256</b>	<b>Nationalité- Registre de l'état Civil-Loi et Règlement de l'Espagne</b>