

Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

CIRDI

Washington D.C.

dans la procédure

VICTOR PEY CASADO ET FONDATION « PRESIDENTE ALLENDE »
(Parties demanderesse)

contre

REPUBLIQUE DU CHILI
(Partie défenderesse)

Aff. CIRDI N° ARB/98/2

SENTENCE ARBITRALE

Membres du Tribunal

M. le Professeur Pierre Lalive, Président
Maître Mohammed Chemloul, Arbitre
M. le Professeur Emmanuel Gaillard, Arbitre

Secrétaires du Tribunal

Mme Gabriela Alvarez-Avila / Mme Eloïse Obadia

Date d'envoi aux parties : 8 mai 2008

CONSEILS

Pour les demanderesse :

Dr. Juan E. Garcés, Cabinet Garcés y Prada, Abogados, Madrid, Espagne,

avec la coopération de :

Me Carole Malinvaud et Me Alexandra Muñoz, Cabinet Gide, Loyrette, Nouel, Paris, France,

Me Samuel Buffone, Cabinet Ropes & Grey, Washington D.C., Etats-Unis, et

M. William W. Park, Professeur de Droit, Boston University, Etats-Unis.

Pour la défenderesse :

M. Eduardo Escalona Vásquez – Chef de la Division juridique, Ministère de l'économie, du développement et de la reconstruction, République du Chili,

M. Eduardo Bobadilla Brinkmann, M. Nicolás Muñoz Montes et M. Diego Rioseco Antezana – Programme de défense des arbitrages relatifs aux investissements étrangers, Ministère de l'économie, du développement et de la reconstruction, République du Chili,

M. Jorge Carey Tagle et M. Gonzalo Fernández Ruiz, Carey & Cía. Ltda. Abogados, Santiago du Chili, République du Chili,

M. Paolo Di Rosa, Arnold & Porter LLP, Washington D.C., Etats-Unis.

TABLE DES MATIERES

I. INTRODUCTION	7
II. PROCEDURE	7
III. EXPOSE DES FAITS.....	19
A. Les faits concernant l’investissement et la confiscation des biens en question	20
B. Les faits concernant la nationalité de M. Pey Casado et de la Fondation Allende	26
IV. COMPETENCE DU CENTRE ET DU TRIBUNAL POUR CONNAITRE DE LA DEMANDE DE M. PEY CASADO.....	33
A. La condition d’investissement au sens de la Convention CIRDI.....	36
1. Position des parties.....	36
a) Position de la défenderesse.....	36
b) Position des demanderesses.....	46
2. Conclusions du Tribunal	56
a) M. Pey Casado a fait l’acquisition des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda.....	57
b) L’acquisition des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda satisfait la condition d’investissement au sens de la Convention CIRDI	74
B. La condition de nationalité au sens de la Convention CIRDI.....	78
1. Le droit applicable à la question de la nationalité.....	81
2. L’argument de la privation de la nationalité chilienne	84
a) Position des parties	84
b) Conclusions du Tribunal.....	86
3. La nationalité de M. Pey Casado entre 1974 et 1996.....	89
4. L’argument de la renonciation à la nationalité chilienne.....	93
a) Position des parties	96
b) Conclusions du Tribunal.....	99
C. La condition de consentement.....	105
1. La condition d’investissement au sens de l’API.....	105
a) Position des parties	106
i. Position de la défenderesse.....	106
ii. Position des demanderesses.....	112
b) Conclusions du Tribunal.....	118
2. La condition de nationalité au sens de l’API	132
3. La condition d’application <i>ratione temporis</i> de l’API.....	134
a) L’investissement effectué en 1972 par M. Pey Casado est-il couvert par l’API ?	138

b) Les différends invoqués par les parties demandereses sont-ils couverts par l'API ?	138
i. Le différend de 1995	139
ii. Le différend de 2000	144
iii. Le différend de 2002	146
4. L'option irrévocable (<i>fork-in-the-road</i>)	152
a) La position des parties	152
i. La position de la défenderesse.....	152
ii. La position des demandereses.....	154
b) Conclusions du Tribunal.....	156
i. Exclusion de la rotative Goss du champ des demandes présentées dans l'arbitrage	157
ii. La demande fondée sur le déni de justice ne se heurte pas à l'option irrévocable car ce n'est pas, par définition, ce qui était demandé aux juridictions locales.....	159
D. Conclusion	160
V. LA COMPETENCE DU CENTRE ET DU TRIBUNAL POUR CONNAITRE DE LA DEMANDE DE LA FONDATION PRESIDENTE ALLENDE	161
A. Résumé des faits.....	161
B. En Droit.....	164
1. La condition d'investissement au sens de la Convention CIRDI.....	164
a) La validité de la cession en faveur de la Fondation Presidente Allende	165
i. Positions des parties	165
ii. Conclusions du Tribunal.....	167
b) Les effets de la cession sur la question de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral.....	169
i. Positions de parties	169
ii. Conclusions du Tribunal.....	171
2. La condition de nationalité au sens de la Convention CIRDI.....	174
3. La condition de consentement.....	177
a) La condition d'investissement au sens de l'API.....	178
b) La condition de nationalité au sens de l'API.....	179
c) La condition d'application <i>ratione temporis</i> de l'API.....	180
4. Conclusion	181
VI. LES FINS DE NON-RECEVOIR - L'ABSENCE ALLEGUEE DE CONSULTATIONS AMIABLES DE LA PART DE LA FONDATION PRESIDENTE ALLENDE.....	182
VII. RESPONSABILITE DE L'ETAT POUR LES VIOLATIONS DE L'API.....	183
A. Application dans le temps des dispositions de fond de l'API.....	184

1. La survenance d'une controverse postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API suffit-elle pour que les dispositions de fond de ce dernier s'appliquent rétroactivement à la cause ?	184
a) Position des parties	184
b) Conclusions du Tribunal.....	185
2. Les violations alléguées antérieures à l'entrée en vigueur de l'API constituent-elles un fait illicite continu ou des éléments d'un fait illicite composite auxquels les dispositions de fond de ce traité sont applicables ?	188
a) Rappel des faits pertinents	188
b) Position des parties	192
c) Conclusions du Tribunal.....	194
i. Les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables <i>ratione temporis</i> à l'expropriation prononcée par le décret n° 165 du 10 février 1975	194
ii. Les dispositions de fond de l'API sont applicables à la Décision n°43 du 28 avril 2000.....	198
iii. Les dispositions de fond du traité sont applicables au déni de justice allégué.....	201
B. Le bien-fondé des violations alléguées	202
1. Rappel des faits	202
a) Décision n°43 - Indemnisation de personnes non-propriétaires.....	203
b) L'absence de décision concernant la rotative Goss.....	203
2. Positions des parties	204
a) Position des demandresses.....	204
b) Position de la défenderesse.....	207
3. Conclusions du Tribunal	208
VIII. DOMMAGES	217
A. Le dommage souffert par les parties demandresses	218
1. Position des demandresses	218
2. Position de la défenderesse	219
3. Conclusions du Tribunal arbitral.....	220
B. Intérêts.....	224
1. Position des parties.....	224
2. Conclusions du Tribunal	225
C. Conclusion sur les dommages et intérêts	227
IX. COÛTS DE LA PROCÉDURE	228
A. Position des parties.....	228

B. Conclusions du Tribunal	229
X. DISPOSITIF.....	232

I. INTRODUCTION

1. Le présent litige oppose deux parties demanderesses, M. Pey Casado, se présentant comme ressortissant espagnol, et la Fondation espagnole Président Allende, d'une part, et la République du Chili, défenderesse (et partie demanderesse à l'exception d'incompétence) d'autre part.
2. L'instance a été introduite par les parties demanderesses sur le fondement de la Convention de Washington de 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (ci-après la « *Convention CIRDI* »), ratifiée par le Chili le 24 septembre 1991 et par l'Espagne le 18 août 1994, et de l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la Protection et la Promotion Réciproque des Investissements, signé le 2 octobre 1991 et entré en vigueur le 29 mars 1994 (ci-après « *l'API Espagne-Chili* » ou « *l'API* »).
3. Le litige concerne essentiellement les conséquences de la confiscation, par le Gouvernement chilien, des biens des sociétés Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (ci-après « *CPP S.A.* ») et Entreprise Périodique Clarin Ltda (ci-après « *EPC Ltda* ») dont les demanderesses se prétendent propriétaires. Les faits de la cause feront l'objet plus loin d'un résumé sommaire et résulteront ensuite de l'exposé et de la discussion des thèses respectives des parties.

II. PROCEDURE

4. Le litige a donné lieu entre les parties à une procédure arbitrale exceptionnellement longue et complexe, en deux langues, le français et l'espagnol, procédure dont les principales étapes peuvent être résumées comme suit :
5. Le 2 octobre 1997, M. Pey Casado a donné son consentement à l'arbitrage CIRDI (à l'exclusion de ce qui concernait un litige spécifique relatif à une rotative, qui sera désignée

dans la présente sentence comme la rotative Goss) et le 6 octobre 1997, la Fondation Président Allende a consenti à l'arbitrage.¹

6. Le 3 novembre 1997, les deux demanderesses ont déposé auprès du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (ci-après « *le Centre* » ou « *le CIRDI* ») une requête d'arbitrage contre la République du Chili. Cette requête d'arbitrage tendait à ce que :

« le Centre...

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

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

- déclare illégitime et contraire au Droit International la saisie et la confiscation de l'investissement réalisé par le citoyen espagnol, Monsieur Victor Pey Casado,

- condamne la République du Chili à payer des dommages et intérêts pour un montant minimum de US\$ 500,822,969, ainsi qu'au paiement des intérêts à partir de la date de la sentence arbitrale, des honoraires et frais d'arbitrage, des honoraires professionnels,

*- y adjoigne toute autre condamnation que le Centre estimerait juste et équitable ».*²

7. Le 6 novembre 1997, le Centre a accusé réception de la requête d'arbitrage et, conformément à l'article 36 (1) de la Convention CIRDI, a transmis une copie de la requête à la République du Chili.
8. Le 20 avril 1998, le Secrétaire général du CIRDI, en dépit de l'opposition de la République du Chili, a procédé à l'enregistrement de la requête d'arbitrage conformément à l'article 36 (3) de la Convention CIRDI et a notifié cet enregistrement le même jour aux parties.

¹ Annexes 10 et 2, respectivement, de la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

² Requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 10.

9. Le 14 septembre 1998, le Tribunal arbitral a été constitué, conformément à l'article 37 (2)(b) de la Convention CIRDI, de Monsieur le Juge Mohammed Bedjaoui, désigné par les parties demanderesses, de M. Jorge Witker Velásquez, désigné par la défenderesse, et de Monsieur le Juge Francisco Rezek, appelé à la présidence du Tribunal, désigné par le Président du Conseil administratif. Le 18 novembre 1998, l'Ambassadeur Galo Leoro Franco (Équateur) a été appelé à remplacer l'Arbitre Witker Velásquez qui avait donné sa démission le 21 octobre 1998. Conformément à l'article 25 du Règlement administratif et financier, M. Gonzalo Flores a été nommé secrétaire du Tribunal.
10. Le 1^{er} février 1999, la défenderesse a communiqué au Secrétaire général du CIRDI une lettre objectant à la compétence du Centre et du Tribunal arbitral et sollicitant ce dernier de fixer des délais pour le dépôt par les parties des écritures relatives aux objections préliminaires à la compétence.
11. Le Tribunal a tenu sa première session avec les parties le 2 février 1999 au siège de la Banque mondiale à Washington, D.C. Un calendrier a été fixé pour le dépôt d'écritures par les parties et, le 23 mars 1999, les demanderesses ont déposé un mémoire (daté du 17 mars), demandant au Tribunal arbitral de :

« [déclarer] 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 C.C.P. S.A. et de E.P.C. Ltée, ainsi que la dissolution de C.P.P. S.A. et de E.P.C. Ltée,

*- [condamner] l'Etat défendeur à indemniser en conséquence la Partie demanderesse eu égard à la totalité des biens confisqués, aux dommages et préjudices causés par les actes illégaux de force et de confiscation desdits biens, droits et crédits ainsi que de dissolution desdites Sociétés, y compris le *lucrum cessans*, et les intérêts capitalisés compensatoires à partir de la date de l'acte de force - le 11 septembre 1973- jusqu'à la date de la Sentence - et ce pour un montant minimum estimé provisoirement à la date du 11 septembre 1999, sauf erreur ou omission, à US\$ 515,193,400, auquel s'ajoute le dommage moral estimé selon les termes spécifiés au point 4.6.6.2 du présent Mémoire ;*

- [condamner] l'État défendeur à payer à la Demanderesse des intérêts moratoires calculés selon les mêmes termes que les intérêts compensatoires ou, subsidiatement, selon ce qui aura été fixé par le Tribunal à sa discrétion - à partir de la date de la Sentence et jusqu'à son accomplissement intégral ; et

- *[condamner] l'État défendeur à payer les frais de la procédure d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des Membres du Tribunal, les frais pour l'utilisation des installations du CIRDI, les frais de traduction, ainsi que les frais et honoraires professionnels de la présente Partie, des avocats, experts, et autres personnes appelées à comparaître devant le Tribunal, ou subsidiairement, les frais de procédure de la présente Partie,*
- *et à payer les sommes conformes à toutes autres condamnations que le Tribunal estimerait justes et équitables,*
- *et ordonner l'exécution provisoire de la Sentence à intervenir. »³*

12. Le 20 juillet 1999, la défenderesse a déposé un mémoire d'incompétence, affirmant notamment que :

- « 1) Monsieur Pey Casado a la nationalité chilienne ;*
- 2) l'Accord pour la Protection et le Développement Réciproque des Investissements (A.P.P.I.) invoqué n'a pas d'effet rétroactif et ne peut donc pas s'appliquer pour résoudre des situations établies avant son entrée en vigueur ;*
- 3) Les actifs réclamés ne constituent pas un investissement étranger ;*
- 4) La Fondation « Président Allende » n'a pas soutenu les consultations amiables exigées dans ledit Accord ;*
- 5) Les Réclamants (Parties demanderesses) ont opté pour la juridiction chilienne en renonçant par conséquent, à la juridiction internationale ; et finalement,*
- 6) L'Etat du Chili n'a jamais donné son consentement pour que cette controverse puisse être soumise à la connaissance d'un Tribunal du CIRDI ».⁴*

13. La défenderesse concluait en demandant au Tribunal de déclarer que le différend « excède manifestement la compétence du Centre » et était hors de la juridiction de ce dernier et qu'il n'existait pas de motif plausible justifiant la présente instance, d'où résultait notamment que les parties demanderesses devaient être condamnées aux dépens.⁵

³ Mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, pp. 86-87.

⁴ Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 155.

⁵ Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 156.

14. Le 13 septembre 1999, la défenderesse a déposé une requête de mesures provisoires aux fins de voir garantir la solvabilité des parties demanderesse pour couvrir le cas échéant les frais et dépens découlant de la procédure arbitrale.

15. Le 6 octobre 1999, les demanderesse ont déposé une « *réponse au mémoire soutenant l'incompétence* » (datée du 18 septembre 1999), demandant au Tribunal arbitral de :

« [Rejeter] intégralement la question de compétence soulevée par la République du Chili,

[Déclarer] pleinement dans le champ de sa juridiction le fait de connaître et de juger le différend juridique qui lui est posé ; et

*[Disposer] la poursuite de la procédure, avec la condamnation aux frais de cet incident ».*⁶

16. Le 3 janvier 2000, la défenderesse a déposé son « *mémoire en réplique sur l'incompétence* » (daté du 27 décembre 1999), reprenant les conclusions 1 à 6 précitées de son écriture du 20 juillet 1999, et concluant que :

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

17. Dans les mêmes écritures, la défenderesse a demandé au Tribunal arbitral de décliner sa compétence. Elle a déclaré en outre que le Gouvernement du Chili « *ne conteste pas qu'il doive payer une indemnisation pour les biens confisqués, raison pour laquelle il a édicté une loi spéciale. Dans le cas spécifique de la confiscation des actifs appartenant aux Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. et à la Empresa Periodística Clarín Ltda, l'État du Chili paiera l'indemnisation correspondante à ses propriétaires légitimes, conformément à une procédure qui se trouve actuellement bien avancée au bénéfice des affectés* ».⁸

⁶ Réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, p. 143.

⁷ Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 162.

⁸ *Id.*, p. 163.

18. Le 11 février 2000, les demanderesses ont déposé une « *réplique à la réponse soumise par la République du Chili au Contre-Mémoire réfutant le Déclinatoire de Compétence* » (datée du 7 février 2000), dans laquelle elles ont demandé au Tribunal de rejeter les objections de la défenderesse et de constater sa compétence pour connaître du présent litige.⁹
19. Du 3 au 5 mai 2000, le Tribunal arbitral a tenu des audiences sur la question de sa compétence à Washington DC.
20. A la suite de la démission du Juge Francisco Rezek, Président du Tribunal arbitral (survenue le 16 mars 2001 et effective dès le 13 mars), le Professeur Pierre Lalive (Suisse) a été nommé le 11 avril 2001 Président du Tribunal arbitral, lequel a été ainsi reconstitué (le Juge M. Bedjaoui et l'Ambassadeur G. Leoro Franco demeurant en leur qualité d'arbitres désignés respectivement par les parties). La procédure a repris. Le Secrétaire général du CIRDI a désigné Madame Gabriela Alvarez Avila comme Secrétaire du Tribunal en remplacement de M. Flores, ce dernier ayant entre-temps cessé temporairement ses fonctions au CIRDI.
21. Le 23 avril 2001, les demanderesses ont déposé une requête de mesures provisoires tendant à la suspension de la Décision ministérielle n°43 du Chili, datée du 28 avril 2000.
22. À la suite d'une audience tenue à Genève le 21 juin 2001, le Tribunal arbitral a rendu, le 25 septembre 2001, une décision sur les mesures provisoires sollicitées par les parties.¹⁰
23. Le 26 septembre 2001, le Tribunal arbitral a rendu une ordonnance de procédure datée du 25 septembre 2001 concernant la production de documents et l'organisation d'audiences sur la question de compétence.¹¹ Les parties ont déposé des notes et observations. Les demanderesses ont, en outre, déposé une requête tendant à la production de nouvelles

⁹ Réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 35.

¹⁰ Soit celles demandées par la défenderesse dans son mémoire d'incompétence et le 13 septembre 1999 « *tendant à obtenir une garantie suffisante pour couvrir les dépens auxquelles les Parties demanderesses pourraient éventuellement être condamnées* » et les mesures sollicitées par les demanderesses le 23 avril 2001. Cette décision a été publiée dans la revue du CIRDI (16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 567 (2001) pour la version en langue française et 16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 603 (2001) pour la version en langue espagnole).

¹¹ Ordonnance de procédure n°4-2001.

pièces. Les 29 et 30 octobre 2001, le Tribunal a tenu une audience sur la question de la compétence, après quoi les parties ont déposé un résumé de leur argumentation orale.

24. Le 8 mai 2002, le Tribunal arbitral, en application de l'article 41 de la Convention CIRDI, a décidé à l'unanimité « *de joindre au fond les exceptions d'incompétence soulevées par la République du Chili* », réservant la suite de la procédure.¹²
25. Le 10 mai 2002, le Tribunal a rendu une ordonnance de procédure établissant un calendrier pour le dépôt des écritures des parties et fixant la date des audiences sur la compétence et le fond.¹³ Ce calendrier a été modifié par la suite par les ordonnances de procédure n°6-2002 du 9 juillet 2002, n°8-2002 du 20 août 2002 et n°11-2002 du 12 décembre 2002.
26. Le 16 septembre 2002, les demanderesses ont déposé leur mémoire sur la compétence¹⁴ et le fond¹⁵ daté du 11 septembre 2002, concluant à ce que le Tribunal décide notamment que :

« - L'Investissement réalisé a été conforme à l'Accord API et à la législation chilienne,

- Monsieur Pey Casado satisfait les critères de nationalité prévus par la Convention de Washington,

*- la Fondation Espagnole est habilitée à agir ».*¹⁶

27. Confirmant leurs conclusions précédentes du 17 mars 1999, les demanderesses ont conclu en demandant que la défenderesse soit condamnée :

*« - 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 - le 11 septembre 1973 - jusqu'à la date de la Sentence - et ce pour un montant minimum estimé provisoirement à la date du 11 septembre 2002, sauf erreur ou omission, à US\$ 397,347,287 auxquels s'ajoutent les dommages moraux et non patrimoniaux infligés à Monsieur Victor Pey Casado selon l'estimation que le Tribunal jugera opportune,*

¹² Décision du 8 mai 2002, p. 51.

¹³ Ordonnance de procédure n°5-2002.

¹⁴ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002.

¹⁵ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002.

¹⁶ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 179.

- à payer aux Demandereses des intérêts moratoires à partir de la date du 11 septembre 2002 et jusqu'à son exécution intégrale ». ¹⁷

28. Le 8 octobre 2002, la défenderesse a déposé une requête tendant à ce que soient séparées les questions de responsabilité de celles des dommages et intérêts. Le Tribunal arbitral, par une ordonnance de procédure n°9-2002 du 3 décembre 2002, a rejeté cette requête.
29. Le 4 novembre 2002, les demanderesses ont déposé une demande complémentaire « relative à la compensation des dommages découlant de la saisie par les autorités chiliennes des presses Goss, confisquées par le Décret Suprême n°165 du 10 février 1975, que les parties demanderesses soumettent au Tribunal arbitral en conformité notamment de la clause de la nation la plus favorisée de l'API entre l'Espagne et le Chili, du 2 octobre 1991, qui lui permet d'invoquer également l'API conclu entre la Suisse et la République du Chili le 24 septembre 1999. » ¹⁸
30. Le 3 février 2003, la défenderesse a déposé un contre-mémoire sur le fond et la compétence, dans lequel il était demandé au Tribunal arbitral :

« 1) De rejeter l'action introduite devant le CIRDI par Monsieur Pey et la Fondation Président Allende pour défaut de compétence du Tribunal ;

2) Au cas où le Tribunal se déclarerait compétent de déclarer la République du Chili non responsable et de rejeter l'action ;

3) Au cas où le Tribunal se déclarerait compétent et qu'il déciderait que la République du Chili est responsable, de restreindre le montant des dommages-intérêts conformément à ce qui a été exposé dans le présent Mémoire et dans le Rapport de l'expert, Monsieur Kaczmarek, et

4) D'ordonner le paiement par les Demandereses des frais encourus par la République du Chili dans le cadre de la présente procédure d'arbitrage ». ¹⁹

31. Le 3 mars 2003, les demanderesses ont déposé leur réplique sur le fond et la compétence, datée du 23 février 2003, qui reprenait dans leur intégralité leurs demandes précédentes. ²⁰

¹⁷ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, pp. 152-153.

¹⁸ Demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002.

¹⁹ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 414.

²⁰ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 254.

Le 4 avril 2003, la défenderesse a déposé sa duplique sur le fond et la compétence, reprenant notamment sa requête du 3 février 2003.²¹

32. Enfin, du 5 au 7 mai 2003, le Tribunal arbitral a tenu des audiences orales à Washington D.C. au cours desquelles les parties ont exposé et développé leurs points de vue respectifs, ont répondu à diverses questions du Tribunal arbitral, et confirmé leurs écritures.²²
33. A la fin de l'audience du 7 mai 2003, le Président a précisé que le Tribunal se réservait, après avoir étudié l'ensemble des écritures, des documents et des plaidoiries respectives, de demander au besoin des compléments d'information, raison pour laquelle la procédure ne devait pas encore être considérée comme « *close* ». ²³
34. Au cours de l'été 2005, le Président rédigea un projet partiel de décision sur la compétence, dont il soumit le 3 juin le texte, confidentiel, aux autres membres du Tribunal pour une délibération prévue à New York le 19 septembre 2005.
35. Par lettre du 23 août 2005, la République du Chili a demandé la récusation des trois membres du Tribunal arbitral, dont l'un (l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, de nationalité équatorienne) donna sa démission par lettre du 26 août 2005, au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné. A la suite de cette démission, le Chili a retiré par écrit sa requête de récusation concernant ce dernier. La démission de Monsieur Leoro Franco, à la veille de la délibération du Tribunal fixée avec son accord, n'étant justifiée au regard d'aucun des motifs prévus aux articles 56 (3) de la Convention CIRDI et 8 (2) du Règlement d'arbitrage, elle n'a pas été acceptée par les deux autres membres du Tribunal arbitral, et le Président du Conseil administratif a été appelé à pourvoir à la vacance ainsi créée. C'est ce qu'il a fait en désignant M. Emmanuel Gaillard, professeur de droit et avocat à Paris.
36. Il est apparu par la suite, notamment après un entretien accordé par M. Robert Dañino, alors Secrétaire général du CIRDI, à une importante délégation chilienne sur la demande

²¹ Réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, p. 65-69.

²² Transcription de l'audience du 5 au 7 mai 2003 à Washington D.C.

²³ Au sens de l'article 46 du règlement d'arbitrage CIRDI ; v. la transcription de l'audience du 5 au 7 mai 2003, p. 625.

de cette dernière, que la récusation demandée par le défendeur à la veille de la délibération prévue par le Tribunal arbitral était motivée en réalité par la connaissance du projet de décision partielle proposé par le Président, projet interne que l'Arbitre Leoro Franco avait cru pouvoir communiquer à la partie qui l'avait désigné, au mépris de l'obligation, incontestée, de la confidentialité des documents de travail du Tribunal et du secret des délibérations.

37. L'existence de cette violation n'est pas contestée, mais au contraire reconnue par la défenderesse. Le doute subsiste seulement sur la question de savoir qui en a pris l'initiative mais il n'incombe pas au présent Tribunal arbitral de se prononcer à ce sujet, malgré les protestations et demandes présentées au CIRDI par les demanderesses.
38. En ce qui concerne les récusations formées par la défenderesse contre les deux arbitres restants, elles étaient fondées, quant à Monsieur Bedjaoui, sur sa qualité de Ministre des Affaires étrangères de la République algérienne et, quant au Président, sur de prétendues lenteurs de la procédure arbitrale et des craintes alléguées concernant son état de santé (article 57 et 14 de la Convention CIRDI).
39. Le Président du Conseil administratif, compétent en la matière,²⁴ a préféré (peut-être compte tenu de l'entretien accordé à ce sujet à l'une des parties par le Secrétaire général du CIRDI alors en exercice) s'en rapporter aux recommandations du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage à La Haye. Il en est résulté le rejet de la récusation du Président mais en même temps l'admission de la récusation de Monsieur Bedjaoui. Celui-ci a été remplacé par un avocat algérien choisi par les demanderesses, Me Mohammed Chemloul.
40. Le Tribunal arbitral dûment reconstitué,²⁵ s'est réuni à Genève en juillet 2006 pour une première session de travail et a adopté un calendrier préliminaire, tenant compte du temps nécessaire aux deux nouveaux arbitres pour étudier un volumineux dossier.

²⁴ V. l'article 58 de la Convention CIRDI.

²⁵ Cf. lettre du 14 juillet 2006 du Secrétariat du CIRDI.

41. Après des échanges de vues avec les parties, en août et septembre 2006, quant à l'opportunité et au sujet d'une nouvelle audience, le Tribunal a pris diverses décisions procédurales.
42. Tout d'abord, il a estimé « *désirable, vu la composition renouvelée du Tribunal arbitral et l'article 12 du Règlement, d'offrir aux deux parties la faculté de s'exprimer oralement - une réouverture de la procédure écrite étant exclue - sur un certain nombre de points* ». ²⁶
43. Enfin, il s'est « *préoccupé des conséquences possibles de l'inégalité procédurale insolite résultant du fait que l'une des Parties, et non l'autre, a eu connaissance du projet de sentence préparé par le Président et destiné à une délibération qui devait avoir lieu à New York en septembre 2005* ». Il a donc décidé de communiquer officiellement ce projet, à titre de document de travail, « *afin de préserver les principes supérieurs de l'égalité des parties et du respect du contradictoire* », étant entendu que « *cette communication ne préjuge en rien l'issue du délibéré à venir* ». ²⁷
44. Le 2 octobre 2006, le Tribunal a communiqué les questions sur lesquelles devait porter l'exposé oral éventuellement souhaité par les parties lors d'une prochaine audience.
45. Par ordonnance de procédure n°13 du 24 octobre 2006, le Tribunal arbitral a fixé au 15 et 16 janvier 2007 la tenue de ladite audience, prévue à Paris dans les locaux de la Banque mondiale.
46. Par une lettre-mémoire du 8 novembre 2006, la défenderesse a demandé au Tribunal de « *reconsidérer sa décision de ne pas autoriser une quelconque soumission écrite* » et de « *limiter l'ordre du jour de l'audience aux seules questions communiquées aux Parties le 2 octobre 2006* ».
47. Dans une lettre complémentaire du 17 novembre 2006, les conseils de la défenderesse ont repris et développé des arguments analogues et critiqué le contenu et la forme de l'ordonnance de procédure n°13/2006.

²⁶ Lettre aux parties du 13 septembre 2006.

²⁷ *Id.*

48. Par ordonnance de procédure n°14/2006, le Tribunal arbitral a rejeté les conclusions de la défenderesse et maintenu les termes de l'ordonnance n°13, non sans relever un certain nombre de malentendus et erreurs commis par cette partie dans ses communications précédentes, en particulier quant à la confidentialité et au secret des délibérations.
49. Par lettre du 15 décembre 2006, la République du Chili a énoncé et récapitulé ses diverses objections à certains des considérants contenus dans les ordonnances de procédure n°13 et n°14.
50. Les audiences fixées par le Tribunal arbitral se sont déroulées comme prévu, sans incident, les 15 et 16 janvier 2007 à Paris, au siège de la Banque mondiale. Une transcription en espagnol et en français des exposés respectifs des questions posées par le Tribunal et des réponses données, a été remise comme convenu aux parties.
51. Par lettre du 18 juillet 2007, le Tribunal arbitral a invité les parties à lui communiquer les documents qui lui permettraient de prendre connaissance des montants précis alloués aux bénéficiaires de la Décision n°43 adoptée par le Ministère chilien des biens nationaux le 28 avril 2000, invitation à laquelle les demanderesse ont répondu par une lettre en date du 19 juillet 2007. En l'absence de réponse de la part de la défenderesse, le Tribunal arbitral, par une lettre en date du 3 octobre 2007, a réitéré son invitation à la défenderesse de se prononcer, si elle le souhaitait, sur la position des demanderesse concernant les montants alloués aux bénéficiaires de la Décision n°43. La défenderesse a répondu à cette invitation par lettre du 18 octobre 2007, concernant laquelle les demanderesse ont formulé des remarques supplémentaires dans une lettre en date du 29 octobre 2007. La défenderesse, elle, a formulé des commentaires additionnels par lettre reçue le 9 novembre 2007 (mais erronément datée du 18 octobre 2007).
52. Par lettre du 24 août 2007, la défenderesse a envoyé au Tribunal arbitral copies de deux décisions récentes rendues dans des affaires CIRDI, demandant que le Tribunal arbitral les considère lors de ses délibérations. Les demanderesse, par lettre en date du 31 août 2007, ont demandé que le Tribunal arbitral « *rejette ces documents des débats en ce qu'ils ont été communiqués hors délai, en violation de la règle qui avait été édictée par le Tribunal selon laquelle aucune pièce ne pourrait plus être communiquée par les Parties sauf demande expresse du tribunal.* » Le Tribunal arbitral a décidé, à l'unanimité, de confirmer sa

décision antérieure d'exclure la réouverture de la procédure écrite. Par lettre du 3 octobre 2007, il a informé les parties, qu'il « *s'est tenu et se tient bien entendu au courant des développements 'jurisprudentiels' ou doctrinaux survenus depuis la dernière audience, de janvier 2007, et [qu'il] estime dès lors superflu et inopportun d'autoriser de nouvelles productions ou commentaires.* »

53. Finalement, par une autre lettre en date du 3 octobre 2007, le Tribunal arbitral a invité les parties à communiquer le montant de leurs coûts et dépens, en ce compris les honoraires de conseils et autres frais exposés dans le présent arbitrage, accompagné de justificatifs. Les parties ont répondu à cette invitation par leurs lettres du 23 octobre 2007 (pour les demanderesses) et du 3 novembre 2007 (pour la défenderesse), adressées par le Secrétariat au Tribunal arbitral simultanément le 5 novembre 2007. Les demanderesses ont formulé des commentaires supplémentaires concernant les coûts et dépens par lettre en date du 7 novembre 2007, ainsi que l'a fait la défenderesse par lettre en date du 20 novembre 2007.
54. Sur le plan procédural, il y a lieu de noter que Mme Eloïse Obadia a été désignée comme Secrétaire du Tribunal en remplacement de Mme Alvarez-Avila à partir du 27 août 2007. En outre, le Tribunal arbitral a déclaré l'instance close le 31 janvier 2008, en application de l'article 38 du Règlement d'arbitrage. Du fait du dépôt tardif des traductions en français de certaines correspondances et documents produits par la défenderesse avant la clôture de l'instance, le Tribunal s'est vu dans l'obligation de proroger de 30 jours le délai de 60 jours prévu à l'article 46 du Règlement d'arbitrage pour rédiger et signer la sentence.

III. EXPOSE DES FAITS

55. Le présent litige présente en somme deux chronologies distinctes de faits pertinents ; la première concerne les faits relatifs aux investissements prétendument faits par les demanderesses, notamment l'achat des sociétés CPP S.A. et ECP Ltda, ainsi qu'aux développements menant à la confiscation de ces biens ; la deuxième concerne les faits sur la base desquels le Tribunal arbitral doit décider la question de la nationalité des parties demanderesses. Il convient, dans un souci de clarté, de résumer ces deux chronologies de faits séparément.

A. Les faits concernant l'investissement et la confiscation des biens en question

56. En résumant les faits concernant l'investissement allégué par les demanderesse, il convient d'abord de rappeler brièvement le cadre légal s'appliquant aux investissements au Chili dans les années 1960.
57. Le 30 mars 1960,²⁸ le décret chilien no 258 crée un statut de l'investissement et concerne « *les personnes qui apportent dans le pays de nouveaux capitaux, provenant de l'extérieur, dans le but d'initier, fortifier, élargir, améliorer ou rénover les activités productrices* ». Il est précisé que lesdites opérations concernant « *les apports auxquels fait référence le présent Décret ayant force de loi pourront seulement entrer : a) en devises et en crédits dûment qualifiés* ». Ce statut prévoit que le Président de l'État peut accorder diverses franchises aux investissements qui en respecteraient les dispositions.
58. Le 24 mai 1961, le Traité de Montevideo entre en vigueur au Chili de par le Décret no 269 ainsi qu'un Décret n°1272-1961, approuvé le 7 septembre 1961.²⁹
59. Le 3 août 1967, est créé le CPP S.A. avec un capital initial de 200'000 escudos, représenté par 40'000 actions. M. Dario Sainte-Marie est propriétaire de 93% des actions.³⁰
60. Le 4 septembre 1967 est approuvée la Loi 16643 qui restreint, dans certains secteurs de l'économie chilienne, dont la presse, la possibilité des investissements étrangers. L'article 5 de ladite loi prévoit que les journaux doivent être la propriété de ressortissants chiliens ou d'une société dont la propriété doit être en mains chiliennes pour au moins 85%, sous peine d'amendes administratives.
61. Le 9 mai 1968, la société CPP S.A. acquiert les 95,5% du capital de la société EPC Ltda, société éditrice du journal « *El Clarin* » fondée par M. Sainte-Marie en 1955. Le Directeur

²⁸ Publié le 4 avril 1960.

²⁹ Publié au Journal officiel le 11 novembre 1961.

³⁰ La décision du 8 mai 2002, p. 9 mentionne cependant un pourcentage de 99%, en raison semble-t-il d'une erreur de transcription.

de ce journal est M. Sainte-Marie. Il est assisté depuis 1957-1958 et, en particulier, en 1969-1970 par son ami, l'entrepreneur M. Pey Casado.³¹

62. Le 30 juillet 1969, a-t-il été allégué, l'Accord de Carthagène entre en vigueur au Chili de par le Décret n°428. L'année suivante, le 31 décembre 1970, la Commission de Carthagène approuve un « régime commun de traitement (consenti) aux capitaux étrangers et concernant les marques, brevets, licences et droits d'exploitation » ou « Décision 24 », dont il est allégué par la défenderesse qu'il est entré en vigueur au Chili par « Décret en réitération » (« Decreto de insistencia ») n°488, du 30 juin 1971, en dérogation au Décret n°258 de 1960.³² Quant aux parties demandereses, elles ont allégué que ce régime commun de traitement (consenti) aux capitaux étrangers n'avait pas été appliqué au Chili, en tout cas avant le 11 septembre 1973, et que l'investissement de M. Pey Casado était régi par les dispositions du Décret-loi 258/1960.³³
63. Il est allégué que M. Sainte-Marie, en 1972, pour « des raisons strictement personnelles » et semble-t-il d'ordre familial³⁴ a décidé de vendre la société CPP S.A. à son ami M. Pey Casado, lequel, depuis bien des années, 1957-58³⁵ 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 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.³⁶
64. Le 29 mars 1972, une somme de USD 500'000 a été transférée d'une banque tchécoslovaque par l'intermédiaire d'un compte de la Manufacturers Trust Co. à Londres³⁷ à un compte de M. Sainte-Marie auprès de la Banco Hispano Americano de Madrid où elle

³¹ A ce sujet v. la déclaration de M. Pey Casado devant le Tribunal arbitral, en mai 2003, transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 149.

³² V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 165.

³³ V., par exemple, exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 55.

³⁴ Transcription de l'audience du 5 mai 2003, p.150.

³⁵ Id, p. 149.

³⁶ Id., p. 151.

³⁷ Annexe 21 à la requête d'arbitrage, du 3 novembre 1997.

est parvenue le 4 avril 1972. Le 30 mars de la même année, M. Pey Casado est devenu directeur de la société CPP S.A. et le 6 avril 1972 il aurait reçu de M. Sainte-Marie, 25'500 actions de la société CPP S.A. (avec leurs bordereaux de transfert signés en blanc).

65. Le 13 mai 1972, M. Pey Casado et M. Sainte-Marie ont signé un accord (à Estoril au Portugal), considéré par les demanderesses comme la conclusion finale de la vente de la société CPP S.A.³⁸ La défenderesse considère, elle, que cet accord ne remplirait pas les conditions formelles d'un transfert de propriété.³⁹
66. Dans la seconde moitié de 1972 diverses opérations eurent lieu, concernant les actions de la société. Le 14 juillet 1972, M. Sainte-Marie transféra un certain nombre d'actions à M. González et le 6 septembre 1972 d'autres actions à M. Venegas. Selon les demanderesses, les actions de MM. González et Venegas auraient été remises à M. Pey Casado avec leurs bordereaux de transfert signés en blanc à l'attention de M. Pey Casado. Ce dernier se serait servi de ces bordereaux de transfert signés en blanc reçus par lui le 6 avril pour faire établir des actions nouvelles au nom de MM. González et Venegas qui, simultanément, lui auraient remis les originaux de ces actions (avec les bordereaux de transfert correspondants signés en blanc par eux).⁴⁰
67. Le 23 septembre 1972, M. Sainte-Marie a remis à M. Pey Casado, devant un notaire, une procuration donnant à ce dernier tous pouvoirs sur le nom du journal Clarin ainsi que sur 4,5% des actions de la société EPC Ltda.
68. Le 2 octobre 1972, par un acte unilatéral signé à Genève, M. Pey Casado aurait donné sa conclusion définitive au contrat de vente avec M. Sainte-Marie.⁴¹ Le 3 octobre 1972, le vendeur M. Sainte-Marie a reçu la somme de USD 780'000, en plusieurs versements d'une « *Bank für Handel und Effekten* ». ⁴² Selon la défenderesse, pour qui M. Pey Casado aurait agi dans ces diverses transactions comme mandataire plutôt qu'en son nom propre, ladite

³⁸ V., par exemple la chronologie fournie par les demanderesses dans leur exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 15-23.

³⁹ V., par exemple, contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 291 et ss.

⁴⁰ V., par exemple, exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral, du 11 septembre 2002, pp. 17-18. Annexes 7 et 8 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999.

⁴¹ Annexe C-66.

⁴² V., par exemple, exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 19.

somme aurait été versée sur le compte de M. Pey Casado par un virement provenant du Banco Nacional de Cuba, le 26 septembre 1972, un jour après l'ouverture du compte par M. Pey Casado.⁴³

69. Le 18 octobre 1972, M. Sainte-Marie a transféré des actions à M. Venegas et à M. Carrasco, les deux paquets d'actions étant remis à M. Pey Casado « *avec leurs bordereaux de transfert signés en blanc* ». ⁴⁴ Le 12 décembre 1972, les statuts de la société EPC Ltda ont été modifiés, la société passant sous le contrôle effectif total de la société CPP S.A.
70. Le 11 septembre 1973, le Président Allende est renversé par un coup d'Etat militaire qui prend le contrôle du Chili. Les forces armées pénètrent dans les bureaux du Journal Clarin où elles arrêtent le directeur⁴⁵ et un certain nombre de personnes et séquestrent les locaux et les biens.⁴⁶
71. Le 14 septembre 1973, M. Pey Casado se réfugie à l'Ambassade du Venezuela à Santiago. Le 27 octobre 1973, il quitte le Chili.
72. Sur le terrain des confiscations dont se plaignent les demanderesse, il y a lieu de signaler que, le 21 octobre 1974, le Décret-exempté chilien n°276, applique le Décret n°77 aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. La situation « *patrimoniale* » de M. Pey Casado et d'autres personnes y est examinée.
73. Selon la défenderesse, un décret n°600 du 13 juillet 1974 a établi un « *statut des investissements étrangers* », lequel, avec le décret n°746 du 9 novembre 1974, confirmerait que la Décision n°24 de la Commission de Carthagène avait été appliquée au Chili.⁴⁷ Par la suite, le 10 février 1975, un décret n°165 prononce la dissolution des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda et le transfert de leurs biens à l'Etat. Un décret n°580 du 24 avril 1975 applique le décret 77 à M. Pey Casado et confisque un bâtiment propriété de la société EPC Ltda. Ces textes, avec un Décret n°1200 du 25 novembre 1977, prononcent ou confirment la

⁴³ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 85-86.

⁴⁴ Annexe 4 au mémoire des demanderesse, du 17 mars 1999, et annexe C-161.

⁴⁵ V. la déclaration judiciaire de M. Manuel Alberto Gamboa Soto, Directeur du quotidien Clarin, du 11 septembre 1973, annexe C-47.

⁴⁶ Décret no 93 du 20 octobre 1973, annexe 3 au mémoire des demanderesse, du 17 mars 1999.

⁴⁷ V. son préambule et l'article 19-1.

confiscation de « *tous les biens meubles et immeubles, droits et actions appartenant au dit M. Pey Casado* ».

74. Selon les demanderesses, M. Pey Casado continuait à être interdit d'entrée au Chili ; il n'aurait pas reçu notification de ces mesures et ni les sociétés CPP S.A. et EPC Ltda ni M. Pey Casado n'auraient été représentés dans ces procédures.
75. En septembre de l'année 1975, les autorités fiscales chiliennes ont introduit des poursuites pénales pour fraude fiscale présumée contre M. Pey Casado et d'autres personnes. M. Pey Casado n'aurait pas reçu notification de la plainte ni n'aurait été représenté dans la procédure judiciaire.⁴⁸ Depuis le 11 décembre 1975, le Directeur national des impôts internes ne lui aurait imputé aucune infraction.⁴⁹ Le 1^{er} septembre 1976, le juge l'avait déclaré « *rebelle* ». ⁵⁰ Dans ce procès, les autorités chiliennes n'auraient reproché à M. Pey Casado aucune infraction au décret-loi n°258/1960,⁵¹ non plus qu'au décret n°482/1971 ou à la Décision n°24, ou encore au décret-loi n°1272/1961 portant contrôle des changes.⁵²
76. On notera que, après la chute du régime militaire Pinochet, les décrets n°276, 580 et 1200 ont été déclarés nuls et de nul effet.
77. Sur le terrain des démarches tendant à une indemnisation, il y a lieu de noter que le 1^{er} février 1995, M. Pey Casado a saisi la Huitième Chambre criminelle de Santiago d'une demande en restitution de la société CPP S.A. et des documents y-relatifs, demande qui fit l'objet d'une décision favorable le 29 mai 1995, « *compte tenu de la valeur probante des antécédents* ». ⁵³
78. En 1995 les demanderesses saisirent le Président de la République (le 6 septembre 1995) ainsi que la Première Chambre civile de Santiago (le 4 octobre 1995) d'une demande en restitution ou en compensation pour la perte de la rotative Goss. Cette requête, que M. Pey

⁴⁸ Annexe D-19.

⁴⁹ Annexes C-189 et C-191.

⁵⁰ Annexe C-197.

⁵¹ Annexe C-111.

⁵² Annexe C-112.

⁵³ Annexe 21 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

Casado a réitérée le 10 janvier 1996 auprès du Président de la République⁵⁴, fut contestée le 17 avril 1996 par le Conseil national de Défense en tant que représentant du Chili devant le tribunal civil, pour défaut de qualité pour agir (*locus standi*). Cela au motif que M. Pey Casado n'était pas propriétaire et donc pas légitimé à agir : premièrement, du fait que « *le Demandeur a confondu sa qualité de propriétaire de 99% du capital social de l'Entreprise périodique Clarín Ltda avec la qualité du titulaire du droit de pleine propriété sur les biens de cette dernière* » ; deuxièmement et subsidiairement, du fait « *de la validité du Décret suprême n°165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur* » portant confiscation de CPP S.A. et d'EPC Ltda.⁵⁵ Néanmoins, le Tribunal civil accepta de considérer la demande comme recevable en se fondant sur six questions préliminaires.

79. Le 20 novembre 1995, le ministère des biens nationaux informe M. Pey Casado que la loi d'indemnisation qui permettra de traiter les situations comparables à celle de M. Pey Casado n'a pas encore été promulguée.⁵⁶ Le 25 juin 1998, c'est-à-dire huit mois après le dépôt de la requête d'arbitrage dans la présente instance le 3 novembre 1997, est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'Etat. Les parties demanderesses vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (*fork-in-the-road*) contenue dans l'API Espagne-Chili.⁵⁷
80. Le 28 avril 2000, le Ministère des biens nationaux adopta la Décision n°43, décision considérée par les demanderesses comme une nouvelle confiscation ou une nouvelle manifestation de la confiscation de leurs droits découlant de l'investissement (après celles du 10 février 1975, 24 avril 1975 et 25 novembre 1977).⁵⁸ Cette décision a été prise alors que le présent arbitrage était déjà pendant.

⁵⁴ V. requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 8 et annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

⁵⁵ Annexe C-181.

⁵⁶ Annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

⁵⁷ Lettre des demanderesses au Ministre des biens nationaux du 24 juin 1999 (annexe C-32).

⁵⁸ V. par exemple la transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 175-179 (Me Malinvaud).

B. Les faits concernant la nationalité de M. Pey Casado et de la Fondation Allende

81. M. Pey Casado est né en 1915 de parents espagnols en Espagne, d'où il a émigré en 1939, après la chute de la République, pour s'établir au Chili, pays dans lequel il a vécu jusqu'en 1973, date à laquelle a eu lieu, le 11 septembre, le coup d'Etat militaire dirigé par le Général Pinochet.
82. En 1947, il a été enregistré au Consulat espagnol de Santiago comme résidant permanent au Chili.
83. Le 24 mai 1958, l'Espagne et le Chili ont signé une Convention sur la double nationalité, convention qui permet aux ressortissants de l'un des États contractants d'acquérir la nationalité de l'autre, sans perdre sa nationalité d'origine. C'est en application de ladite Convention que M. Pey Casado a sollicité et obtenu la nationalité chilienne, par un Decreto supremo n°8054 du 11 décembre 1958.
84. Le 11 septembre 1973, le Président Allende est renversé par un coup d'Etat militaire qui prend le contrôle du Chili. Le 14 septembre 1973, M. Pey Casado se réfugie à l'Ambassade du Venezuela à Santiago. Le 27 octobre 1973, après s'être vu refuser, selon lui, un passeport par les autorités chiliennes, M. Pey Casado quitte le Chili, à l'aide d'un sauf-conduit des autorités. Selon les demanderesses, c'est à cette époque que M. Pey Casado aurait été *de facto* privé de sa nationalité.
85. Selon la défenderesse, en novembre 1973, M. Pey Casado, aurait voyagé au Pérou avec le passeport chilien n°014078, délivré le 2 octobre 1967, et le 23 novembre 1973 il aurait signé une procuration au bénéfice de son frère, en s'identifiant à l'aide de ce passeport chilien et d'une carte d'identité nationale chilienne.⁵⁹ Selon M. Pey Casado, il aurait fait ce voyage avec un passeport d'urgence du Venezuela, le passeport chilien étant périmé depuis le 12 décembre 1971.
86. Le 8 novembre 1973 est pris le Décret-loi n°77 par les autorités militaires chiliennes, décret qui, selon les demanderesses, aurait servi de base à la réglementation du Décret-suprême n°1726 du 3 décembre 1973 pour justifier la confiscation des propriétés de

⁵⁹ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 21-22 ; réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, pp. 14-15.

M. Pey Casado pendant que celui-ci était interdit d'entrer librement au Chili et sans que personne au Chili ne soit chargé de sa représentation, de sa défense et de ses intérêts dans ses entreprises de presse.⁶⁰

87. Le 8 janvier 1974, les autorités vénézuéliennes délivrent un passeport d'urgence à M. Pey Casado ainsi que, le 28 janvier, une carte d'identité pour les « *étrangers de passage (transeúnte)* ». ⁶¹ Le 9 janvier 1974, le Consulat d'Espagne à Caracas accorde à M. Pey Casado un visa pour l'Espagne, valable pour trois mois, que M. Pey Casado utilise le 31 mai 1974 pour se rendre en Espagne.
88. Selon la défenderesse, M. Pey Casado aurait, entre le 8 janvier et le 11 juin 1974, accompli, à partir du Pérou, divers voyages en Colombie, en Allemagne, aux États-Unis, avec trois passeports différents. ⁶² M. Pey Casado a nié avoir fait ces voyages et avoir disposé d'autres documents de voyage que les passeports d'urgence délivrés par le Venezuela. ⁶³ La défenderesse a reconnu au cours de l'audience du 6 mai 2003 « *qu'il y a peut-être des erreurs dans ces documents [relatifs aux déplacements de M. Pey Casado] ; nous ne le contestons pas* ». ⁶⁴
89. Le 4 juin 1974, M. Pey Casado se fait enregistrer à la Municipalité de Madrid et reçoit une carte nationale d'identité espagnole et un passeport espagnol. Selon la défenderesse, M. Pey Casado aurait omis de se faire enregistrer dans le registre de l'état civil espagnol, comme cela aurait été nécessaire, à son avis, selon la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité, s'il avait voulu modifier sa nationalité « *effective* ».
90. Le 11 juin 1974, M. Pey Casado reçoit un passeport espagnol à Madrid, valable jusqu'au 10 juin 1979. Au cours de 1974, il se fait enregistrer au Consulat d'Espagne à Caracas et, le 28 janvier 1975, reçoit une carte d'identité de résident de la part du Venezuela.

⁶⁰ En effet, il n'est pas contesté par la défenderesse que M. Pey Casado n'est retourné au Chili qu'en 1989.

⁶¹ Annexes C-48 et C-253.

⁶² V., par exemple, mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, pp. 48-49.

⁶³ Transcription de l'audience du 5 mai 2003, pp. 46-52, 239-240 ; transcription de l'audience du 7 mai 2003, pp. 499, 518.

⁶⁴ Transcription de l'audience du 7 mai 2003, p. 425.

91. Le 24 mai 1977, il est enregistré au Consulat d'Espagne à Lima, dont il recevra divers passeports : le 25 juin 1979 (passeport valable jusqu'au 24 juin 1984) et le 16 janvier 1984 (passeport valable jusqu'au 15 janvier 1989).
92. Le 14 juin 1984, le Ministère chilien de l'Intérieur a approuvé un décret n°597 portant règlement concernant les étrangers. Selon la défenderesse, ce texte confère tous pouvoirs à ce ministère pour déterminer la nationalité étrangère en cas de doute.⁶⁵ C'est à ce ministère que M. Pey Casado a adressé, le 10 décembre 1996, une communication par laquelle il lui a fait savoir qu'il n'avait pas la qualité de bénéficiaire de la Convention sur la double nationalité depuis 1974.⁶⁶
93. Le 17 novembre 1988, M. Pey Casado a reçu un passeport du Consulat d'Espagne à Caracas (valable jusqu'au 16 novembre 1993) et le 18 janvier 1989, il a renouvelé auprès du même Consulat d'Espagne sa carte nationale d'identité espagnole.
94. Selon la défenderesse, le frère de M. Pey Casado, prétendant agir comme son représentant, aurait déclaré les 25 mars et 12 avril 1989 que M. Pey Casado était un ressortissant chilien.⁶⁷ Et toujours selon la défenderesse, M. Pey Casado aurait agi dans les actes constitutifs de la Fondation en tant que double national, jusqu'en 1997.⁶⁸
95. A la suite de l'échec du Général Pinochet lors du plébiscite du 5 octobre 1988, M. Pey Casado s'est rendu au Chili le 4 mai 1989 pour la première fois depuis 1973. Selon les demanderesses, il s'agissait d'une visite en qualité de touriste désireux de s'informer de la situation de ses biens, et notamment de ses actions dans la société CPP S.A.⁶⁹
96. Selon le Département de contrôle des frontières du Chili (Ministère de l'Intérieur), M. Pey Casado serait entré au Chili le 4 mai 1989 « *en qualité de touriste espagnol* », avec son passeport espagnol.⁷⁰ Et c'est en cette même qualité que, le 22 mai 1989 (c'est à dire 18

⁶⁵ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 226-227.

⁶⁶ Annexe C-21. V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 61.

⁶⁷ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 29.

⁶⁸ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 28.

⁶⁹ Réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 73-74.

⁷⁰ Annexe 9 au mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999.

jours après son entrée) il aurait quitté le Chili ; serait rentré au Chili (le 25 mai 1989) puis qu'il en serait sorti et rentré ensuite, à plusieurs reprises, toujours avec son passeport espagnol, jusqu'en novembre 1990.

97. Selon la défenderesse, M. Pey Casado aurait repris alors sa résidence au Chili et, le 6 octobre 1989, aurait comparu devant un notaire de Miami, pour donner tout pouvoir à M. Juan Garcés de créer la Fondation Président Allende, s'identifiant alors comme double national hispano-chilien.⁷¹
98. C'est le 16 janvier 1990 que, à la suite d'un pouvoir donné par M. Pey Casado le 6 octobre 1989, la « *Fundación Presidente Allende* » a été créée selon le droit espagnol et avec son siège en Espagne. Dans l'acte de constitution, M. Pey Casado est identifié comme double national chilien et espagnol.⁷² Le 6 février 1990, M. Pey Casado, s'identifiant avec un passeport espagnol, a comparu par-devant un notaire à Miami et a passé un contrat de cession irrévocable, d'une part, et d'acceptation de la cession, d'autre part, portant sur le « *patrimoine, les titres, droits et crédits de toute nature découlant des contrats privés d'achat et vente que le cédant a passé en 1972 avec M. Dario Sainte-Marie Soruco, par lesquels ce dernier a vendu, et M. Victor Pey Casado a acheté cent pour cent des actions de CPP SA et d'EPC Ltée.* ». ⁷³ C'est le 27 avril 1990 que la Fondation Allende a été enregistrée comme une institution charitable auprès du Ministère espagnol de la Culture.
99. Presque six mois après, le 18 octobre 1990, M. Pey Casado est entré de nouveau au Chili avec son passeport espagnol. Par la suite, le 5 janvier 1991, M. Pey Casado a demandé et reçu une carte d'identité chilienne.⁷⁴
100. Le 20 février 1991, M. Pey Casado, se trouvant alors au Chili, a constaté qu'il avait perdu son passeport espagnol n°13.008, délivré le 17 novembre 1988 et expirant le 16 novembre 1993.⁷⁵ Il a alors sollicité et obtenu un passeport des autorités chiliennes. L'article 1^{er} du

⁷¹ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 27-28.

⁷² Annexe 22 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003. V. aussi mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 33.

⁷³ Annexe 18 du mémoire de demanderesse du 17 mars 1999.

⁷⁴ Réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 177-178.

⁷⁵ Annexe C-48.

Décret n°676, du 15 février 1966 portant approbation du règlement des passeports disposait que les étrangers pouvaient demander un passeport chilien dans des cas exceptionnels.⁷⁶ Le Décret n°1.010, du 5 septembre 1989 « *portant approbation du Règlement des passeports ordinaires et des documents de voyages et titres de voyage pour étrangers* » autorisait leur délivrance à des ressortissants étrangers pour sortir du pays.⁷⁷

101. Les autorités chiliennes ont constaté que M. Pey Casado s'est servi de ce passeport chilien pour entrer au Chili seulement deux fois, le 22 août 1991 et le 6 novembre 1994, mais non après qu'il eut voyagé en Espagne en mai 1997 et que les autorités espagnoles lui eurent délivré le passeport n°027703339-B le 28 mai 1997, expirant le 2 mai 2007.⁷⁸ Ce fait paraît corroborer les déclarations de M. Pey Casado à cet égard devant le Tribunal arbitral.⁷⁹ Avec ce passeport chilien M. Pey Casado s'est rendu, selon la défenderesse, aux USA le 5 juillet 1991.⁸⁰
102. Il y a lieu de rappeler à ce stade que c'est le 25 janvier 1991 que le Chili a signé la Convention CIRDI, entrée en vigueur le 24 octobre 1991 et que la même Convention a été signée le 21 mars 1994 par l'Espagne, avec entrée en vigueur le 17 septembre 1994. Le 2 octobre 1991, le Chili et l'Espagne ont signé l'API Espagne-Chili, entré en vigueur le 29 mars 1994.
103. Selon la défenderesse, à partir du 20 février 1991, date de sa demande de passeport, M. Pey Casado s'est présenté à diverses reprises comme ressortissant chilien, et il a sollicité l'assistance du Chili en tant que tel à son retour au pays. C'est ainsi que, par exemple, le 17 février 1992, il s'est inscrit dans les registres électoraux à Vitacura, que le 25 mai 1992, il a sollicité les avantages prévus pour les ressortissants et les personnes qui avaient possédé la nationalité chilienne revenus au pays, auprès de la « *Oficina nacional de*

⁷⁶ Annexe 15 à l'avis de droit de M. Nogueira, produit par la défenderesse au soutien du contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003, version française dans l'annexe C-260, traduction dans la demande incidente des demanderesses du 23 février 2003, p. 38.

⁷⁷ V. les articles 3(b) et 11 de l'annexe 16 à l'avis de droit de M. Nogueira, produit par la défenderesse au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, version française dans l'annexe C-260.

⁷⁸ Annexe 9 et 10 au mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999 et annexe C-48.

⁷⁹ Pendant les audiences des 29 octobre 2001 et 7 mai 2003; transcription de l'audience du 7 mai 2003, pp. 622-623.

⁸⁰ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 32.

retorno »⁸¹, et que le 1^{er} août 1992, il a signé un contrat de travail avec son frère, dans lequel il s'identifie comme Chilien. En outre, en août 1992, il se serait identifié à plusieurs reprises à l'aide de sa carte d'identité nationale chilienne.⁸² Le 17 juillet 1993, il s'est inscrit dans le registre électoral de la Reina (un fait admis par les demanderesse qui font valoir cependant que les lettres (CH) relatives à la nationalité n'auraient pas été écrites par M. Pey Casado).⁸³ Le Chili a soumis divers autres documents appuyant la thèse selon laquelle M. Pey Casado s'est présenté lui-même (entre 1991 et janvier 1997) comme Chilien, avec une carte chilienne d'identité ou avec un domicile chilien.

104. Le 23 octobre 1994, M. Pey Casado s'est rendu en Bolivie avec un passeport chilien. Selon la défenderesse, il aurait utilisé le même passeport au cours d'un autre voyage en Bolivie le 6 novembre 1994 et en Espagne à travers les États-Unis le 21 mai 1997.⁸⁴
105. Le 29 mai 1996, le Conseil de M. Pey Casado avait adressé une communication au Ministre espagnol des Affaires Étrangères, dans laquelle il a déclaré « *qu'en application des instructions expresses de son mandat* », il invoquait l'API Espagne-Chili.⁸⁵
106. Le 10 décembre 1996, M. Pey Casado avait informé le Département chilien d'immigration qu'il avait sa résidence en Espagne depuis 1974 et qu'il n'entendait pas se prévaloir de la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité.⁸⁶ Il s'agirait, selon la demanderesse, du premier acte invoqué comme étant une « *renonciation* » à la nationalité

⁸¹ L'article 1er de la loi n°18.994, du 14 août 1990, sur le retour des exilés au Chili (v. pp. 32-34 du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003), accorde les bénéfices de cette loi à « *tous les exilés qui ont ou ont eu la nationalité chilienne* » ; annexe 31 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, version française dans l'annexe C-259.

⁸² V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 26 et ss.

⁸³ V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 74-75 ; exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 113.

⁸⁴ V. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, pp- 48-49.

⁸⁵ Annexe C-20.

⁸⁶ Annexe C-21 ; v. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 61.

chilienne.⁸⁷ Le 19 décembre 1996, la Municipalité de Madrid a confirmé la résidence de M. Pey Casado en Espagne.⁸⁸

107. Le 7 janvier 1997, M. Pey Casado aurait prié le consulat d'Espagne à Santiago de « *mettre le registre en accord avec la réalité, dans l'hypothèse où le registre pertinent du Consulat n'attesterait pas* » qu'il « *n'avait pas recours aux bénéfices et aux avantages de la Convention sur la double nationalité* », et « *qu'il était domicilié en Espagne depuis le début de 1974* ». ⁸⁹ Le 5 février 1997, le Consulat espagnol à Santiago a rayé le nom de M. Pey Casado du registre des ressortissants espagnols résidant au Chili. Le 28 mai 1997, M. Pey Casado a reçu à Madrid un passeport espagnol.
108. Le 16 septembre 1997, M. Pey Casado a procédé, auprès du Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine) à une déclaration officielle renonçant expressément et solennellement à la nationalité chilienne « *au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle* ». ⁹⁰
109. Le 2 octobre 1997, M. Pey Casado a donné son consentement à l'arbitrage CIRDI en excluant ce qui concerne la rotative Goss (question soumise aux autorités judiciaires chiliennes en octobre 1995). Le 6 octobre 1997, la Fondation Président Allende a exprimé son consentement à l'arbitrage mais en excluant également ce qui concerne la rotative Goss.
110. Le 6 novembre 1997, M. Pey Casado a saisi le Registre civil central (*Registro Civil Central*) d'une demande tendant à constater qu'il avait établi sa résidence à Madrid en juin 1974, demande transcrite dans le Registro Civil Central Uno de Madrid le 20 novembre 1997 par son secrétaire. ⁹¹
111. Le 7 novembre 1997, on l'a vu, M. Pey Casado a déposé sa requête d'arbitrage contre la République du Chili et, le 18 mars 1998, le Chili a déclaré s'opposer à l'enregistrement de

⁸⁷ V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 61-62

⁸⁸ Annexe 8 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

⁸⁹ Annexe C-22.

⁹⁰ Annexe C-40.

⁹¹ Annexe C-10.

cette requête. Celle-ci a néanmoins été enregistrée par le Secrétaire général du CIRDI le 20 avril 1998.

112. Le 24 avril 1998, le Ministère espagnol des affaires étrangères a été saisi par le Dr Garcés, représentant de M. Pey Casado,⁹² à l'effet de vérifier si « *la communication à la Partie chilienne de la renonciation formelle de M. Victor Pey Casado à bénéficiaire de la Convention sur la double nationalité* », avait bien été faite, à l'effet de confirmer aux autorités chiliennes que « *depuis le 4 juin 1974, il possède exclusivement la nationalité espagnole* ». La lettre concernant cette demande a été transmise le 10 juillet 1998 aux autorités chiliennes, par l'intermédiaire du Consulat d'Espagne à Santiago, et communiquée le 24 juillet 1998 par la Direction des affaires consulaires du Ministère chilien des affaires étrangères au registre chilien de l'état civil, où un officier public a constaté, le 4 août 1998, la renonciation par M. Pey Casado à sa nationalité chilienne et à son statut étranger et a fait inscrire sur sa fiche signalétique que M. Pey Casado était « *étranger* ».⁹³
113. C'est dans ce contexte de fait que l'on examinera successivement la compétence du Centre et du Tribunal pour connaître de la demande de Monsieur Pey Casado (IV) et, la compétence du Centre et du Tribunal pour connaître de la demande de la Fondation Allende (V) avant d'aborder les questions de recevabilité et de fond du dossier.

IV. COMPETENCE DU CENTRE ET DU TRIBUNAL POUR CONNAITRE DE LA DEMANDE DE M. PEY CASADO

114. La première question à examiner, compte tenu des positions respectives des parties et notamment de l'exception d'incompétence soulevée par la défenderesse, est celle de la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral quant à la première partie demanderesse, M. Pey Casado.
115. L'article 25 de la Convention CIRDI fixe les conditions de compétence du Centre dans les termes suivants :

⁹² Annexe C-24.

⁹³ V. le décret n°597 du 14 juin 1984 - Règlement concernant les Étrangers - qui confère au Ministère de l'intérieur, selon la défenderesse, le pouvoir pour déterminer la nationalité étrangère en cas de doute ; annexe 17 de l'avis du Professeur Humberto Nogueira sur la nationalité en droit chilien, produit avec le contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

(2) « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie :

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ;

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

116. Pour que le Centre et le Tribunal soient compétents pour connaître de la demande de M. Pey Casado, la partie demanderesse doit justifier de l'existence d'un différend d'ordre juridique, du fait que ce différend oppose un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant, du fait que ce différend est en relation directe avec un investissement et du fait que les parties ont consenti par écrit à soumettre le différend au Centre.
117. La condition relative à l'existence d'un différend d'ordre juridique et celle relative à la qualité d'Etat contractant de la défenderesse ne font l'objet d'aucune contestation de la part de la défenderesse. En revanche, les parties sont en profond désaccord sur la condition d'investissement, sur la condition relative à la nationalité de l'investisseur et sur le fait que M. Pey Casado puisse être considéré seulement comme le ressortissant d'un autre Etat contractant, ainsi que sur la condition de consentement de l'Etat contractant que la partie demanderesse estime avoir été donnée par la conclusion de l'API Espagne-Chili.
118. Les parties ont longuement débattu des conditions d'investissement et de nationalité sans toujours spécifier très clairement si les développements consacrés à ces questions concernent la condition d'investissement ou de nationalité au sens de la Convention CIRDI

ou la condition d'investissement ou de nationalité au sens de l'API Espagne-Chili. La condition relative à l'existence d'un investissement et la condition relative à la nationalité de la partie demanderesse ne s'apprécient pas nécessairement de la même manière pour les besoins de la satisfaction des exigences de la Convention CIRDI et pour ceux de l'API. Le présent Tribunal prendra soin, en conséquence, de distinguer ces deux sujets. Si les conditions d'application de l'API Espagne-Chili ne sont pas satisfaites, notamment les conditions d'investissement et la condition de nationalité au sens de ce texte, c'est, aux fins de l'application de la Convention CIRDI, le consentement de l'Etat à l'arbitrage qui ferait défaut, celui-ci étant exclusivement recherché dans l'API. C'est la raison pour laquelle les conditions d'investissement et de nationalité au sens de la Convention CIRDI seront examinées en tant que telles et les conditions d'investissement et de nationalité au sens de l'API à l'occasion des développements consacrés à la vérification de l'existence du consentement à l'arbitrage de l'Etat défendeur.

119. Avant de procéder à l'examen de ces conditions, le Tribunal tient à préciser qu'il n'est pas lié par les décisions et les sentences CIRDI rendues antérieurement. Le présent Tribunal estime toutefois qu'il se doit de prendre en considération les décisions des tribunaux internationaux et de s'inspirer, en l'absence de justification impérieuse en sens contraire, des solutions résultant d'une jurisprudence arbitrale établie. Tout en tenant compte des particularités du traité applicable et des faits de l'espèce, le Tribunal estime aussi devoir s'efforcer de contribuer au développement harmonieux du droit des investissements et, ce faisant, de satisfaire à l'attente légitime de la communauté des Etats et des investisseurs quant à la prévisibilité du droit en la matière.⁹⁴
120. Par ailleurs, il n'est pas superflu de rappeler que le Tribunal arbitral n'est pas tenu de discuter et trancher chacune des très nombreuses questions de fait ou de droit qui ont été soulevées et analysées par les parties au cours de la procédure exceptionnellement longue résumée plus haut mais qu'il suffit, sur le terrain de la compétence, que fasse défaut l'une des conditions requises pour que le Tribunal arbitral se déclare incompétent et s'abstienne dès lors de se prononcer sur toute autre question portant sur le fond du litige.

⁹⁴ V. en ce sens, *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*, affaire CIRDI n°ARB/05/07, décision sur la compétence et recommandation sur les mesures provisoires du 21 mars 2007, para. 67.

A. La condition d'investissement au sens de la Convention CIRDI

121. Le Tribunal rappellera les positions des parties sur la condition d'investissement au sens de la Convention CIRDI avant d'exposer les conclusions auxquelles il est parvenu à ce sujet.

1. Position des parties

a) Position de la défenderesse

122. Après avoir concédé que la notion d'investissement n'était pas définie par la Convention CIRDI, la défenderesse s'est essentiellement efforcée de démontrer qu'il n'existait aucun investissement de la part de M. Pey Casado et que la condition d'investissement posée par l'article 25 de la Convention n'était donc pas satisfaite.

123. La défenderesse s'attache à prouver, dans de longs développements, que M. Pey Casado n'a jamais été propriétaire des titres de la société CPP S.A. qui elle-même possédait 99%⁹⁵ du capital de la société EPC Ltda.⁹⁶ Elle conteste aussi bien la véracité des faits exposés par la partie demanderesse que la légalité de l'acquisition des actions de CPP S.A. par M. Pey Casado, dans l'hypothèse où la vente des titres aurait eu lieu.

124. Elle insiste sur ce qu'elle estime être les incohérences de la chronologie présentée par la demanderesse sur l'achat des titres de CPP S.A. par M. Pey Casado telle que la décrivent les demanderesses et avance une version des faits relatifs au transfert des actions de CPP S.A. en 1972 substantiellement différente de celle des demanderesses.

125. Au début de l'année 1972, M. Sainte Marie aurait été détenteur de 93% du capital de la société CPP S.A., soit de 37.200 actions, et non de 100% des titres comme l'affirment les demanderesses. Le 14 juillet 1972, M. Darío Sainte Marie aurait cédé 20.000 titres à M. Emilio González González et n'aurait ainsi plus détenu que 17.200 titres, soit 43% du capital de la société CPP S.A. Il serait donc impossible, d'après la défenderesse, que M. Pey Casado ait reçu 25.200 actions de M. Darío Sainte Marie le 6 avril 1972 comme le

⁹⁵ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 56, l'acte authentique rédigé devant M. Patricio Zaldívar, notaire public, le 2 février 1972 (annexe 9 du rapport Sandoval) et l'acte authentique rédigé devant M. Alfredo Astaburuaga Gálvez le 27 novembre 1972 (annexe 10 du rapport Sandoval).

⁹⁶ V. par ex. v. pp. 276-363 de la transcription de l'audience du 6 mai 2003 ; v. également le contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 284-364.

prétendent pour la première fois les demanderessees dans leur exposé complémentaire sur la compétence du 11 septembre 2002 (p. 17). La défenderesse ajoute que les demanderessees affirmaient dans leurs mémoires antérieurs avoir acquis les 40.000 actions sans plus de précision et qu'elles n'offrent toujours pas de preuve au soutien de leurs prétentions.

126. Le 14 août 1972, M. Darío Sainte-Marie aurait acheté les actions appartenant à MM. Osvaldo Sainte-Marie, Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser Labbé et à Mme Juana Labbé Venegas, qui représentent 7% du capital de CPP S.A., et se serait trouvé en possession de 20.000 titres, l'autre moitié du capital étant entre les mains de M. González.⁹⁷ Les demanderessees ne pouvaient donc pas non plus être en possession de ces titres au mois d'avril 1972, contrairement à ce qu'elles affirment.
127. Le 6 septembre 1972, M. Darío Sainte-Marie aurait cédé 5.200 actions de la société à M. Jorge Venegas, ne conservant plus à ce stade que 14.800 actions. Le 18 octobre 1972, M. Darío Sainte-Marie aurait d'une part cédé à M. Jorge Venegas 1.200 titres supplémentaires et d'autre part 1.600 autres titres de CPP S.A. à M. Ramón Carrasco. Selon la défenderesse, il s'agirait là des dernières cessions de titres de CPP S.A. au vu des documents fournis. Ainsi, en octobre 1972, les actionnaires de la société CPP S.A. auraient été MM. Darío Sainte-Marie, Emilio González, Jorge Venegas et Ramón Carrasco.
128. La défenderesse considère par ailleurs que les Protocoles d'Estoril et le Document de Genève, que les demanderessees présentent comme les contrats de vente des titres de CPP S.A., ne se réfèrent à aucun moment à la vente des titres en question.
129. Les Protocoles d'Estoril ne pourraient, selon elle, être considérés comme un « *contrat de vente* » puisqu'au lieu d'être désignés de la sorte, ils portent l'intitulé « *obligations à ce qui avait déjà été fait et accepté par les parties* ». La défenderesse estime que « *le document d'Estoril n'identifie à aucun moment M. Pey comme ' l'acquéreur ' des actions citées*

⁹⁷ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 64-66 et annexe 16 au rapport Sandoval. Au vu du rapport de la surintendance des sociétés anonymes du 2 avril 1974 (annexe 16 au rapport Sandoval), la défenderesse ajoute qu'il est impossible que « *M. Pey [ait donné] cours à des demandes de transfert signées par « MM. [Osvaldo et Pablo] Sainte-Marie, Kaiser et Labbé » en faveur de M. González González, et que le 14 août de la même année - un mois après exactement - les mêmes « MM. Sainte-Marie, Kaiser et Labbé » [aient émis] des demandes de transferts concernant les mêmes actions en faveur de M. Darío Sainte-Marie* » (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 306).

dans la clause E » et que « M. Pey semble avoir agi comme agent fiduciaire de M. Darío Sainte-Marie et de tierces personnes dans les supposées transactions des documents d'Estoril et de Genève ». Elle cite à cet effet les clauses A, E et F du Protocole d'Estoril et souligne que la clause E indique que 50% des actions de CPP S.A. seront remises à M. Pey Casado, sans dire à quel titre ni en quelle qualité M. Pey Casado reçoit les titres. Elle attire également l'attention du Tribunal sur le fait que les clauses A et F se réfèrent toutes deux à la remise d'une lettre de change à M. Pey Casado, ce qui confirmerait son rôle d'intermédiaire.⁹⁸

130. La défenderesse insiste par ailleurs sur le fait que les Protocoles d'Estoril manquent de clarté et souligne que si des actions ont été remises par M. Sainte Marie à M. Pey Casado, vraisemblablement en qualité de dépositaire, il ne s'agit pas des 25.200 actions évoquées par les demanderesses puisque le document se réfère à 50% des actions de CPP S.A. Le document ne contient aucune référence aux 40.000 actions de CPP S.A., ni à leur vente et mentionne un dépôt de 250.000 USD ainsi qu'un dépôt antérieur 500.000 USD, sans plus de précisions.

⁹⁸ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 296. La défenderesse insiste sur le fait que MM. González, Venegas et Carrasco ont tous trois indiqué dans des déclarations devant la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel que M. Pey Casado avait agi comme le représentant de M. Sainte Marie (contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 310-311). La défenderesse se fonde également sur la déclaration de M. Osvaldo Sainte Marie devant la même juridiction (annexe 145 au contre-mémoire) qui, selon elle, corroborerait les déclarations de MM González, Venegas et Carrasco.

La défenderesse considère en outre que le rôle d'intermédiaire de M. Pey Casado est confirmé par l'existence du mandat, octroyé par M. Sainte Marie à M. Pey le 6 avril 1972, afin que ce dernier procède à la vente de 50% du capital d'EPC Ltda détenu par M. Sainte Marie (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 305 et annexe 146 au contre-mémoire). Elle évoque également un second mandat octroyé par M. Sainte Marie à M. Pey le 29 septembre 1972 et autorisant M. Pey à vendre, au nom de M. Sainte Marie, les 4,5% du capital d'EPC Ltda que celui-ci détient encore (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 314 et annexe 140 au contre-mémoire). Selon la défenderesse, ces mandats ne peuvent en aucun cas être interprétés comme des cessions de titres à M. Pey Casado (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 316).

La défenderesse ajoute que M. Sainte Marie possédait 4,5% du capital d'EPC Ltda depuis février 1972, le reste étant détenu par CPP S.A. (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 57 et annexe 9 au rapport Sandoval). Le 27 novembre 1972, M. Sainte Marie aurait cédé 3,5% de ses titres à CPP S.A. et 1% à M. Carrasco (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 57-58 et annexe 10 au rapport Sandoval). La défenderesse qualifie d'incohérente la version des faits exposée par les demanderesses selon laquelle M. Pey aurait pu transférer 50% des droits sociaux détenus par M. Sainte Marie à CPP S.A. en avril 1972 et par la suite, le 27 novembre 1972, transférer à nouveau les 4,5% de titres de M. Sainte Marie à CPP S.A., à l'exception d'un pourcent cédé à M. Carrasco (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 315). Selon la défenderesse, M. Pey Casado aurait eu pour seule tâche d'agir au nom de M. Sainte Marie et de procéder à la vente de ses titres dans EPC Ltda à CPP S.A. d'un part et à M. Carrasco d'autre part (v. annexe 10 au rapport Sandoval).

131. Le Document de Genève ne constituerait pas un contrat mais une déclaration unilatérale, M. Sainte Marie ne l'ayant du reste pas signé ; ce document ne pourrait être qualifié de cession ou de vente et correspondrait en réalité à « *un dépôt de garantie* » de 12.000 actions de la société CPP S.A., reçues de M. Sainte Marie par M. Pey Casado, que ce dernier conservera sans les céder ou les transférer à quiconque tant que les conditions fixées dans ce document ne sont pas satisfaites. Rien n'indiquant que les conditions posées ont été remplies, les 12.000 titres seraient restés en la possession de M. Sainte Marie. Le document n'aurait de sens que si M. Pey Casado avait agi comme intermédiaire ou mandataire.
132. Lors de l'audience du 6 mai 2003, la défenderesse a conclu que le droit applicable à ces documents importait peu. Quel qu'il soit, le droit applicable ne pourrait permettre de considérer qu'il existe en l'espèce un contrat de vente entre M. Pey Casado et M. Sainte Marie.
133. Même si les Protocoles d'Estoril et le Document de Genève devaient être considérés comme un contrat de vente des actions de la société CPP S.A., aucun des documents produits ne décrit M. Pey Casado comme l'acquéreur des 40.000 actions de la société CPP S.A. Les Protocoles d'Estoril et le Document de Genève ne font référence qu'à 32.000 actions en tout. A supposer même que 25.200 actions aient été reçues par M. Pey Casado en avril 1972, on atteindrait le nombre de 37.200 et non de 40.000 actions. Pour l'Etat défendeur, les demanderesses n'ont prouvé à aucun moment la remise de 14.800 actions en octobre à Genève et ce chiffre n'apparaît nulle part dans le Document de Genève rédigé par M. Pey Casado. En toute hypothèse, M. Sainte Marie n'a pu vendre les 40.000 actions à M. Pey Casado. M. Sainte Marie n'aurait jamais été le propriétaire de l'intégralité des titres puisque la législation de l'époque l'interdisait.⁹⁹
134. La défenderesse conteste également que les demanderesses puissent justifier de la propriété des actions sur le fondement des titres et des transferts signés en blanc qu'elles ont soumis

⁹⁹ La défenderesse soutient que le droit chilien exigeait à l'époque la présence d'au moins deux actionnaires dans le capital d'une société anonyme, sous peine de dissolution de la société (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 70). Le délai de 30 jours évoqué par les demanderesses ne remettrait pas en cause l'automatisme et l'immédiateté de la dissolution ; il serait simplement destiné à permettre au conseil d'administration de la société de prendre les mesures administratives nécessaires (v. la transcription de l'audience du 7 mai 2003, pp. 548-552 (Me Di Rosa).

au Tribunal. Outre les incohérences chronologiques, la défenderesse souligne que parmi les titres que M. Pey Casado prétend avoir reçu de M. Sainte Marie en avril 1972, aucun n'est enregistré au nom d'Oswaldo et Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser et Juana Labbé, contrairement aux prétentions des demanderesse ;¹⁰⁰ les titres litigieux sont en réalité inscrits au nom des actionnaires qui figurent dans les documents de la Surintendance des sociétés anonymes, soient MM. Darío Sainte-Marie, Emilio González, Jorge Venegas et Ramón Carrasco.¹⁰¹

135. De même, les transferts signés en blanc ne pourraient être les véritables transferts qui ont été utilisés à l'époque car un formulaire de transfert devrait être signé par le cédant et le cessionnaire, puis soumis pour approbation au « *Directoire* » et inscrit au Registre des actionnaires pour enfin ne plus laisser « *aucune trace* », le formulaire de transfert n'ayant plus d'utilité. En l'espèce, les formulaires de transfert produits par les demanderesse ne sont signés que par le cédant et non par le prétendu cessionnaire dont le nom n'apparaît pas davantage. Ces exigences n'auraient pu échapper à M. Pey Casado qui, en tant que président du conseil d'administration de CPP S.A., s'était occupé des procédures d'approbation des cessions d'actions à MM. González, Venegas et Carrasco et aurait eu tout le temps de procéder aux démarches nécessaires en sa faveur s'il l'avait souhaité.
136. La défenderesse insiste également sur le caractère, à son avis, « *mystérieux* » des transferts de fonds réalisés par M. Pey Casado pour prétendument effectuer l'achat des titres de CPP S.A. pour la somme totale de 1,28 million USD. Pour ce qui est du premier virement de 500.000 USD, M. Pey Casado, qui n'aurait pas produit de contrat de vente, n'aurait pas davantage prouvé qu'il est titulaire des comptes ouverts dans les banques *Zivnostenska Banka, N.C.* et *Manufacturers Trust Co.* par lequel les fonds ont transité. De même, l'origine des fonds resterait indéterminée. Rien ne permettrait non plus d'établir un lien entre ce virement et les Protocoles d'Estoril qui désignent M. Pey Casado comme le dépositaire d'un certain nombre d'actions. Quant au montant restant de 780.000 USD, la

¹⁰⁰ La défenderesse se réfère à l'exposé complémentaire des demanderesse sur la compétence Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 17.

¹⁰¹ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 79. Le fait pour la défenderesse de ne pas produire le registre des actionnaires serait sans pertinence puisque les propres registres de la surintendance des sociétés anonymes auraient la même valeur probante que le registre des actionnaires de la société (v. réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, pp. 53-55).

défenderesse s'étonne de ce qu'il ait été transféré d'abord d'un compte domicilié au *Banco nacional* de Cuba, dont M. Pey Casado ne prouve pas qu'il est titulaire, vers un compte ouvert la veille par M. Pey Casado à la *Bank für Handel und Effekten*, puis sept jours plus tard sur un compte de M. Sainte Marie à Madrid. La défenderesse fait valoir que les demanderesses s'abstiennent de révéler l'origine des fonds transférés depuis le *Banco nacional* de Cuba ; le compte ouvert auprès de la *Bank für Handel und Effekten* n'aurait servi que de compte de transit, ce qui suggérerait que M. Pey Casado a agi comme intermédiaire.

137. Elle ajoute que parmi les éléments de cette somme de 780.000 USD, l'ordre de paiement de 10.000 USD que M. Pey Casado prétend avoir effectué au profit de M. Sainte Marie ne comporte aucun destinataire et ne serait donc pas une preuve de paiement. Il n'y aurait pas davantage de preuve de l'existence de la lettre de change de 20.000 USD dans la documentation produite par les demanderesses.
138. La défenderesse soutient que la version des faits avancée par les demanderesses serait également contredite par les déclarations faites en 1975 par MM. González, Venegas et Carrasco qui indiquent avoir conservé leurs titres jusqu'à ce qu'ils confient un mandat spécial à M. Pey Casado et le chargent ainsi de revendre leurs actions dans le courant de l'année 1973. Ces déclarations ont été faites pour les besoins de la procédure introduite devant la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago le 3 septembre 1975 contre M. Darío Sainte-Marie Soruco, M. Osvaldo Sainte-Marie Soruco, M. Ramón Carrasco Peña, M. Víctor Pey Casado, M. José Emilio González González et M. Jorge Venegas Venegas, ainsi qu'à l'encontre des comptables de CPP S.A. et de EPC Ltda, M. Alfonso Bruce Bañados et M. Juan Biggs Gómez. L'enquête ouverte visait à déterminer si les sociétés CPP S.A. et EPC Ltda et les personnes citées se sont rendues coupables de certains délits fiscaux et si les acheteurs de ces sociétés agissaient en tant que « *prête-noms* » pour le Président Allende soupçonné d'en être le véritable propriétaire.¹⁰²
139. La défenderesse relève que « dans le contexte de l'investigation de la plainte pour évasion fiscale, MM. Venegas, González et Carrasco se sont livrés à des déclarations, en 1974 et 1975, dans lesquelles ils affirment être propriétaires des actions de CPP S.A. ; les avoir

¹⁰² V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 103 et la plainte en annexe 85 au contre-mémoire.

acquises sur le conseil du Président Allende mais en leur nom et avec leur argent personnel ; que quelques mois après l'achat et pour diverses raisons (telles que, entre autres, de graves problèmes de conflits de travail au sein de CPP S.A.), ils avaient décidé de vendre les actions et, à cet effet, ils avaient remis des transferts signés en blanc à M. Pey Casado pour qu'il vende les actions en leur nom ; que la vente n'a pas eu lieu puisqu'ils n'ont pas obtenu d'argent pour ces actions et, qu'en définitive, il n'y a eu aucun transfert. Par conséquent, ils sont restés propriétaires des actions qui n'ont donc pas été cédées à des tiers ou à M. Pey Casado. M. Osvaldo Sainte-Marie déclare également, et fait référence aux acquisitions d'actions par MM. Venegas, González et Carrasco ». ¹⁰³ Le fait que MM. Venegas, González et Carrasco aient été, selon elle, « complètement relaxés » au terme de la procédure, à une époque où les tribunaux avaient intérêt à plaire au pouvoir en place, montrerait que « *ces personnes ont bien été les propriétaires légitimes des actions de CPP S.A., et qu'ils n'ont pas agi en qualité de prête-noms pour le compte du Président Allende ou de qui que ce soit d'autre* ». ¹⁰⁴

140. Cela expliquerait que M. Pey Casado se soit retrouvé en possession des titres et des formulaires de transfert en blanc mais qu'à aucun moment MM. González, Venegas et Carrasco n'aient affirmé que M. Pey Casado fût le véritable propriétaire des titres de CPP S.A. Par ailleurs, le nom de M. Pey Casado n'apparaîtrait dans aucun document de la société censé consigner sa qualité de propriétaire des actions de CPP S.A.
141. Dans le but d'établir que M. Pey Casado n'a jamais été propriétaire des actions de CPP S.A., la défenderesse se fonde également sur les « *décharges* » formulées en décembre 1974 par MM. Jorge Venegas et Emilio González visant à ne plus se voir appliquer les dispositions du *decreto exento* n°276 du 21 octobre 1974. Ce décret prévoyait entre autres « *la mise en observation* » du patrimoine des intéressés, ce qui revenait à en imposer la confiscation provisoire jusqu'à ce qu'une demande de « *décharge* » soit déposée pour en obtenir la restitution. Les déclarations à décharge de MM. Jorge Venegas et Emilio González démontreraient qu'ils étaient propriétaires de 6.400 et 20.000 titres de CPP S.A.

¹⁰³ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 105 et les déclarations des intéressés en annexe 87 au contre-mémoire.

¹⁰⁴ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 107 et les décisions de la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago et de la Cour d'appel de Santiago en annexes 88 à 90 au contre-mémoire.

respectivement et que ce sont les seuls biens de leur patrimoine pour lesquels ils n'ont pas demandé la levée de la confiscation.¹⁰⁵

142. La défenderesse produit de la déclaration de M. Jorge Venegas du 20 novembre 2002 dans laquelle M. Venegas affirme qu'il a acquis ses actions auprès de M. Sainte Marie par l'intermédiaire de M. Pey Casado et que ce dernier aurait aussi agi en cette qualité dans la vente des 20.000 actions à M. Emilio González. Cette version des faits est confirmée par la déclaration de M. Ovalle, avocat que MM. Venegas et González aurait consulté lorsqu'ils craignaient pour leur vie du fait de leur qualité d'actionnaire de CPP S.A. M. Ovalle affirme leur avoir suggéré de proposer aux autorités de l'époque la cession de leurs titres à une fondation à caractère scientifique. C'est l'entrée en vigueur du *decreto exento* n°276 qui aurait par la suite conduit MM. Venegas et González a présenté des déclarations de décharge, ce dont prend acte le décret suprême n°580 en déclarant le *decreto exento* n°276 sans effet à leur égard.¹⁰⁶
143. Les déclarations des autorités chiliennes en 1975 dont se prévalent les demanderesses pour affirmer que l'Etat défendeur a reconnu la qualité d'acquéreur et de propriétaire de M. Pey Casado seraient sans pertinence. Selon la défenderesse, ces déclarations « *sont sans doute issues de conclusions motivées davantage par des facteurs politiques et idéologiques que par des considérations de fait et de droit* ». Les juridictions chiliennes, qui seules auraient le pouvoir de se prononcer sur la propriété des actions litigieuses, auraient rejeté les thèses des autorités chiliennes telles qu'elles ont été exposées dans le mémorandum du 3 février 1975. Le procès devant la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago aurait même permis d'établir la validité des contrats d'achat d'actions par MM. Carrasco,

¹⁰⁵ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 96-98, pp. 321-324 et annexes 81 et 82 au contre-mémoire. La défenderesse soutient que MM. Jorge Venegas et Emilio González avaient l'intention de céder leurs titres à une fondation. L'argument selon lequel les déclarations de MM. Venegas et González, datées du 23 décembre 1974, auraient fait l'objet d'une falsification au prétexte que le décret n°165 du 10 février 1975 n'y fait pas référence, contrairement au décret n°580 du 24 avril 1975, serait infondé. L'explication réside dans le fait que MM. Venegas et González auraient déposé leurs décharges au-delà du délai légal, « *de manière intempestive* » (v. réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, pp. 49-54 et spéc. p. 53).

¹⁰⁶ La défenderesse explique que le décret suprême n°580 du 24 avril 1975 déclare sans effet le *decreto exento* n°276 du Ministère de l'intérieur en ce qui concerne MM. Jorge Venegas et Emilio González qui ont pu, selon la défenderesse, disposer librement de leurs biens à partir de la date d'entrée en vigueur du décret suprême n°580 (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 93).

González et Venegas et de reconnaître la propriété des actions de CPP S.A. à ces mêmes personnes.

144. Le fait que le testament de M. Sainte Marie du 28 mars 1979 et l'inventaire de ses biens réalisé par ses héritiers en décembre 1983 ne fassent aucune mention des actions des sociétés CPP S.A. ne pourrait par ailleurs constituer une preuve de l'achat des actions en question par M. Pey Casado. Il en irait de même du testament de M. González qui ne contient pas de référence aux actions de CPP S.A. Quant à M. Carrasco, la défenderesse affirme qu'il serait mort intestat et s'il avait effectivement rédigé un testament sans mention relative aux actions litigieuses, cela n'aurait été d'aucun secours pour les demanderesses car cette prétendue omission ne peut être une preuve de propriété pour M. Pey Casado.
145. La défenderesse fait valoir également que la restitution des titres et des formulaires de transfert en blanc par la Huitième Chambre à M. Pey Casado ne prouve en rien la qualité de propriétaire de ce dernier. A l'appui de cet argument, elle indique tout d'abord que la question de la propriété des actions de CPP S.A. n'a pas été traitée en 1975 à l'occasion de la procédure intentée par les services fiscaux chiliens. La requête présentée par M. Pey Casado vise seulement à obtenir la restitution de documents et non une décision se prononçant sur la propriété des actions. La Huitième Chambre du Tribunal correctionnel n'a signifié l'existence de la demande de M. Pey Casado qu'au service des impôts internes qui n'a pas réagi à cette signification. Le tribunal correctionnel n'a signifié la demande à aucune autre personne ni aucune autre institution, y compris MM. Venegas, González et Carrasco, les « véritables intéressés ». On ne pouvait par ailleurs s'attendre à ce que ces personnes, que la défenderesse prétend être les véritables propriétaires des actions, ne cherchent à s'informer de l'issue de cette procédure. Le tribunal n'a pas non plus établi le contrôle des actions mais a pourtant ordonné leur restitution. Selon la défenderesse, la décision du tribunal ne pourrait être interprétée ni comme déterminant la propriété des actions ni comme une reconnaissance par l'Etat défendeur sur ce point.
146. La défenderesse soutient également que « même dans l'hypothèse où MM. Darío Sainte Marie et Pey seraient effectivement convenus de la vente des actions de la société CPP S.A., cet accord aurait été en soi insuffisant pour effectuer le transfert du contrôle

concernant les actions en question en faveur de M. Pey ». Le contrat de vente des actions devrait être distingué du « *transfert du contrôle des actions concernées* » qui exige la satisfaction d'un certain nombre de conditions dont l'inscription au registre des actionnaires de la société. En l'espèce, les demanderessees n'auraient pas accompli les formalités imposées par le droit chilien sous peine de nullité.

147. Selon la défenderesse, les demanderessees prétendent à tort que « *le droit applicable au moyen d'acquisition du contrôle sur les actions de sociétés anonymes constituées au Chili serait le Code civil portugais (lieu où aurait été conclu le contrat d'achat-vente) ; le droit du canton de Genève (« lieu où le contrat a été achevé et signé » et où aurait été payé le prix convenu) ; et/ou le Code de commerce espagnol (« droit du lieu de résidence du vendeur »)* » en application du principe *locus regit actum*. Selon la défenderesse, l'application de cette règle concernerait certes la formation, les effets et l'interprétation du contrat mais n'exempterait pas du respect des formalités de cession d'actions en droit chilien.
148. La défenderesse fait valoir que ces formalités sont celles que prévoyait en 1972 le Code de commerce. Celles-ci prévaudraient sur celles du Code civil chilien invoquées par les demanderessees et pourtant inapplicables à la cession d'actions nominatives de sociétés anonymes.
149. La défenderesse prétend également que l'état du droit en chilien en 1972 ne permettrait pas l'émission d'actions au porteur. La réglementation en vigueur à partir de 1970, plus particulièrement l'article 451 du code de commerce et l'article 37 du règlement sur les sociétés anonymes, n'autoriseraient plus que les actions nominatives et exige que leur transfert s'effectue par le biais d'une inscription au registre des actionnaires. La doctrine comme la jurisprudence confirmeraient le fait que la validité d'une cession d'actions nominatives dépend de son inscription au registre des actionnaires, cette dernière ne pouvant être analysée comme une simple mesure de publicité.
150. La défenderesse en conclut qu'il était impossible en 1972 de procéder à l'acquisition d'actions nominatives par l'obtention de transferts signés en blanc. Les documents produits par les demanderessees ne satisferaient aucune des formalités imposées par la réglementation en vigueur et notamment l'article 37 du règlement sur les sociétés

anonymes qui exige entre autres choses la signature du cédant et du cessionnaire devant deux témoins. Les « *transferts en blanc* » ne constitueraient pas en eux-mêmes des titres de propriété et ne feraient pas davantage partie des modes de cession prévus la législation chilienne de l'époque qui ne prévoyait pas d'exception aux conditions de validité du transfert d'actions nominatives. Il ne s'agirait pas non plus d'une coutume qui, en toute hypothèse, ne serait appliquée que dans le silence de la loi et dont les demanderessees n'auraient pas prouvé l'existence.

151. La défenderesse insiste enfin sur le fait qu'aucune demande de transfert d'actions au nom et au profit de M. Pey Casado n'a été transmise au conseil d'administration comme l'exige l'article 37 du règlement sur les sociétés anonymes, règle reprise par ailleurs dans les statuts de CPP S.A. depuis le 30 mars 1972. Il n'existerait pas non plus d'inscription au registre des actionnaires au nom de M. Pey Casado, ainsi que le révèle la liste des actionnaires dressée dans les rapports de la surintendance des sociétés anonymes. L'argument selon lequel M. Pey Casado n'aurait pas eu le loisir d'effectuer les formalités nécessaires du fait des événements de septembre 1973 n'est pas crédible car, selon la défenderesse, M. Pey Casado avait tout le temps d'y procéder avant. Enfin, si vraiment un transfert d'actions avait été effectué au profit de M. Pey Casado, la société aurait émis de nouveaux titres au nom de l'intéressé, ce qui ne s'est jamais produit.

b) Position des demanderessees

152. Selon les demanderessees, M. Pey Casado aurait fait l'acquisition des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda au mois d'octobre 1972 et serait ainsi devenu titulaire d'un investissement au sens de la Convention CIRDI. Dans ses notes de plaidoirie relatives aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, la partie demanderesse a soutenu que l'investissement en cause satisfaisait la condition posée par la Convention CIRDI dans la mesure où la Convention ne fournit pas de définition de la notion d'investissement et n'exige pas le transfert physique de fonds sur le territoire de l'Etat contractant.¹⁰⁷

153. Comme la défenderesse, les demanderessees ont consacré la majeure partie de leurs développements sur la condition d'investissement au sens de la Convention CIRDI à

¹⁰⁷ V. notes de plaidoirie des demanderessees relatives aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, pp. 63-64. Les demanderessees invoquent la sentence rendue dans l'affaire *Fedax* au soutien de leur argument.

démontrer que M. Pey Casado était bien l'acquéreur et le propriétaire véritable des actions de CPP S.A.

154. Les demanderesses retracent ainsi dans leurs écritures ce qu'elles considèrent être la chronologie de l'acquisition des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Elles affirment ainsi que M. Pey Casado aurait versé à M. Darío Sainte Marie, alors propriétaire de l'intégralité du capital de CPP S.A., la somme de 500.000 USD le 29 mars 1972, au moyen d'un virement de la banque Manufacturers Trust Co. de Londres sur le compte bancaire de M. Darío Sainte Marie à Madrid. Le contrat signé à Estoril le 13 mai 1972 (les Protocoles d'Estoril) comporterait également la preuve de ce paiement en se référant au dépôt antérieur de 500.000 USD.
155. C'est en contrepartie de ce premier versement que M. Pey Casado aurait été nommé à la présidence du conseil d'administration de la société CPP S.A. et pris « *le contrôle effectif des entreprises* [CPP S.A. et EPC Ltda] ». Pour compléter cette contrepartie, M. Sainte Marie aurait, d'une part, mis à la libre disposition de M. Pey Casado 50% de ses participations dans la société EPC Ltda et, d'autre part, remis en mains propres à M. Pey Casado 25.200 actions de la société CPP S.A. avec leurs « *bordereaux de transfert signés en blanc* ». ¹⁰⁸ M. Pey Casado a lui-même expliqué devant le Tribunal qu'il envisageait de s'associer avec des personnes proches du monde politique et journalistique de manière à pouvoir se consacrer également à ses autres activités. Dans cette perspective, M. Pey Casado aurait proposé à M. González un paquet de 20.000 actions de la société CPP S.A., tout en conservant les titres et les bordereaux en blanc jusqu'à ce la situation politique et économique permette de déterminer le prix des actions. M. Pey Casado aurait procédé de façon identique avec MM. Venegas et Carrasco, réalisant ainsi une « *transaction d'usage commun* ». Il par ailleurs précisé que MM. Venegas et González ne se sont à aucun moment trouvés en possession des titres et des bordereaux de transfert, contrairement à ce qu'a pu affirmer la défenderesse.

¹⁰⁸ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 17. Les demanderesses précisent que les 25.200 titres remis sont enregistrés au nom de Darío, Osvaldo et Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser et Juana Labbé et se fondent sur les annexes C-109, C-113 (témoignage d'Osvaldo Sainte Marie, frère de Darío Sainte Marie) et C-43 (p. 2).

156. Le 13 mai 1972, M. Pey Casado et M. Sainte Marie seraient convenus de la somme de 1,28 million USD pour la vente de l'intégralité des 40.000 actions de la société CPP S.A. Les Protocoles d'Estoril, présentées par les demanderesses comme le contrat de vente des actions de CPP S.A., prendrait acte dans son article A d'un premier versement de 500.000 USD. Il offrirait par ailleurs à l'acheteur deux options : soit le versement, à deux reprises, de la somme de 250.000 USD (article A) et celui d'une rente viagère, soit deux versements de 500.000 USD et 280.000 USD (article F). C'est en combinant l'article A et l'article F que l'on parviendrait au prix de 1.280.000 USD effectivement payé par M. Pey Casado.
157. Le 23 septembre 1972, M. Sainte Marie aurait signé par devant notaire à Zürich un second pouvoir en faveur de M. Pey Casado, lui conférant la libre disposition de la marque *Clarín* et des dernières actions que M. Sainte-Marie possédait dans EPC Ltda, soit 4.5% du capital.¹⁰⁹
158. Les demanderesses affirment également que le contrat conclu à Estoril a été « *parachevé* » à Genève le 2 octobre 1972.¹¹⁰ A cette même date, « *étaient passées les écritures modificatives des Statuts de CPP S.A. et en assurant le contrôle effectif à celui qui, le lendemain, allait être mis en possession des actions et des transferts des actions dûment signés* ». Le 3 octobre 1972, M. Pey Casado a ainsi reçu des mains de M. Sainte Marie 14.800 actions de CPP S.A. avec les transferts signés en blanc qui correspondent à ces actions. M. Pey Casado ayant choisi d'exercer l'option de rachat de la rente viagère prévue dans les Protocoles d'Estoril, M. Darío Sainte Marie aurait pour sa part reçu la somme de 780.000 USD par les moyens de paiement suivants :

¹⁰⁹ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 18 et annexe C-80. M. Pey aurait procédé à la cession de ces 4,5% du capital d'EPC Ltda à CPP S.A. le 27 novembre 2007, à l'exception d'une action vendue à M. Carrasco (v. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral, du 11 septembre 2002, p. 18 et annexe C-68). La société CPP S.A. serait ainsi devenue actionnaire à 99% de la société EPC Ltda. C'est ce qu'a expliqué M. Pey Casado lors de l'audience du 5 mai 2003 : « *Comme déjà je disposais de la majorité des actions du Consortium j'ai utilisé ce pouvoir pour transférer la participation de M. Sainte Marie dans la société limitée au Consortium, je le répète, dont j'étais déjà l'actionnaire majoritaire. Dans le but d'éviter l'extinction de la société limitée, vu que selon la loi du Chili tout le patrimoine ne peut pas résider en une seule personne, j'ai décidé dans un accord commun avec M. Ramon Carrasco qu'il apparaisse nominalement avec 1 pour cent de la société limitée* » (transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 152).

¹¹⁰ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 19 et annexe C-66 (« *document de Genève* »).

- un premier virement de 500.000 USD d'un compte bancaire de M. Pey Casado à l'ordre de M. Sainte Marie ;
- un second virement de 250.000 USD d'un compte bancaire de M. Pey Casado vers un compte bancaire de M. Sainte Marie à la Citibank de Genève ;
- un ordre de paiement pour un montant de 10.000 USD depuis un compte bancaire de M. Pey Casado, remis en mains propres à M. Sainte Marie par M. Pey Casado le 3 octobre 1972 ;
- une lettre de change pour un montant de 20.000 USD, remise par M. Pey Casado à M. Sainte Marie, à la même date.

159. Les demanderesses en concluent que M. Pey Casado a bien fait l'acquisition des 40.000 titres¹¹¹ de la société CPP S.A. auprès de M. Sainte Marie pour la somme de 1,28 million USD. Les autorités chiliennes l'auraient du reste confirmé en ne mettant pas en question la validité du transfert de propriété au moyen de bordereaux de transfert signés en blanc intervenu au profit de M. Pey Casado.

160. Les demanderesses estiment même que les autorités chiliennes ont reconnu à plusieurs reprises que M. Pey Casado avait fait l'acquisition des titres de CPP S.A. Il leur serait désormais impossible de revenir sur cette position et de mettre en avant des arguments en ce sens contraire.

161. La combinaison du décret n°165 de 1965, complété par le décret n°580 de 1975, avec le décret n°1200 de 1977 montrerait que M. Pey Casado était considéré comme le propriétaire de la société CPP S.A.¹¹² Les demanderesses insistent sur le fait que le Ministère de l'intérieur a rendu public, à peine quelques jours avant l'adoption du décret n°165, un

¹¹¹ Les demanderesses indiquent que le capital social de CPP S.A. a toujours été de 40.000 actions, l'émission de 1.040.000 actions libérées approuvée par le Directoire en décembre 1972 n'ayant pas été effectuée (v. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 21 et communication n°01500 de la surintendance des valeurs et des assurances du Chili du 5 mai 1995 en annexe C-79).

¹¹² V. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse du 23 février 2003, pp. 42-43. Le décret suprême n°16 du 8 janvier 1979 le confirmerait en indiquant que l'interdiction faite à M. Pey de disposer de ses biens ne s'applique pas aux biens relatifs à la société Socomer. *A contrario*, l'interdiction s'appliquerait à tous les autres biens de M. Pey et donc aux actions de CPP S.A. (v. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 42-43).

mémoire dans lequel il est conclu que « [...] *c'est ce dernier [M. Pey] qui a acheté le consortium publicitaire et périodique S.A., et l'entreprise périodique Clarín [...]* ». ¹¹³

162. Les éléments de la procédure pour infraction à la législation fiscale introduite en 1975 par le directeur du service des impôts internes viendraient corroborer cette conclusion. Les demanderesses invoquent ainsi le rapport d'expertise des inspecteurs des impôts remis à la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel le 26 novembre 1975 qui conclut que M. Pey Casado est bien l'acquéreur de la société CPP S.A. : « *encore que les transferts d'actions aient été effectués aux personnes indiquées dans les paragraphes précédents [MM. Venegas, González et Carrasco], ces dernières n'ont pas reçu les titres, ayant signé à leur tour des bordereaux de transfert en blanc en faveur de Víctor Pey Casado, qui du 30 Mars au 6 Décembre 1972 était président du Directoire de la Société, d'où l'on déduit que ce doit être ce dernier qui a acheté le Consortium Publicitaire et Périodique S.A.* ». ¹¹⁴
163. Les demanderesses estiment en outre que MM. Venegas, González et Carrasco n'ont pas été condamnés dans cette procédure car ils n'ont produit « *aucun antécédent, titre ni cause d'aucune sorte de nature à fonder l'achat de la moindre action de CPP S.A.* » et en l'absence d'un acte imposable (la prétendue acquisition d'actions de CPP S.A.), le juge chilien ne pouvait leur reprocher de ne pas avoir payé d'impôt. ¹¹⁵ Cela expliquerait pourquoi la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel a accepté de restituer à M. Pey Casado les titres de CPP S.A. après avoir demandé « *que soit démontrée préalablement la pleine propriété des actions dont la restitution est demandée* ». ¹¹⁶ En ordonnant la restitution des titres de CPP S.A. à M. Pey Casado le 29 mai 1995, la justice chilienne aurait elle aussi confirmé que M. Pey Casado en était le seul et véritable propriétaire, M.

¹¹³ V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, pp. 41-42 et annexe C-8. V. également la transcription de l'audience du 5 mai 2003, pp. 59-65 (Me Garcés) et le rapport du Conseil de défense de l'Etat au Ministre de l'intérieur cité par Me Garcés en date du 16 octobre 1974 : « *Des antécédents qui s'y rattachent, il résulterait que c'est Víctor Pey qui a acheté le Consortium et la société limitée étant donné qu'il a effectué les paiements correspondants au moyen de US 780 000 dollars [...] à part les 500 000 dollars que Sainte Marie avait reçus auparavant* » (transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 65).

¹¹⁴ V. rapport d'expertise des inspecteurs des impôts remis à la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel le 26 novembre 1975, p. 5 (annexe C-43).

¹¹⁵ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 47. M. Pey a quant à lui été déclaré en rébellion (v. *ibid.*, p. 48 et annexe C-197).

¹¹⁶ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 49, pp. 51-52 et annexe 21 à la requête d'arbitrage, du 3 novembre 1997.

Pey Casado ayant indiqué au tribunal que la restitution des titres devait lui permettre « *d'entreprendre des actions destinées à attaquer les prétendues expropriations* ». Afin de contourner la reconnaissance judiciaire des droits de propriété de M. Pey Casado, la défenderesse s'emploie aujourd'hui à critiquer le bien-fondé de la décision du juge chilien.

164. Les demanderesses ajoutent que le Conseil de défense de l'Etat du Chili aurait également reconnu la qualité de propriétaire de M. Pey Casado sur la totalité des actions de CPP S.A. dans la procédure relative à la restitution de la rotative Goss. Enfin, le gouvernement chilien aurait lui-même reconnu la qualité d'actionnaire de M. Pey Casado en se référant en 1997 à « *la réalisation des opérations commerciales destinées à acquérir le patrimoine dont la confiscation fait l'objet de votre réclamation* ». ¹¹⁷
165. La défenderesse ayant ainsi reconnu à plusieurs occasions que M. Pey Casado était propriétaire des titres de CPP S.A., l'argument selon lequel M. Pey Casado devrait être qualifié de « *simple mandataire* » de M. Sainte Marie ou de MM. Venegas et González serait totalement infondé. Les demanderesses résument leur position sur ce point dans les termes suivants :

« • la seule personne [M. Pey Casado] qui a passé contrat, entièrement rempli les conditions à la satisfaction du vendeur pour un montant de 1.280.000\$, reçu et conservé la totalité des titres d'actions, dirigé seul les entreprises à partir du départ de M. Darío Sainte-Marie en avril 1972, qui a été proclamé l'acquéreur à la lumière de toutes les enquêtes diligentées par l'Etat du Chili, en a subi la confiscation, ne peut pas être un simple ' mandataire ' successif des uns ou des autres ;

• des personnes qui n'ont passé aucun contrat [MM. Venegas et González], prétendent avoir acheté des parts de l'entreprise pour des sommes qui situeraient la valeur totale de l'entreprise entre 4.000 et 5.000 \$ U.S. Or elles ne peuvent attester le paiement du moindre centime, ne peuvent démontrer avoir été en possession d'aucun titre d'actions à aucun moment. De plus, elles ont été reconnues par l'Etat du Chili à l'époque comme n'ayant pu être acquéreurs, et n'ont jamais subi de confiscations. Comment dans ces conditions pourraient-elles être les propriétaires, conjointement à la personne qui a vendu toutes ses actions à M. Pey ? » ¹¹⁸

¹¹⁷ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 56.

¹¹⁸ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 33.

166. Après avoir rappelé que MM. Venegas, González et Carrasco n'ont pas apporté la preuve de ce qu'ils avaient acheté les actions de la société CPP S.A. et n'ont fourni notamment aucune preuve de paiement, les demanderesses contestent l'authenticité et la crédibilité des déclarations de décharge de MM. Venegas et González du 23 novembre 1974. Les prétendues décharges, à supposer qu'il s'agisse des véritables décharges déposées par ces personnes auprès des autorités de l'époque,¹¹⁹ montreraient essentiellement « *la collusion* »¹²⁰ entre ces derniers et les autorités chiliennes. La lecture de leurs déclarations révélerait qu'ils ne peuvent fournir la moindre preuve de leur achat, ce qui expliquerait pourquoi ils ont pu être qualifiés de « *prête-noms* » et pourquoi ils acceptent l'un et l'autre le maintien de l'interdiction frappant les actions de CPP S.A. tout en demandant la levée de cette interdiction sur tous leurs autres biens.
167. Les demanderesses voient par ailleurs une autre preuve de la propriété de M. Pey Casado sur les actions de CPP S.A. dans le testament que M. Sainte Marie a passé par-devant notaire à Madrid, le 28 mars 1979, et qui ne fait aucune mention, dans l'inventaire des biens de M. Sainte Marie, de CPP S.A. ni d'EPC Ltda. Il en irait de même des testaments de MM. González et Carrasco qui ne contiennent aucune référence aux actions litigieuses.
168. Dans le but de démontrer la validité de l'acquisition réalisée par M. Pey Casado, les demanderesses soutiennent que le mode d'interprétation du contrat de vente retenu par la défenderesse est totalement inadapté. La lecture effectuée par la défenderesse ferait abstraction du contexte dans lequel les Protocoles d'Estoril et le Document de Genève ont été conclus et ne tiendraient aucun compte de la relation de confiance unissant M. Pey Casado et M. Sainte Marie. Or, ce sont précisément les rapports intimes qu'entretenaient les deux parties au contrat et la rapidité avec laquelle la décision de vendre a été prise qui

¹¹⁹ Les demanderesses soutiennent qu'il ne s'agit pas réellement de décharges et reproche à l'Etat défendeur de s'être livré à une « *distorsion-falsification manifeste touchant le cœur de la question de la propriété* » (v. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 80). Les demanderesses insistent sur le fait que le décret n°165 du 10 février 1975 ne se réfère qu'aux décharges de MM. Osvaldo Sainte Marie et Marion Osses et ne fait aucune mention des prétendues décharges de MM. Venegas et González dont la défenderesse affirme qu'elles datent du 23 décembre 1974 (v. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 81).

¹²⁰ V. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 82. Les demanderesses ajoutent que les prétendus témoignages de MM. Venegas et Ovalle, recueillis les 20 et 18 novembre 2002, ne sont guère crédibles d'autant qu'ils sont contredits par les propres déclarations de MM. Venegas et González de novembre 1975 devant la huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago (v. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 100).

expliqueraient la formulation et la structure du contrat. L'analyse avancée par la défenderesse, qui fait de M. Pey Casado un mandataire ou un intermédiaire remplissant les obligations fixées dans un contrat de dépôt, serait donc inexacte.

169. Les demanderesses ont également procédé à l'exposé du droit applicable au contrat de vente des titres de CPP S.A. et ont résumé leur position au cours de l'audience du 5 mai 2003. S'agissant de la forme des contrats, il conviendrait d'appliquer la règle *locus regit actum*. Les deux contrats dont disposent les demanderesses ayant été conclus respectivement à Estoril et à Genève, le droit portugais et le droit suisse leur seraient applicables et tous deux respecteraient le principe de liberté de forme des contrats. Pour ce qui concerne le fond du contrat, la règle de conflit portugaise désignerait la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, en l'espèce, la loi espagnole. La règle de conflit suisse désignerait également la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Le droit espagnol applicable ne comporterait qu'une seule exigence de fond, celle du contrat de vente et donc d'un accord sur la chose et sur le prix, conditions qui seraient réunies en l'espèce. La cession d'actions ainsi réalisée ne produirait ses effets au Chili qu'à la condition que soient satisfaites les exigences posées par le Code civil chilien, qui pour la tradition d'une action requiert la simple remise du titre. Les demanderesses précisent que les contrats ont bien été exécutés, l'acheteur ayant effectué un paiement de 1,28 million USD et le vendeur ayant remis les titres et les bordereaux de transfert en blanc correspondants.
170. Les demanderesses ont examiné plus particulièrement le « régime juridique de la transmission des actions sociales nominatives » et soutiennent que « selon le régime légal en vigueur en Espagne, au Portugal, en Suisse et au Chili les actions nominatives 1. étaient transférables sans acquiescement préalable de la société émettrice. En ce cas l'auteur du transfert devait se borner à notifier à cette dernière la cession, afin qu'elle soit inscrite au Livre-Registre des actionnaires aux fins de relation éventuelle avec la Société, et de publicité à l'égard des tiers ; 2. leur transfert par acte juridique pouvait avoir lieu par la remise du titre endossé à l'acquéreur. En l'espèce cela a pris la forme d'une

variante de cet endossement avec la remise du titre original à l'acquéreur joint à une lettre signée de « transfert des actions » (traspaso de acciones). »¹²¹

171. Elles précisent également dans leurs écritures que l'inscription d'une personne au livre-registre des actionnaires d'une SA, mesure de publicité à l'égard de la société et des tiers, requiert au préalable la démonstration de la qualité de propriétaire des actions. La preuve requise serait constituée par les titres et les bordereaux de transfert correspondants. Selon les demanderesse, la remise par le cédant au cessionnaire du bordereau de transfert des actions signé par la personne au nom de qui figurent les actions¹²² « *constitue de façon coutumière, et reconnue par la jurisprudence, un droit d'accès à la publicité* » du statut d'actionnaire. Les demanderesse concluent que « *la coutume et la jurisprudence reconnaissent ainsi que le détenteur légitime du bordereau de transfert dispose du droit de désigner l'attributaire des actions en ne faisant pas figurer immédiatement le nom du cessionnaire dans l'emplacement réservé à cet effet sur le bordereau* ». Le cessionnaire aurait dès lors le choix entre deux solutions : faire figurer son nom sur le bordereau de transfert, le signer, le présenter à l'inscription au registre pour archivage des titres et des bordereaux de transfert et remise des nouveaux titres émis au nom de l'intéressé ; ou laisser le transfert en blanc et, « *le cas échéant, [...] le remettre, avec le titre d'actions correspondant, à un cessionnaire à venir, retransmettant ainsi successivement la subrogation initiale, jusqu'à ce qu'un propriétaire souhaite effectuer une nouvelle inscription* ». ¹²³
172. Les demanderesse ajoutent que l'utilisation des titres accompagnés de transferts signés en blanc pour acquérir le capital d'une société est un « *procédé habituel, courant, banal qui se*

¹²¹ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 38-39. Les demanderesse jugent sans pertinence l'argumentation développée par la défenderesse sur les actions au porteur au motif que « *rien n'apparente les pratiques utilisées à l'usage ' titres au porteur ', puisque, les titres des actions sont nominatifs et que l'usage des bordereaux de transfert correspondants implique qu'ils soient remplis nominativement, par qui en dispose légitimement, avec signature nominale du titulaire des actions corrélatives* » (v. réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 42).

¹²² Selon les demanderesse, cette personne peut être « *le cédant ou la dernière personne à avoir été inscrite pour ces actions au Registre des Actionnaires* » (exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 13).

¹²³ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, pp. 13-14.

pratique depuis toujours et partout », qui « *ne présente pas la plus petite trace d'illégalité.* »¹²⁴

173. Víctor Pey Casado s'est exprimé devant le Tribunal pour confirmer l'existence de la pratique coutumière décrite par les demanderesses. M. Pey Casado a ainsi indiqué que « *nous avons convenu d'un procédé simple et facile, en usage courant dans les couloirs de la Bourse de Santiago : consigner les titres des actions, et les transferts signés en blanc de celles-ci, dans les formulaires dont disposait la Bourse des Valeurs de Santiago à cet effet* ». ¹²⁵
174. L'examen de la jurisprudence pertinente permettrait, selon les demanderesses, de tirer les conclusions suivantes :

« La qualité de propriétaire d'actions d'une S.A. ne peut être attestée que par l'ensemble d'éléments suivants :

a) Le titre constitutif de la mutation de la propriété de ces actions (par exemple, un contrat d'achat et vente dont les conditions ont été réunies),

b) La possession effective et légitime des titres de propriété desdites actions (titres des actions avec, le cas échéant, le(s) bordereau(x) de transfert correspondant(s) signé(s) par le ou leurs(s) titulaire(s) figurant au Livre-Registre des Actionnaires).

Le Livre-Registre des Actionnaires quant à lui permet seulement

d'attester – sous réserve de données opposables en sens contraire – l'identité de la personne dont

a) les prises de position et échanges peuvent être acceptés par la Société en relation avec les actions,

b) les dettes envers des tiers de bonne foi peuvent entraîner la mise en cause des actions ». ¹²⁶

175. En conséquence, Víctor Pey Casado devrait être considéré comme le seul et véritable propriétaire des actions de CPP S.A., lui qui détient les titres et les bordereaux de transfert signés en blanc.

¹²⁴ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 31.

¹²⁵ Transcription de l'audience du 29 octobre 2001, p. 84-85 (Víctor Pey Casado).

¹²⁶ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 64.

176. Les demanderesses relèvent en outre que l'Etat défendeur, qui prétend que la validité de la cession des actions de CPP S.A. dépend de son inscription au « *livre registre des actionnaires* », refuse de produire ce document et, de ce fait, n'est pas en mesure de prouver le bien-fondé de ses allégations. En toute hypothèse, l'inscription de MM. Venegas, González et Carrasco au livre-registre des actionnaires serait sans effet sur la propriété des actions litigieuses du fait que ces personnes n'en ont jamais fait l'acquisition et n'ont jamais été en possession des titres et des formulaires de transfert, contrairement à M. Pey Casado.
177. Le fait que M. Pey Casado n'ait pas utilisé, pour sa part, les formulaires de transfert en blanc qu'il possédait pour procéder à une inscription au livre-registre des actionnaires s'expliquerait, d'une part, par la saisie du livre-registre par l'armée chilienne en septembre 1973, et, d'autre part, par l'absence de délai relatif à l'accomplissement de cette formalité qui, au demeurant, ne constitue pas une obligation puisqu'aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect. Selon les demanderesses, la coutume commerciale en vigueur au Chili en 1972 permettait du reste d'attendre la fin des négociations pour apposer le nom de l'attributaire du transfert sur le formulaire et procéder à l'inscription sur le livre-registre des actionnaires. Le livre-registre des actionnaires, en possession de M. Pey Casado avant d'être saisi par l'armée le 11 septembre 1973, n'a toujours pas été restitué à son propriétaire, empêchant ainsi ce dernier d'accomplir la formalité de publicité à laquelle il a toujours été en droit de procéder.
178. A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Tribunal estimerait que M. Pey Casado n'est pas le propriétaire des actions de la société CPP S.A., les demanderesses indiquent que depuis le mois d'avril 1972, M. Pey Casado exerce un contrôle absolu sur les sociétés CPP S.A. et EPC Ltda, fait que l'Etat défendeur aurait reconnu. Les demanderesses invoquent également la clause de la nation la plus favorisée afin de se voir appliquer l'article 1.2 de l'API Chili-Australie et le protocole de l'API Chili-France qui tous deux reconnaîtraient la notion de contrôle effectif.

2. Conclusions du Tribunal

179. Au vu des éléments exposés et des documents produits par les parties, le Tribunal estime tout d'abord que M. Pey Casado a effectivement procédé à l'acquisition des sociétés CPP

S.A. et EPC Ltda, contrairement aux allégations de la défenderesse. Il estime également que cette acquisition doit être considérée comme un investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI.

a) M. Pey Casado a fait l'acquisition des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda

180. L'époque à laquelle se sont déroulés les faits de la présente affaire est à la fois lointaine et marquée par une situation politique et économique très particulière. Aussi l'établissement des faits s'est-il avéré une tâche difficile et chaque partie s'est employée à défendre une version des faits au moyen de la documentation dont elle pouvait disposer. Après un examen attentif des arguments et des pièces soumises par les parties, le Tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des preuves, est parvenu à la conclusion que M. Pey Casado a acheté l'intégralité des actions de la société CPP S.A. au cours de l'année 1972. Cette conclusion repose sur trois éléments principaux que sont la conclusion de ce que les parties appellent les « *Protocoles d'Estoril* », complétés par ce qu'elles appellent le « *Document de Genève* », les versements effectués au profit de M. Darío Sainte Marie pour un montant total de 1,28 million USD et la remise à M. Pey Casado, en plusieurs paquets, des titres de la société accompagnés de leurs formulaires de transfert signés en blanc.
181. Le Tribunal estime qu'il est établi que M. Pey Casado a bien versé à M. Darío Sainte Marie la somme de 500.000 USD le 29 mars 1972, au moyen d'un virement de la banque Manufacturers Trust Co. de Londres sur le compte bancaire de M. Darío Sainte Marie à Madrid.¹²⁷ L'annexe 21 à la requête d'arbitrage montre clairement qu'un virement de cette somme a été effectué vers le compte de M. Sainte Marie au *Banco hispano americano*, qui l'a reçu le 4 avril 1972. C'est effectivement ce dont prend acte le contrat intitulé « *Protocoles d'Estoril* », signé le 13 mai 1972, et qui parmi les obligations « *déjà satisfaites* » incluait le « *dépôt antérieur de US\$ 500.000* ». ¹²⁸
182. Le Tribunal juge crédible la thèse des demanderesse selon laquelle M. Darío Sainte Marie était propriétaire de l'intégralité du capital de CPP S.A. au moment où ont commencé les

¹²⁷ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 16. Les demanderesse se fondent sur l'annexe 21 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997 pour établir la preuve du virement.

¹²⁸ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 16 et la copie des Protocoles d'Estoril en annexe C-65.

négociations pour la vente des actions de la société. M. Osvaldo Sainte Marie, frère de Darío Sainte Marie, déclare en effet dans son témoignage qu'aucun des actionnaires n'avait acquis ses titres en dehors de M. Sainte Marie, seul propriétaire de la société CPP S.A.¹²⁹ Il est clair pour le Tribunal que M. Darío Sainte Marie et M. Pey Casado ont successivement eu recours à la même pratique consistant à acheter tous les titres de la société, à inscrire au registre des actionnaires un certain nombre d'autres actionnaires et à émettre des titres en leur nom, tout en conservant ces titres avec les formulaires de transfert signés en blanc. L'émission des titres permettait de se conformer à la législation sur le nombre d'actionnaires requis pour éviter la dissolution de la société et de bénéficier de la possibilité de récupérer et/ou céder des titres au moment choisi. Le Tribunal reviendra sur cette pratique plus loin dans ses développements.

183. Comme l'a relevé la défenderesse, 93% des titres émis¹³⁰ avant la vente du capital à M. Pey Casado l'étaient au nom de M. Darío Sainte Marie. Les 7% restant avaient été émis au nom de membres de sa famille qui, comme l'a expliqué M. Osvaldo Sainte Marie, n'avaient effectué aucun paiement à cette fin.
184. Le 30 mars 1972, M. Pey Casado est nommé à la présidence du conseil d'administration, confirmant ainsi que l'intéressé prend progressivement le contrôle de la société CPP S.A. Le 6 avril 1972, M. Darío Sainte Marie a consenti à M. Pey Casado devant notaire le pouvoir de céder 50% des droits qu'il détenait dans la société EPC Ltda et d'en fixer le prix. M. Pey Casado affirme avoir reçu à cette même date de M. Sainte Marie un paquet de 25.200 actions, accompagnés de leurs bordereaux de transfert signés en blanc. De l'avis du Tribunal, c'est le mode d'acquisition utilisé par MM. Pey Casado et Sainte Marie, évoqué ci-dessus, qui rend possible et crédible cette version des faits, contrairement à ce que prétend la défenderesse. En effet, M. Pey Casado a soutenu qu'il avait pour ambition de « *consolider la possession du journal par un groupe réduit de personnes qui assureraient, au-delà de ma propre existence, la position indépendante du journal* ».

¹²⁹ Témoignage d'Osvaldo Sainte Marie du 8 octobre 1975 (annexe C-113). (« *Ninguno de los socios, salvo Darío Sainte Marie, aportan nada de su patrimonio. Son acciones de favor que nos regala el propietario del Consorcio* », p. 7). V. également la plainte pour délits fiscaux déposée par le directeur du service national des impôts internes le 1^{er} septembre 1975, p. 2 (annexe C-42).

¹³⁰ Ce pourcentage du capital correspond à 37.200 actions.

[...] ».¹³¹ C'est dans cette perspective qu'il a proposé la vente d'un certain nombre d'actions à M. González, puis M. Venegas et enfin M. Carrasco. La situation économique de l'époque ne permettant pas de fixer le prix des titres, M. Pey Casado les a conservés ainsi que les bordereaux de transfert signés par chacun des intéressés, de façon à ce que M. Pey Casado puisse signer à son tour le bordereau de transfert, dans l'hypothèse où il ne serait pas donné suite à la vente à l'un ou l'autre des acheteurs potentiels. Ainsi, en même temps que M. Pey Casado effectuait l'acquisition du capital de la société CPP S.A., des titres étaient émis au nom de MM. González, Venegas et Carrasco dans la perspective d'une éventuelle association avec M. Pey Casado.

185. Le 13 mai 1972, M. Pey Casado et M. Sainte Marie ont signé le document intitulé « *Protocoles d'Estoril* » au Portugal.¹³² Les demandereses voient dans ce document un

¹³¹ V. la transcription de l'audience du 29 octobre 2001, p. 84 (M. Pey).

¹³² V. annexe C-65. Les Protocoles d'Estoril prévoient dans leur partie pertinente :

« *Obligations complémentaires à celles déjà satisfaites, acceptées par les deux parties*

A. *Il sera déposé [au bénéfice de] D.S.M. US\$ 250.000 au même lieu et sous la même forme que le dépôt antérieur de US\$ 500.000 et il sera remis à V.P., qui la conservera par devers lui, une lettre de change, [qui viendra] à échéance dans le délai d'un an à compter de la présente date pour US\$ 250.000 (deux cent cinquante mille dollars), payables en Escudos chiliens au taux de change [pratiqué par] les courtiers, plus les impôts relatifs au règlement des droits d'achat de devises en vigueur au Chili au moment où sera effectué le paiement total.*

B. *Les éléphants seront sortis au 31.12.71.*

C. *Seront restituées les lettres endossées par DSM qui sont à la présente date en la possession de la Banque d'Etat.*

D. *Il sera régularisé un contrat de rente viagère qui permettra à DSM de percevoir 30% (trente pour cent) des revenus que feront apparaître les bilans jusqu'au décès de DSM, moment à partir duquel cette rente viagère sera de 3% (trois pour cent) en faveur de chacune des personnes mentionnées au point G, rentes qui s'éteindront au décès de chacun des bénéficiaires.*

E. *Une fois remplies toutes les conditions [exposées] ci-dessus DSM remettra à V P 50% des actions du Consortium que DSM conserve en sa possession, avec les transferts en blanc, il transférera la marque « Clarín » au Consortium et consentira à VP un pouvoir aux fins de transférer la totalité de sa participation dans Clarín Ltée., incluant toutes les prérogatives légales et statutaires, qu'il posséderait à cette date, au prix et aux conditions que VP estimera convenable, prix que DSM donnera pour reçu.*

F. *DSM accepte qu'en remplacement de ce qui est stipulé aux points A et D il lui soit déposé US\$ 500.000 (cinq cent mille dollars 0/00) à son nom dans une banque suisse et que soit remis à VP une lettre de change, à son ordre, venant à échéance dans le délai d'un an, pour US\$ 280.000 (deux cent quatre-vingt mille dollars), lettre qui devra être payée en Suisse. En garantie de ce paiement DSM gardera en sa possession 12.000 (douze mille) actions du Consortium. En cas d'acceptation de cette option par VP il est convenu l'élimination des rentes viagères mentionnées au point B.*

contrat de vente de l'intégralité des 40.000 actions de la société CPP S.A. pour la somme de 1,28 million USD. La défenderesse a pour sa part soutenu que les Protocoles d'Estoril ne pouvaient être qualifiés de contrat de vente, ne serait-ce que du fait de son intitulé « *obligations complémentaires à celles déjà satisfaites, acceptées par les deux parties* » qui ne pourrait être celui d'un contrat de vente. Le Tribunal reviendra plus en détail sur la méthode d'interprétation qu'il convient d'adopter mais tient d'ores et déjà à préciser que, conformément au principe d'interprétation de l'effet utile, ce document doit être interprété de manière à lui donner un sens, en tenant compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion et son exécution.

186. A ce stade, le Tribunal se limitera à indiquer que les Protocoles d'Estoril prévoient effectivement le paiement de 1,28 million USD, si l'on prend en compte le premier « *dépôt* » de 500.000 USD déjà effectué sur le compte de M. Sainte Marie et la somme de 780.000 USD résultant de la combinaison des clauses A et F. Le contrat prévoit par ailleurs la remise de 50% des actions de CPP S.A., ce qui correspond à 20.000 actions. Les 5200 actions supplémentaires reçues le 6 avril, qui n'apparaissent pas expressément dans les Protocoles, ont pourtant bien été achetées. Les Protocoles d'Estoril précisent en effet qu'ils établissent « *des obligations complémentaires à celles déjà satisfaites, acceptées par les deux parties* ». ¹³³ La remise des 5.200 actions par Darío Sainte Marie à Víctor Pey Casado, qui a eu lieu avant le 13 mai, doit être rangée dans la catégorie de ces obligations déjà satisfaites et acceptées par les parties. L'obtention de ces actions est du reste confirmée par les documents postérieurs à la vente dans lesquels il est conclu que M. Pey Casado a acquis la totalité des actions de la société CPP S.A.

G. *Les bénéficiaires des rentes viagères au taux de 3% (trois pour cent) chacune, mentionnées au point D sont : CARMEN KAISER LABBE, CARLOS DARÍO SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN DOROTEA SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN VERONICA SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN PAOLA SAINTE-MARIE KAISER ET JUAN PABLO SAINTE-MARIE KAISER, au total six bénéficiaires.*

H. *Dans le courant de 1973 seront sortis les éléphants de l'année 1972 ».*

¹³³ V. également l'explication de M. Pey Casado lors de l'audience du 7 mai 2003: « *Tous les accords auxquels nous sommes parvenus ainsi que ceux intervenus avant le Protocole d'Estoril et le Protocole d'Estoril lui même, et aussi l'accord intervenu ultérieurement dans le Document de Genève en octobre 1972, tous ces accords ont toujours été rédigés par moi, de ma propre main. Tous ont été confisqués par les autorités chiliennes et je n'ai pu récupérer que ceux qui ont été gardés à la Huitième Chambre criminelle de Santiago dans la procédure dont on a beaucoup parlé pendant cet arbitrage. Le prix définitif a été fixé à Estoril le 13 mai 1972* » (v. la transcription de l'audience du 7 mai 2003, pp. 533 (M. Pey Casado)).

187. Le 14 juillet 1972, 20.000 titres de la société CPP S.A. ont été émis au nom de M. González et son nom a été inscrit dans le livre-registre des actionnaires de la société. Dans le même temps, M. Pey Casado conservait les titres émis et les bordereaux de transfert en blanc signés par M. González.
188. Le 14 août 1972, 2.800 titres sont émis au nom de M. Darío Sainte Marie. Il s'agit de ceux détenus par les membres de la famille de M. Darío Sainte Marie,¹³⁴ remis à M. Pey Casado le 6 avril 1972. Le 6 septembre de la même année, 5.200 titres, auparavant au nom de M. Sainte Marie, sont émis au nom de M. Venegas. Ce sont ces titres, accompagnés des formulaires de transfert en blanc signés par M. Venegas, que M. Pey Casado a conservés.
189. Le 23 septembre 1972, M. Sainte Marie a signé devant le Consul du Chili résidant à Zürich un « *pouvoir spécifique* » conférant à M. Pey Casado le droit de procéder à la vente de tout ou partie des droits de M. Sainte Marie en qualité d'associé d'EPC Ltda ainsi que le droit de vendre à CPP S.A. un éventail de marques commerciales ayant trait au journal *Clarín*.¹³⁵ M. Pey Casado a du reste fait usage de ce pouvoir en cédant 3,5% du capital de EPC Ltda à CPP S.A. et le pourcent restant à M. Carrasco.¹³⁶
190. Le 2 octobre 1972, M. Pey Casado rédige un document dit Document de Genève, à l'attention de M. Sainte Marie, afin de compléter les dispositions des Protocoles d'Estoril.¹³⁷ M. Pey Casado confirme dans ce document avoir reçu 12.000 actions de la

¹³⁴ Il s'agit de MM. Osvaldo Sainte-Marie, Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser Labbé et de Mme Juana Labbé Venegas.

¹³⁵ V. annexe C-80.

¹³⁶ V. annexe C-68.

¹³⁷ Le Document de Genève prévoit dans sa partie pertinente :

« *Monsieur Darío Sainte-Marie*

En main propre

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

a) Que soit complètement réglée une lettre de change acceptée par moi et tirée en votre faveur, à échéance du 11 septembre 1973 ;

société de CPP S.A. D'après les demanderessees, ces 12.000 actions ont été effectivement remises le lendemain, ainsi que les 2.800 autres actions que détenait M. Sainte Marie. Le fait que ces actions ne soient pas expressément mentionnées dans le document n'enlève rien au fait qu'elles ont été remises à M. Pey Casado. Ainsi que l'a déjà relevé le Tribunal, des documents émanant des autorités chiliennes confirment que la totalité des actions a bien été acquise par M. Pey Casado.¹³⁸ Ce dernier était du reste en la possession de toutes les actions et des formulaires de transfert correspondants lorsque l'armée les a saisis.

191. En échange de ces actions et des formulaires de transfert, M. Pey Casado a payé la somme de 780.000 USD par le biais de virements et d'une lettre de change au profit de M. Sainte Marie que M. Pey Casado affirme avoir remise en mains propres au vendeur.
192. Les demanderessees ont fourni la preuve que des virements de 500.000 USD¹³⁹ et 250.000 USD¹⁴⁰ ont été effectués au profit de M. Sainte Marie à partir du compte en banque n°11.235 à la *Bank für Handel und Effekten* dont M. Pey Casado était le titulaire.¹⁴¹ Elles ont également apporté la preuve d'un virement de 10.000 USD, qui toutefois ne mentionne pas le nom du destinataire.¹⁴² Elles affirment également que M. Pey Casado a remis à M. Sainte Marie une lettre de change pour un montant de 20.000 USD. Bien que les

b) Que vous soyez libéré de toute obligation ou sanction fiscale émanant de l'Entreprise Périodique Clarín Ltée et /ou du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. relatives aux exercices et bilans annuels jusqu'au 31 décembre 1972 ; et

c) Que vous soyez exonéré de toute obligation, dettes et/ou retraits justifiés sur votre compte personnel ou celui de l'un quelconque des membres de votre famille jusqu'au 30 septembre 1972, tant en [ce qui concerne] l'Entreprise Périodique Clarín Ltée, que le Consortium Publicitaire Périodique S.A.

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

¹³⁸ V. le rapport d'expertise des inspecteurs des services des impôts internes du 26 novembre 1975, p. 5, produit en annexe C-43.

¹³⁹ V. Ordre de paiement à M. Sainte Marie de 500.000 USD à partir du compte n°11.235, produit en annexe C-67.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ V. attestation de la *Bank für Handel und Effekten* du 22 juillet 1997 produite en annexe 4 au mémoire des demanderessees du 17 mars 1999.

¹⁴² V. Ordre de paiement de 10.000 USD à partir du compte n°11.235, produit en annexe C-161.

demanderesse n'aient pas produit de copie de cette lettre de change,¹⁴³ le Tribunal estime que ces paiements ont bien été effectués. En effet, des documents émanant des autorités chiliennes de l'époque indiquent de façon tout à fait officielle que le compte n°11.235 de M. Pey Casado avait fait l'objet d'un transfert de 780.000 USD¹⁴⁴ et concluent que M. Pey Casado a effectivement effectué le paiement d'une somme du même montant au profit de M. Sainte Marie.¹⁴⁵

193. Le 18 octobre 1972, 1.200 titres sont émis au nom de M. Venegas et 1.600 autres titres sont émis au nom de M. Carrasco. Comme dans les cas précédents, M. Pey Casado a conservé ces titres ainsi que les formulaires de transfert en blanc signés par les intéressés.
194. Pour ce qui concerne EPC Ltda, les parties sont d'accord sur le fait que la société CPP S.A. a fini par détenir 99% du capital. Elles s'opposent en revanche sur l'identité du véritable propriétaire du un pourcent restant. Pour la défenderesse, le 1% restant serait la propriété de M. Carrasco que lui aurait vendu M. Sainte Marie. M. Pey Casado soutient au contraire qu'il bénéficiait d'un pouvoir lui permettant de vendre l'intégralité des actions d'EPC Ltda. M. Pey Casado, qui jouissait de la sorte d'un contrôle total sur EPC Ltda, aurait donc pu céder facilement un pourcent du capital à M. Carrasco et faire émettre un titre à son nom pour éviter la dissolution.¹⁴⁶
195. La seule lecture des pièces ne suffit pas à déterminer l'identité du véritable acquéreur du un pourcent restant du capital de la société EPC Ltda.¹⁴⁷ Néanmoins, confronté à deux

¹⁴³ Les parties demanderesse se fondent en partie sur l'attestation de M. Osvaldo Sainte Marie, produite en annexes C113 et D19.

¹⁴⁴ V. notamment plainte déposée par le directeur national du service des impôts internes du 19 mars 1976, produit en annexe C-41 et mémorandum du Ministère de l'intérieur du 3 février 1975, produit en annexe C-8.

¹⁴⁵ V. mémorandum du Ministère de l'intérieur du 3 février 1975, produit en annexe C-8.

¹⁴⁶ V. la transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 152 (M. Pey): « *Dans le but d'éviter l'extinction de la société limitée, vu que selon la loi du Chili tout le patrimoine ne peut pas résider en une seule personne, j'ai décidé dans un accord commun avec M. Ramon Carrasco qu'il apparaisse nominativement avec 1 pour cent de la société limitée* » (souligné par nous).

¹⁴⁷ L'annexe 68 produite par les demanderesse indique simplement que M. Pey Casado a vendu à M. Carrasco, par devant notaire, un pourcent du capital et des droits de la société EPC Ltda. Une autre pièce produite par les demanderesse indique que M. Carrasco se serait ensuite engagé à revendre ses actions d'EPC Ltda (v. mémorandum du Sous-secrétaire d'Etat à l'intérieur du 3 février 1975 (annexe C-8): « *En novembre 1992 Sainte-Marie cédait au même Carrasco Peña 1% de l'Entreprise Périodique "Clarín", ce dernier s'obligeant et promettant de vendre ce 1% au Consortium Publicitaire et Périodique S.A. pour la somme de 1000 escudos* »).

présentations des faits contradictoires, le Tribunal est convaincu que la version présentée par M. Pey Casado est la plus vraisemblable car la détention de 1% du capital d'EPC Ltda n'avait pour M. Carrasco, actionnaire captif, aucun intérêt en termes de contrôle de la société. Elle ne pouvait avoir pour but que de satisfaire aux exigences de la loi chilienne sur le nombre d'actionnaires, dans l'intérêt de celui qui contrôlait la société, M. Pey Casado. Ce dernier était donc bien le véritable propriétaire du un pourcent restant.

196. Au vu des éléments qui précèdent, le Tribunal est en mesure de conclure que M. Pey Casado a effectivement fait l'acquisition, pour la somme de 1,28 million USD, de la totalité des titres¹⁴⁸ de la société CPP S.A., qui elle-même possédait l'intégralité du capital de la société EPC Ltda.
197. La conviction du Tribunal est renforcée par le fait que la version des faits activement défendue par l'Etat du Chili n'est étayée par aucune preuve pertinente et n'est pas susceptible d'être conciliée avec l'existence de certains documents jugés probants par le Tribunal.
198. Afin d'étayer la thèse selon laquelle MM. González, Venegas, Carrasco et Sainte Marie auraient été les véritables acquéreurs et propriétaires des actions de CPP S.A., la défenderesse se fonde essentiellement sur les documents suivants :
- les titres en possession desquels se trouvait M. Pey Casado à l'époque et que les demanderesse ont produits ;
 - les demandes de décharge effectuées en 1974 par MM. González et Venegas, dans lesquelles ils acceptent la confiscation des titres de CPP S.A. ;
 - les déclarations de González, Venegas, Carrasco de 1975 affirmant qu'ils sont les propriétaires des actions litigieuses devant la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago ;
 - les décisions de justice dans lesquelles ces mêmes personnes n'ont pas été condamnées pour fraude fiscale.

¹⁴⁸ Le capital social de CPP S.A. est bien resté de 40.000 actions ainsi qu'en atteste la communication n°01500 de la surintendance des valeurs et des assurances du Chili du 5 mai 1995 (annexe C-79).

199. Le Tribunal constate toutefois que la défenderesse n'a produit aucun contrat de vente des actions auquel l'un ou l'autre des prétendus actionnaires aurait été partie. La défenderesse n'a pas davantage fourni de preuve d'un éventuel paiement émanant de ces personnes.
200. La défenderesse n'a pas non plus fourni d'explication crédible sur l'existence des formulaires de transfert en blanc signés par MM. González, Venegas, Carrasco et Sainte Marie. Selon la défenderesse, il s'agirait simplement d'une anomalie qui ne se prêterait à aucune explication logique. La défenderesse n'apporte pas non plus d'éclaircissement satisfaisant sur les raisons pour lesquelles ces formulaires se trouvaient en possession de M. Pey Casado¹⁴⁹ et non en possession de leurs prétendus propriétaires. L'argument selon lequel M. Pey Casado aurait été mandaté par MM. González, Venegas, Carrasco pour vendre leurs actions n'est fondé que sur de simples affirmations et aucun contrat en ce sens n'a été produit par la défenderesse.
201. La défenderesse ne parvient pas non plus à concilier sa propre version des faits avec les documents contractuels conclus entre M. Sainte Marie et M. Pey Casado. Elle se contente de décrire M. Pey Casado comme une sorte de mandataire ou d'intermédiaire dans une transaction qui serait sans rapport avec la cession des actions et dont on ne pourrait déterminer précisément la teneur.
202. Les demanderesses ont pour leur part produit un ensemble de documents qui montrent que les autorités chiliennes ont à plusieurs reprises conclu que M. Pey Casado avait acquis les titres de CPP S.A. et les avaient conservés avec les formulaires de transfert en blanc.
203. M. Pey Casado a constamment été visé par une série de décrets adoptée peu après la saisie du journal El Clarín. Ainsi, un premier texte, le décret-loi n°77 du 13 octobre 1973, déclare illicites et dissoutes les entités affiliées à la mouvance marxiste¹⁵⁰ et prévoit que les

¹⁴⁹ Les autorités chiliennes de l'époque ont écrit à plusieurs reprises que les titres et les formulaires de transfert correspondants se trouvaient en la possession de M. Pey lorsque la saisie a été effectuée. V. par exemple, le rapport du conseil juridique du Ministre de l'intérieur du 16 octobre 1974, le rapport du Conseil de la défense de novembre 1974, communiqués par le Chili le 12 novembre 2002, le mémorandum du Ministère de l'intérieur du 3 février 1975, produit en annexe C-8 et la plainte déposée par le directeur national du service des impôts internes du 19 mars 1976, produit en annexe C-41.

¹⁵⁰ Le décret vise dans son article 1 « *les partis, entités, groupements, factions ou mouvements [d'affiliation marxiste], [...] 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* ».

biens des entités dissoutes passeront en pleine propriété de l'Etat.¹⁵¹ Un décret suprême n°1726 du 3 décembre 1973 est ensuite adopté en vue de l'application de l'article 1 du décret-loi n°77 et prévoit que le Ministre de l'intérieur est chargé d'identifier les entités visées par le décret-loi. S'agissant des personnes physiques, le Ministre de l'intérieur déclarera de la même façon la mise à l'étude de leur situation patrimoniale.¹⁵² C'est le décret exempté n°276 du 21 octobre 1974 qui applique les dispositions du décret-loi n°77 aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. C'est également dans ce décret qu'apparaît pour la première fois le nom de Víctor Pey Casado. Le décret déclare en effet la mise à l'étude de la situation patrimoniale de MM. Darío Sainte Marie, Osvaldo Sainte Marie, Víctor Pey Casado, Mario Osses González, Emilio González González, Jorge Venegas Venegas et Ramon Carrasco Peña.

204. A peine quelques jours avant l'adoption du décret n°276, le 16 octobre 1974, le conseiller juridique du Ministre de l'intérieur a écrit à ce dernier pour lui indiquer que les titres de la société CPP S.A. et les formulaires de transfert correspondants avaient été trouvés en la possession de M. Pey Casado et de l'ensemble des éléments examinés, « [...] *il résulterait que c'est Víctor Pey Casado qui a acheté le Consortium Publicitaire et Périodique S.A. et l'Entreprise Périodique Clarín Ltée [...]* ». ¹⁵³ De même, dans un rapport du Conseil de défense de l'Etat datant de 1974,¹⁵⁴ il est également conclu que « *c'est à Pey que se trouvent ainsi transmis tous les droits dans les sociétés propriétaires de Clarín et de ses bâtiments, machines, fonds, etc* », et ce sur le fondement d'une analyse des Protocoles d'Estoril et de la remise des titres et des formulaires de transfert à M. Pey Casado par MM. González, Venegas et Carrasco.

205. Un mémorandum du 3 février 1975, qui indique avoir été lu en public par le Sous-secrétaire d'Etat à l'intérieur, parvient à une conclusion identique :

¹⁵¹ V. décret-loi n°77 du 13 octobre 1973 déclarant illicites et dissolvant les partis politiques indiqués, article 1 (annexe 19 au mémoire des demanderesse, du 17 mars 1999).

¹⁵² V. décret suprême n°1726 approuvant le règlement en vue de l'application de l'article 1 du décret-loi n°77 de 1973 (annexe 73 au contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003).

¹⁵³ Annexe produite par le Chili le 12 novembre 2002.

¹⁵⁴ Il est vraisemblable que ce rapport date de 1974 ; il manque la première page de ce rapport produit par le Chili le 12 novembre 2002.

*« Des éléments exposés et compte tenu que tous les titres relatifs aux actions et les transferts en blanc [émanant] des personnes au nom desquelles ces titres figurent, furent trouvés en la possession de Víctor Pey, il résulte que c'est ce dernier qui a acheté le Consortium Publicitaire et Périodique S.A., et l'Entreprise Périodique Clarín, effectuant les paiements correspondants au moyen de US\$ 780.000 fournis par la Banque Nationale de Cuba sans préjudice des US\$ 500.000 que Sainte Marie avait reçu antérieurement ».*¹⁵⁵

206. Ce mémorandum confirme également le mode d'acquisition des actions utilisé par M. Pey Casado :

« Le titre en faveur de González González régularisé le 14 juillet de cette même année 1972, ne fut pas remis à son bénéficiaire, mais fut conservé par un personnage, Víctor Pey Casado, joint à un transfert blanc signé, naturellement, par González, comme il est attesté d'une manière digne de foi par l'enquête. [...]

En date des 6 septembre et 18 octobre 1972, des transferts de 5.200 et 1.200 actions respectivement furent réalisés en faveur de Jorge Venegas Venegas, la société donnait son agrément au titre correspondant. Toutefois aussi bien les titres que les transferts signés en blanc par Venegas ont été également trouvés en la possession de Víctor Pey Casado. [...]

*Le 18 octobre 1972, il est réalisé un nouveau transfert de 1600 actions, propriété de Darío Sainte Marie, en faveur de Ramon Carrasco Peña, qui, comme cela avait été le cas précédemment, n'a pas non plus reçu le titre corrélatif, mais l'a remis à Pey Casado, avec un transfert signé en blanc ».*¹⁵⁶

207. C'est seulement une semaine après la publication de ce mémorandum qu'est adopté le décret n°165 du 10 février 1975 qui prévoit la confiscation des biens meubles des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda et d'un ensemble d'immeubles appartenant à ces mêmes sociétés. Le préambule du décret se réfère expressément au décret n°276 et mentionne spécifiquement M. Pey Casado.¹⁵⁷

208. Quelques mois plus tard, le décret suprême n°580 du 24 avril 1975 déclare que M. Pey Casado se trouve dans la situation prévue à l'article 1.2 du décret-loi n°77¹⁵⁸ qui lui-même

¹⁵⁵ V. mémorandum du Sous-secrétaire d'Etat à l'intérieur du 3 février 1975 (annexe C-8).

¹⁵⁶ V. annexe C8, pp. 2-3.

¹⁵⁷ V. Décret suprême n°165 du Ministère de l'intérieur du 10 février 1975, para. 5 du préambule (annexe 1 au mémoire des demandesses, du 17 mars 1999).

¹⁵⁸ Décret suprême n°580 du 24 avril 1975, article 3 (annexe 20 à la requête d'arbitrage, du 3 novembre 1997). Le décret suprême n°580 du 24 avril 1975 modifie également par son article 1 le décret suprême n°165 pour y ajouter un bien immeuble.

prévoit que « [les] biens [des partis politiques et des autres entités mentionnées dans les sections précédentes¹⁵⁹] passeront en pleine propriété à l'Etat [...] ». Ce décret transfère également à l'Etat la propriété de certains fonds déposés auprès de l'Association d'épargne et de prêts Ahorromet appartenant à M. Pey Casado¹⁶⁰. Le décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977 vient compléter le décret suprême n°580 en déclarant que « passent en pleine propriété à l'Etat les biens meubles et immeubles, droits et actions, appartenant audit Pey Casado, et en particulier, la totalité des fonds investis en certificats d'épargne indexés de la Banque centrale du Chili ». ¹⁶¹

209. A la fin de l'année 1975, au cours de la procédure pendante devant la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago, les inspecteurs des services des impôts internes ont présenté un rapport d'expertise qui, une fois encore, concluait que M. Pey Casado avait fait l'acquisition des actions de la société CPP S.A. :

« Cela étant, encore que les transferts d'actions aient été effectués aux personnes indiquées dans les paragraphes précédents, ces dernières n'ont pas reçu les titres, ayant signé à leur tour des transferts en blanc en faveur de Víctor Pey Casado, qui du 30 mars au 6 décembre 1972 était président du Directoire de la Société, d'où l'on déduit que ce doit être ce dernier qui a acheté le Consortium Publicitaire et Périodique S.A. ». ¹⁶²

¹⁵⁹ Ces entités comprennent notamment « les associations, sociétés ou entreprises de quelque nature que ce soit, qui directement ou au travers de tierces personnes appartiendraient ou seraient par l'une d'entre elles [entités d'affiliation marxiste] » (article 1 du décret n°77).

¹⁶⁰ Décret suprême n°580 du 24 avril 1975, article 4 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997). Le décret précise également dans son considérant n°6 que MM. Venegas et González ont formulé des décharges dans lesquelles ils acceptent la confiscation des titres de la société CPP S.A., tout en demandant à jouir de la libre disposition de tous leurs autres biens. De telles décharges ne suffisent pas à prouver que MM. Venegas et González sont les véritables acquéreurs des actions faute de preuve venant conforter cette version des faits. Il est par ailleurs surprenant que MM. Venegas et González aient accepté la confiscation d'un seul de leurs prétendus biens, précisément celui dont l'acquisition est revendiquée par M. Pey Casado et reconnue à maintes reprises par les autorités chiliennes de l'époque.

¹⁶¹ Décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977, article 2 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997). Ce même décret transfère en outre la propriété de tous les droits et actions de M. Pey Casado dans la société Socomer Ltda et ses filiales (article 2). V. également la communication secrète entre le Ministre des terres et de la colonisation et le Ministre de l'intérieur du 10 novembre 1977 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

¹⁶² Rapport des inspecteurs des services des impôts internes du 26 novembre 1975, p. 5 (annexe C-43). Les inspecteurs concluent également que le vrai propriétaire des entreprises serait Salvador Allende, Víctor Pey Casado ayant acquis les actions « sur commission de Salvador Allende Gossens » (p. 6). On retrouve des conclusions similaires dans une production de documents effectuée par le directeur national du service des impôts internes qui indiquait que « ces transferts ont été trouvés, de même que les titres auxquels j'ai fait référence précédemment, dans les bureaux de Víctor Pey Casado, qui, pour le compte et sur commission de

210. Les décisions rendues dans cette affaire par la Huitième Chambre n'ont pas condamné MM. Gonzales, Venegas et Carrasco pour infraction fiscale faute de preuve. M. Pey Casado a quant à lui été déclaré rebelle.¹⁶³ La défenderesse en conclut que MM. González, Venegas et Carrasco ont été reconnus par la justice comme étant les véritables propriétaires des actions de la société CPP S.A. Or, au vu des pièces versées au dossier, de la décision de la Huitième Chambre du 29 mai 1995 et des contradictions internes à l'argumentation de la défenderesse, le Tribunal ne peut parvenir à une telle conclusion.
211. Les décisions des 11 décembre 1975, 11 juin 1976 et 17 janvier 1977 sont particulièrement elliptiques et ne font pas apparaître leur motivation. La décision rendue le 11 décembre 1975 indique simplement qu' « *attendu la valeur probante du dossier il n'y a pas lieu à déclarer d'accusation Jorge Venegas Venegas, Emilio González González et Ramon Carrasco Peña* ». ¹⁶⁴ De même, dans sa décision du 11 juin 1976, la Cour d'appel de la Huitième Chambre a rejeté l'appel formé contre la première décision, estimant que les conditions de l'infraction reprochée à MM. González, Venegas et Carrasco n'étaient pas remplies.¹⁶⁵ Enfin, la Huitième Chambre a jugé le 17 janvier 1977 que « *au moyen des différents antécédents réunis dans le dossier n'apparaît pas complètement justifié l'existence du délit prévu et sanctionné à l'art. 97 N°4 du Code des Impôts, imputé à Jorge Venegas, Emilio González et Ramon Carrasco en ce qu'ils auraient indiquée comme prix d'acquisition des actions du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. un prix inférieur au [prix] véritable, dans le but d'échapper à l'impôt* ». ¹⁶⁶
212. La juridiction chilienne s'est donc contentée de constater que l'accusation n'avait pas rassemblé suffisamment de preuve pour établir l'existence d'une infraction fiscale. A aucun moment, la Huitième Chambre n'a affirmé ou reconnu que « *seuls les achats d'actions effectués par [MM. González, Venegas et Carrasco] auprès de CPP SA seraient*

Salvador Allende, contrôlait les sociétés propriétaires du Quotidien Clarín, les prête-noms Carrasco, Venegas et González apparaissant devant les tiers » (annexe C-41).

¹⁶³ V. décision de la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel du 1^{er} septembre 1976 (annexe C-197).

¹⁶⁴ Annexe 88 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

¹⁶⁵ Annexe 89 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

¹⁶⁶ Annexe 90 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

valables ». ¹⁶⁷ Il n'y a aucun élément dans les pièces fournies par la défenderesse qui aille en ce sens. ¹⁶⁸

213. Le 1^{er} février 1995, M. Pey Casado a déposé une demande devant la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago afin d'obtenir la restitution des « *titres et instruments originaux de cession d'actions signés en blanc* » par MM. González, Venegas, Carrasco et Sainte Marie, correspondant aux 40.000 actions de la société CPP S.A. Le requérant précisait dans sa demande qu'il avait pour « *but d'entreprendre des actions destinées à attaquer les prétendues expropriations de biens faisant partie du patrimoine de la société Consortium Publicitaire et Périodique S.A. [...]* ». ¹⁶⁹
214. La Huitième Chambre a signifié la demande de M. Pey Casado au service des impôts internes qui n'a pas réagi à cette signification. Le 19 mai 1995, le Tribunal correctionnel a demandé à ce que soit « *démontré préalablement la pleine propriété des actions dont la restitution est demandée* ». ¹⁷⁰ M. Pey Casado a fait valoir les éléments suivants : en vertu de l'article 700 du code civil, le possesseur est réputé propriétaire dès lors que personne d'autre ne justifie de cette qualité ; la qualité de possesseur et propriétaire de M. Pey Casado n'a jamais été contestée ; il n'existe pas de registre public « *qui ferait foi de l'inscription des instruments de cessions d'actions, dès lors que tous les antécédents relatifs à cette société furent confisqués de manière illicite ; et la restitution sollicitée a précisément pour objet la reconstitution du livre des actionnaires, avec toutes les formalités et moyens de publicité qu'exigent aussi bien la Loi que le Règlement des Sociétés Anonymes* ». ¹⁷¹
215. Le 29 mai 1995, au vu « *de la valeur probante des antécédents* », la Huitième Chambre a accepté d'ordonner la restitution des documents demandés. Après examen du dossier, le Tribunal correctionnel a estimé que M. Pey Casado ne pouvait prouver sa qualité de

¹⁶⁷ Réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, p. 57.

¹⁶⁸ Dans leurs déclarations devant la Huitième Chambre, MM. González, Venegas, Carrasco n'ont fait qu'affirmer avoir acheté les actions de CPP S.A. Les attestations postérieures de MM. Venegas et Ovalle ne prouvent pas davantage que les actions de CPP S.A. ont été acquises par MM. González, Venegas, Carrasco.

¹⁶⁹ V. annexe 21 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

¹⁷⁰ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 51.

¹⁷¹ *Id.*

propriétaire qu'à l'aide des éléments du dossier judiciaire qu'il détenait, reconnaissant par là même que M. Pey Casado était effectivement l'acquéreur et le propriétaire des actions.

216. La défenderesse a fait valoir que cette décision était mal fondée. Le Tribunal correctionnel se serait dispensé d'établir au préalable si le requérant avait la qualité de propriétaire et n'aurait pas informé les « véritables intéressés » - MM. González, Venegas, Carrasco - du dépôt de la demande de M. Pey Casado.
217. Le Tribunal arbitral constate d'une part que la décision de la Huitième Chambre était publique et qu'elle n'a pas fait l'objet d'un quelconque recours par le service des impôts internes ou par des tiers susceptibles d'être intéressés par l'affaire. Le Tribunal correctionnel s'est par ailleurs prononcé sur le fondement des pièces demandées par le requérant et des arguments qui lui ont été présentés pour accueillir favorablement la demande de restitution de M. Pey Casado. La décision de la juridiction chilienne constitue ainsi un élément supplémentaire permettant de conclure que M. Pey Casado doit être considéré comme l'acquéreur et le propriétaire des titres de CPP S.A.
218. En outre, l'argument supplémentaire de la défenderesse selon lequel la décision de la Huitième Chambre ne constituerait pas une reconnaissance judiciaire du droit de propriété de M. Pey Casado sur les actions parce qu'il s'agirait d'une « *pure décision procédurale dérivant simplement de la possession physique des documents de la part du demandeur au moment de leur confiscation* »¹⁷² n'est pas convainquant.
219. Dans le souci d'être complet, le Tribunal examinera en dernier lieu l'argument de défenderesse visant à contester la validité juridique du contrat de vente des actions de CPP S.A.
220. Le Tribunal rappellera que, dans le dernier état de son argumentation, l'Etat défendeur a estimé inutile l'analyse de droit international privé développée par les demanderesses et concentré sa critique sur la qualification du contrat avancée par celles-ci.¹⁷³

¹⁷² Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 108.

¹⁷³ V. la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 280-281 (Me Di Rosa): « *On a parlé hier du droit applicable, mais en réalité dans ce type d'accord ce qui prévaut c'est le texte même du contrat, mais ni le Document d'Estoril ni le Document de Genève ne font jamais référence à une vente achat d'actions du Consortium CPP* ». Pour l'argumentation antérieure, v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 293-297.

L'argumentation de la défenderesse revient en réalité à accepter l'analyse de droit international privé des demanderesses et à soutenir que les Protocoles d'Estoril et le Document de Genève ne peuvent être interprétés comme un contrat de vente des actions de CPP S.A., quel que soit le droit applicable. Dans cette perspective, la défenderesse a développé toute une argumentation fondée sur les termes précis employés par les Protocoles d'Estoril et le Document de Genève. En analysant les termes du contrat isolément et de façon littérale, la défenderesse s'est efforcée de montrer que ces documents ne pouvaient, en définitive, avoir aucune signification précise.

221. Le Tribunal relèvera d'emblée que les autorités chiliennes de l'époque ne semblent avoir eu aucune difficulté à qualifier de contrat de vente la transaction conclue entre M. Sainte Marie et M. Pey Casado.
222. En outre, s'il est vrai que l'utilisation de certains termes manque de précision ou paraît inadapté,¹⁷⁴ le Tribunal estime qu'il convient d'adopter une méthode d'interprétation qui confère un effet utile aux documents qui lui sont soumis. En l'espèce, les circonstances entourant la rédaction et la conclusion des Protocoles d'Estoril et du Document de Genève sont décisives et ne peuvent être simplement écartées. M. Pey Casado et M. Sainte Marie, unis par des liens d'amitié, n'ont pas entouré d'un formalisme pointilleux le déroulement de la transaction et la rédaction des documents qui la matérialisent. Il y a toutefois bien un accord sur la chose et sur le prix, sans contrainte de forme, ce qui satisfait les conditions posées par le droit applicable selon l'analyse non contestée des demanderesses lors des audiences de mai 2003.
223. En effet, comme cela résulte de l'examen des faits et des prises de position des autorités chiliennes, M. Pey Casado a bien procédé au paiement, en plusieurs fois, de la somme de 1,28 million de USD et M. Sainte Marie lui a remis, en plusieurs fois également, les 40.000 actions de CPP S.A. Le fait que les Protocoles d'Estoril et le Document de Genève ne soient pas totalement exhaustifs et aient pu être complétés par des accords verbaux entre les parties est tout à fait compatible avec l'application du principe de liberté de forme des contrats.

¹⁷⁴ C'est le cas, par exemple, du terme « *dépôt* » ou, dans un autre registre du terme « *éléphants* » (v. annexe C-65 précitée).

224. Toutefois, même dans l'hypothèse où il existerait un contrat de vente entre M. Pey Casado et M. Sainte Marie, la défenderesse estime qu'il est nécessaire de distinguer entre le contrat de vente des actions, dont la validité serait établie, et le « *transfert du contrôle des actions concernées* » qui exigerait la satisfaction d'un certain nombre de formalités sous peine de nullité.
225. Les demanderesses estiment pour leur part qu'il était possible et conforme au droit chilien en 1972 d'acquérir des actions nominatives par le biais de la remise des titres émis au nom d'un tiers et du formulaire de transfert en blanc signé par le tiers en question. Il suffisait de procéder ultérieurement aux formalités prévues par la loi pour que les actions figurent au nom de l'acquéreur. Il s'agissait là, selon les demanderesses, d'un usage commercial répandu.
226. Après examen de l'argumentation des parties, le Tribunal considère que s'il existait une pratique courante telle que la décrivent les demanderesses, il était tout de même nécessaire en 1972 de respecter les formalités prescrites par l'article 451 du code de commerce et l'article 37 du règlement sur les sociétés anonymes afin d'acquérir la propriété des actions avec effet *erga omnes*. La demanderesse et le Professeur Guillermo Bruna, qui a donné une consultation à la demanderesse,¹⁷⁵ n'ont pas apporté la preuve de l'existence d'un usage permettant d'acquérir la pleine propriété des actions avec effet *erga omnes* par la remise du titre émis au nom d'un tiers et du formulaire de transfert en blanc signé par ce tiers.
227. En revanche, le Tribunal n'est pas davantage convaincu par la démonstration de la défenderesse sur les conséquences du défaut d'accomplissement des formalités et, notamment de l'inscription au livre-registre des actionnaires. La défenderesse soutient en effet que le non-respect des formalités entraîne la nullité absolue des actes qui ne s'y conforment pas,¹⁷⁶ sans toutefois documenter son affirmation. Après avoir affirmé la « *primauté incontestable du code de commerce sur le code civil en la matière* », elle ne désigne aucune disposition de ce code prévoyant la sanction de nullité en cas de non

¹⁷⁵ V. consultation du Professeur Guillermo Bruna du 21 juin 2002 (D17).

¹⁷⁶ V. consultation du Professeur Sandoval pour la défenderesse du 3 février 2003, p. 25.

respect de l'article 451. La jurisprudence¹⁷⁷ et la doctrine¹⁷⁸ 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 susceptible de rendre le transfert litigieux inopposable aux tiers et à la société.¹⁷⁹

228. En l'absence de délai spécifique imposé par la législation en vigueur pour procéder aux formalités requises,¹⁸⁰ 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 question 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.

229. Le Tribunal conclut que, au moment où a été effectuée la saisie du journal El Clarín, M. Pey Casado devait être considéré comme le seul propriétaire légitime des actions de la société CPP S.A.

230. Il convient à présent de déterminer si l'opération réalisée par M. Pey Casado satisfait la condition d'investissement posée par l'article 25 de la Convention CIRDI.

b) L'acquisition des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda satisfait la condition d'investissement au sens de la Convention CIRDI

231. Les parties ont fait valoir l'une et l'autre, à juste titre, que la Convention CIRDI ne contient pas de définition de la notion d'investissement. L'examen de la jurisprudence CIRDI fait

¹⁷⁷ V. décision de la Cour suprême du Chili du 15 décembre 1942 (annexe 37) ; décision de la Cour suprême du Chili du 27 novembre 1991, rendue sous l'empire d'une nouvelle législation (annexe 38) ; décision de la Cour d'appel de Valparaiso du 5 novembre 1935 (annexe 39).

¹⁷⁸ V. Julio Olavarria Avila, *Manual de Derecho Comercial*, 1970, pp. 354-357 (annexe 36 du rapport Sandoval).

¹⁷⁹ V. décision de la Cour d'appel de Valparaiso du 5 novembre 1935, considérant n°5 (annexe 39 du rapport Sandoval).

¹⁸⁰ Le délai posé à l'article 37 ne concerne que « *les transferts présentés avant la clôture du registre des actionnaires* ».

cependant apparaître qu'il existe au moins deux conceptions de la notion d'investissement au sens de la Convention CIRDI. La première se contente d'identifier un certain nombre de « *caractéristiques* » qui permettraient de conclure à l'existence d'un investissement. Il suffirait, dans cette conception, que certaines de ces « *caractéristiques* » habituelles de l'investissement, pas nécessairement toutes, se rencontrent au cas d'espèce pour que l'on puisse conclure que l'on se trouve en présence d'un investissement. C'est la solution qu'ont retenue les tribunaux arbitraux dans les affaires *Fedax c. Venezuela*¹⁸¹, *CSOB c. Slovaquie*¹⁸² et, plus récemment, *MCI c. Equateur*¹⁸³. Cette conception peu exigeante de l'investissement est également défendue par certains auteurs.¹⁸⁴ D'autres tribunaux arbitraux retiennent au contraire une véritable définition de l'investissement qui suppose la satisfaction de critères spécifiques. Si l'ensemble de ces critères ne sont pas cumulativement satisfaits, ils en concluent qu'il ne saurait y avoir d'investissement au sens de la Convention CIRDI¹⁸⁵. Cependant, dans la définition de ces critères, la jurisprudence arbitrale n'est pas totalement uniforme. Certains tribunaux ont jugé qu'il existe un investissement dès lors que sont réunis trois éléments : l'existence d'un apport dans le pays concerné, le fait que cet apport porte sur une certaine durée et qu'il comporte, pour celui qui le fait, un certain risque.¹⁸⁶ D'autres ont estimé, à partir d'une analyse reposant sur le préambule de la Convention CIRDI, que l'existence d'un investissement au sens de la Convention CIRDI reposait sur la réunion de quatre éléments, les trois précédents étant complétés par l'élément de contribution de l'opération litigieuse au développement économique de l'Etat d'accueil.¹⁸⁷ Quelques décisions isolées ont même conclu qu'il ne

¹⁸¹ *Fedax N.V. c. Venezuela*, affaire CIRDI n°ARB/96/3, décision sur la compétence du 11 juillet 1997, para. 43.

¹⁸² *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République slovaque*, affaire CIRDI n°ARB/97/4, décision sur la compétence, 24 mai 1999, para. 90, in Emmanuel Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pédone 2004, p. 577, spéc. p. 598.

¹⁸³ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Equateur*, affaire CIRDI n°ARB/03/6, sentence, 31 juillet 2007, para. 165.

¹⁸⁴ V. spéc. Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention : a Commentary*, 2001, p. 140, para. 122.

¹⁸⁵ Sur les différents courants d'interprétation de la notion d'investissement au sens de la Convention CIRDI, v. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 828, et les obs. sous la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Bayindir* le 14 novembre 2005, JDI 2006.362.

¹⁸⁶ V. spéc. *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Algérie*, affaire CIRDI n°ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005, para. 13(iv), JDI 2006.237, spéc. pp. 239-240. V. également *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie*, affaire CIRDI n°ARB/05/3, décision du 12 juillet 2006, para. 72(iv).

¹⁸⁷ V. spéc. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Morocco*, affaire CIRDI n°ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, para. 52, JDI 2002, p. 208 ; *Joy Mining Machinery Limited c. République*

pouvait y avoir d'investissement si le demandeur ne pouvait établir que l'opération réalisée avait contribué positivement au développement de l'Etat d'accueil.¹⁸⁸

232. Le présent Tribunal estime pour sa part qu'il existe bien une définition de l'investissement au sens de la Convention CIRDI et qu'il ne suffit pas de relever la présence de certaines des « *caractéristiques* » habituelles d'un investissement pour que cette condition objective de la compétence du Centre soit satisfaite. Une telle interprétation reviendrait à priver de toute signification certains des termes de l'article 25 de la Convention CIRDI, ce qui ne serait pas compatible avec l'exigence d'interpréter les termes de la Convention en leur donnant un effet utile, comme l'a justement rappelé la sentence rendue dans l'affaire *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Egypte* le 6 août 2004.¹⁸⁹ Selon le Tribunal, cette définition ne comprend en revanche que trois éléments. L'exigence d'une contribution au développement de l'Etat d'accueil, difficile à établir, lui paraît en effet relever davantage du fond du litige que de la compétence du Centre. Un investissement peut s'avérer utile ou non pour l'Etat d'accueil sans perdre cette qualité. Il est exact que le préambule de la Convention CIRDI évoque la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil. Cette référence est cependant présentée comme une conséquence, non comme une condition de l'investissement : en protégeant les investissements, la Convention favorise le développement de l'Etat d'accueil. Cela ne signifie pas que le développement de l'Etat d'accueil soit un élément constitutif de la notion d'investissement. C'est la raison pour laquelle, comme l'ont relevé certains tribunaux arbitraux, cette quatrième condition est en réalité englobée dans les trois premières.

arabe d'Egypte, affaire CIRDI n° ARB/03/11, sentence sur la compétence du 6 août 2004, para. 53, JDI 2005.163, p. 168 ; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006, para. 91. Cette dernière décision nuance son analyse en précisant que les quatre éléments énumérés doivent être examinés dans leur globalité. V. également *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/05/19, décision sur la compétence du 17 octobre 2006, para. 77 et *Saipem S.p.A. c. La République populaire du Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/07, décision sur la compétence et recommandation sur les mesures provisoires du 21 mars 2007, para. 99.

¹⁸⁸ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, affaire CIRDI n° ARB/05/10, sentence du 17 mai 2007, para. 125 et 139. V. également *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, affaire CIRDI n° ARB/99/7, décision sur la demande d'annulation du 1^{er} novembre 2006, para. 29.

¹⁸⁹ Affaire CIRDI n° ARB/03/11, sentence sur la compétence du 6 août 2004 ; paras.49-50, JDI 2005.163, p. 167.

233. En l'espèce, les trois conditions qui commandent la qualification de l'investissement, l'existence d'un apport, le fait que cet apport porte sur une certaine durée et qu'il comporte, pour celui qui le fait, certains risques, sont à l'évidence satisfaites.

- a) M. Pey Casado a en effet apporté ses propres capitaux afin d'acquérir les entreprises CPP S.A. et EPC Ltda. Il leur a également apporté son savoir-faire d'ingénieur et s'est impliqué dans la gestion du journal en assumant les fonctions de président du conseil d'administration de la société CPP S.A.
- b) M. Pey Casado a effectué son investissement pour une durée indéterminée, au moins pour plusieurs années. Le fait que les titres des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda et leurs biens ait été saisis ne saurait sérieusement être invoquée pour conclure que la condition de durée n'est pas satisfaite en l'espèce.
- c) Enfin, l'acquisition et l'exploitation d'un journal, certes largement diffusé,¹⁹⁰ est une opération présentant certains risques, le secteur d'activité étant marquée d'une forte spécificité et le contexte économique et politique de l'époque étant incertain.

234. Bien qu'il estime que la condition de contribution au développement de l'Etat d'accueil n'est pas requise, le Tribunal relève, à titre surabondant, qu'elle serait en toute hypothèse satisfaite en l'espèce. L'acquisition et le développement du journal Clarín, dont le tirage était, selon les acteurs de l'époque, le plus important du pays, a indubitablement participé à l'essor économique, social et culturel du pays.

235. Le Tribunal conclut des développements qui précèdent que la condition d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI est bien satisfaite en l'espèce.

¹⁹⁰ V. par exemple l'article de journal produit en annexe C-84 et les déclarations de Me Garcés et Víctor Pey Casado lors de l'audience du 5 mai 2003 (transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 24 et p. 134 respectivement).

B. La condition de nationalité au sens de la Convention CIRDI

236. La deuxième question contestée concernant la compétence du Tribunal arbitral et du Centre est celle de savoir si M. Pey Casado remplissait ou non la condition d'être le ressortissant d'un Etat autre que l'Etat défendeur, Etat d'accueil de l'investissement.

237. L'article 25 (2) a) de la Convention CIRDI précise que « *ressortissant d'un autre Etat contractant* » signifie :

« toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistré conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ; »

238. Le moment pertinent pour apprécier la nationalité de M. Pey Casado est donc celui de la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage, ainsi que la date à laquelle la requête a été enregistrée. Dans le cas d'espèce, M. Pey Casado a consenti à l'arbitrage du CIRDI, par une déclaration écrite à Santiago, le 2 octobre 1997.¹⁹¹ La requête d'arbitrage des demanderessees a été enregistrée par le CIRDI le 20 avril 1998.

239. Il n'est pas contesté que M. Pey Casado possédait la nationalité d'un Etat contractant autre que le Chili – en l'occurrence, la nationalité espagnole – à ces deux dates critiques.¹⁹²

240. La question contestée est celle de savoir si M. Pey Casado était, à l'une de ces dates, double national. Une spécificité de la Convention CIRDI est qu'elle exclut expressément, dans son article 25 (2) (a) *in fine*, « toute personne [physique] qui, à l'une ou l'autre de ces dates [du consentement et de l'enregistrement] possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ». ¹⁹³

¹⁹¹ Consentement exprimé à l'exclusion de ce qui concerne le différend concernant la restitution ou l'indemnisation de la presse Goss.

¹⁹² V., par exemple, mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 42 ; contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 211 et ss. V. aussi l'avis de droit du Professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 3-7.

¹⁹³ Bien que le projet préliminaire de la Convention CIRDI ait prévu la règle contraire, l'exclusion des doubles nationaux a été incorporée dans l'article 25 (2) a) de façon très claire. Comme le résume le Rapport des Administrateurs de la Banque : « Il convient de noter qu'en vertu de la clause (a) de cet alinéa (2), une

241. Il convient de préciser que, dans ce contexte, la question de savoir si l'une des deux nationalités de la partie demanderesse était sa nationalité effective ou dominante ne semble pas pertinente « *de lege lata* ». Il suffirait pour la défenderesse de montrer que la partie demanderesse possédait la nationalité de l'Etat d'accueil aux moments critiques, que cette nationalité soit effective ou non pour exclure, la compétence du Centre.¹⁹⁴ En d'autres termes, pour que les conditions de la compétence requises par l'article 25 de la Convention CIRDI soient remplies, il ne suffirait pas que la nationalité dominante du demandeur soit celle d'un autre Etat que l'Etat défendeur mais il faudrait encore qu'il ne possède pas la nationalité de cet Etat défendeur. Ce n'est que dans la situation dans laquelle la nationalité de l'Etat d'accueil paraîtrait totalement artificielle ou totalement dépourvue d'effectivité que la question de l'exclusion des doubles nationaux de la compétence du Centre en application de l'article 25 de la Convention CIRDI pourrait se poser, mais cette situation n'est pas celle qui se rencontre dans la présente espèce.
242. C'est sur le fondement de ces principes que la défenderesse a soutenu que toute compétence du CIRDI et du présent Tribunal arbitral serait exclue, au motif que, à l'une des deux dates critiques, M. Pey Casado aurait été double national car il aurait possédé, outre la nationalité espagnole, la nationalité chilienne depuis 1958.
243. Quant aux faits, on se bornera à se référer ici, pour éviter des répétitions inutiles, à l'exposé détaillé contenu dans l'exposé des faits de la présente sentence, un autre résumé, au moins provisoire, se trouvant aussi dans la décision du 8 mai 2002.¹⁹⁵ On rappellera néanmoins, pour plus de clarté, les données essentielles suivantes :

personne physique possédant la nationalité de l'Etat partie au différend ne sera pas admise à être partie aux procédures établies sous les auspices du Centre, même si elle possède en même temps la nationalité d'un autre Etat. Cette exclusion est absolue et ne peut être écartée même si l'Etat partie au différend y consent ».

¹⁹⁴ Le Professeur Schreuer indique dans ce contexte que, lors des travaux préparatoires de la Convention CIRDI, « *suggestions to admit dual nationals if the host State's nationality was not effective or if that host State has not recognized the foreign nationality specifically failed* » et que « *the ineligibility of an investor who also possesses the host State's nationality applies irrespective of which of the several nationalities is the effective one* ». Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 271, paras. 442 et 444. V. aussi l'avis de droit du Professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003, pp. 7 & 25 et ss.

¹⁹⁵ Nos 50 et ss, v. aussi nos 37-39.

244. Né en Espagne en 1915, M. Pey Casado a émigré au Chili en 1939 à l'époque de la défaite de la République espagnole par la rébellion franquiste, et y a vécu jusqu'en 1973. Il a été enregistré pour la première fois au Consulat d'Espagne à Santiago en 1947.

245. Le 24 mai 1958, l'Espagne et le Chili ont signé une Convention bilatérale sur la double nationalité (« *Convention bilatérale sur la double nationalité* »), texte permettant aux ressortissants de l'une des parties contractantes d'acquérir la nationalité de l'autre, sans perdre leur nationalité d'origine. C'est en application de ce texte que M. Pey Casado a sollicité et obtenu la nationalité chilienne.¹⁹⁶

246. Le préambule de cette Convention bilatérale sur la double nationalité rappelle que les Espagnols et les Chiliens font partie d'une communauté caractérisée par l'identité de traditions, culture et langue, et les Etats contractants considèrent que :

« il n'y a aucune objection juridique pour qu'une personne puisse avoir deux nationalités, à condition que seulement l'une d'entre elles aie pleine efficacité, et indique la législation à laquelle elle est soumise ».

247. L'article 1.1 de la Convention prévoit :

« que les Chiliens nés au Chili et réciproquement les Espagnols nés en Espagne, pourront acquérir la nationalité espagnole ou chilienne, respectivement, dans les conditions et de la façon prévue par la législation en vigueur dans chacune des parties contractantes, sans perdre leur nationalité antérieure ».

248. L'article 2 prévoit notamment que :

« les Espagnols qui ont acquis la nationalité chilienne en conservant la nationalité d'origine devront être inscrits dans [...] le Registre chilien de Cartes de Nationalisation ».

249. Dès cette inscription, les Chiliens en Espagne et les Espagnols au Chili jouiront de la pleine condition juridique des ressortissants de la façon prévue dans cet accord et dans les lois des deux pays. L'article 3 précise que « *l'octroi de passeport, la protection diplomatique et l'exercice des droits civils et politiques se feront par la loi du pays où ils sont domiciliés [...]* ».

¹⁹⁶ Decreto Supremo n°8054 du 11 décembre 1958.

250. L'article 3, al. 2, exclut pour les doubles nationaux l'application simultanée des législations des deux Etats et fait prévaloir la loi de l'Etat du domicile. L'article 4 précise que le domicile est présumé être établi dans l'Etat de la seconde nationalité acquise ; il pose le principe de l'unité de domicile, lequel ne peut être changé qu'avec la résidence habituelle dans l'autre Etat contractant, pour autant que ce changement soit inscrit dans le registre approprié.
251. C'est donc en 1958 que M. Pey Casado est devenu un double national, sa nationalité prépondérante devenant, à cause de son domicile au Chili, la nationalité chilienne, les lois du Chili lui étant applicables dans toutes les matières concernant notamment les passeports, la protection diplomatique et l'exercice des droits civils et politiques.
252. Le fait de l'acquisition par la première partie demanderesse, en décembre 1958, de la nationalité chilienne, et donc de son statut de double national espagnol et chilien, selon la Convention bilatérale sur la double nationalité de 1958, n'est ni contesté ni contestable. Les seules questions décisives en l'espèce sont celles de savoir si, aux dates critiques, il avait conservé 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.
253. Avant d'examiner les arguments de la privation et la renonciation de la nationalité chilienne, il convient de rappeler les principes régissant le droit applicable à la question de la nationalité des parties.

1. Le droit applicable à la question de la nationalité

254. Les parties ont plaidé en détail la question du droit applicable à la question de la nationalité des parties demanderesses. La défenderesse a allégué que seul le droit chilien était applicable, la question de la nationalité étant « *une question de l'intérêt de l'Etat [...] qui établit, souverainement, suivant son propre intérêt, les moyens de l'acquérir ou de la perdre [...]* ». ¹⁹⁷ Les demanderesses n'ont pas contesté que les règles qui déterminent la

¹⁹⁷ Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 19 ; mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 36-37 ; contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 217 et ss ; réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, p. 8 ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 311, para. 10-40 ; pp. 33-34 (Me Di Rosa). V. aussi l'avis de droit du Professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis

nationalité sont du domaine réservé de l'Etat, mais elles ont soutenu que la question serait néanmoins également soumis aux principes du droit international et qu'un « *tribunal international conserve son pouvoir d'appréciation en cette matière* ». ¹⁹⁸

255. Il y a lieu de rappeler les principes et règles du droit international concernant le droit applicable aux questions de la nationalité. Dans son Opinion sur les *Décrets tunisiens et marocains de nationalité*, de 1923, la Cour permanente de Justice internationale ¹⁹⁹ a considéré que, vu le caractère essentiellement relatif de ce problème qui dépend de l'évolution des relations internationales, les questions de nationalité appartenaient en principe au domaine réservé. En 1955, la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Nottebohm* a déclaré que « *il appartenait au Liechtenstein, comme à tout Etat souverain, de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité, car le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité* ». ²⁰⁰
256. Selon la Convention de La Haye de 1930 sur les conflits de lois en matière de nationalité, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1937, ²⁰¹ il appartient à chaque Etat de déterminer, selon sa propre loi, qui sont ses nationaux (art. 1) et que « *any question as to whether a person*

au soutien du contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003, qui conclut « *la dévolution de [la nationalité] ressortit à la compétence exclusive de chaque Etat. En l'occurrence, c'est exclusivement le droit chilien qui détermine l'existence ou la non existence de la nationalité chilienne de M. Pey Casado.* » (p. 3).

¹⁹⁸ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 95-96 ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 71, para. 7-11 (Me Garcés). Auparavant, les demanderesses ont soutenu que la nationalité de l'investisseur devrait être déterminée, en premier lieu, conformément au droit espagnol. V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 72-73 ; réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 12 ; réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 210 et ss.

¹⁹⁹ Cour permanente de Justice internationale, *Décrets tunisiens et marocains de nationalité*, Série B, avis consultatif n°4, 7 février 1923.

²⁰⁰ 2^{ème} phase – *Liechtenstein c. République du Guatemala*, jugement du 6 avril 1955, p. 20. Le même arrêt précise que « *un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat qui assume la défense de ses concitoyens, par le moyen de la protection vis-à-vis des autres Etats* » (*id.* p. 23).

²⁰¹ Mais non ratifiée par l'Espagne ou par le Chili, bien que les représentants de ces deux pays aient exprimé leur accord au cours des négociations.

possesses the nationality of a particular State, shall be determined in accordance with the law of that State » (art. 2).²⁰²

257. La Commission du Droit international des Nations Unies a discuté cette matière de manière approfondie et son Rapporteur Spécial a déclaré que « *in principle, questions of nationalities fall within the domestic jurisdiction of each State* ». ²⁰³

258. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice a également évoqué la situation des doubles nationaux :

*« Lorsqu'un Etat a conféré sa nationalité à une personne et qu'un autre Etat a conféré sa propre nationalité à cette même personne, il arrive que chacun de ces Etats, estimant qu'il a agi dans l'exercice de sa compétence nationale, s'en tient à sa propre conception et se conforme à celle-ci pour son action propre. Chacun de ces Etats reste jusque là dans son ordre juridique propre. Cette situation peut se trouver sur le terrain international et être examinée par un Arbitre international.... »*²⁰⁴

259. Le plus souvent, l'arbitre international n'a pas eu, à proprement parler, à trancher entre les Etats en cause un conflit de nationalités, mais à déterminer si la nationalité invoquée par l'Etat demandeur était opposable à l'Etat défendeur :

*« L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des Etats dont la nationalité était en cause. Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre. Le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, etc. »*²⁰⁵

260. 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

²⁰² 179 LNTS 89. L'article 3 de la Convention déclare en outre que « *a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality he possesses* ».

²⁰³ *Yearbook of the International Law Commission* A / 2163, 1952, p. 7.

²⁰⁴ *Liechtenstein c. République du Guatemala*, jugement du 6 avril 1955, p. 21.

²⁰⁵ *Id.*, p. 22.

M. Pey Casado de sa nationalité chilienne, ou bien, s'il s'avère que tel n'a pas été le cas, si M. Pey Casado a valablement renoncé à la nationalité chilienne.

2. L'argument de la privation de la nationalité chilienne

a) Position des parties

261. Selon M. Pey Casado, il aurait perdu sa nationalité chilienne, en conséquence du coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973 au cours duquel le Président Allende fut assassiné. Après un raid des militaires dans les bureaux du journal Clarin, craignant pour sa vie, il s'est réfugié, le 14 septembre 1973, dans l'Ambassade du Venezuela à Santiago. Les autorités chiliennes lui auraient refusé, à une date qui n'était pas précisée par les parties dans la procédure, de renouveler son passeport chilien, dont la validité avait expiré en décembre 1971. Ce refus de passeport ou de renouvellement, est-il prétendu, équivaudrait *de facto* à une « *dénaturalisation* », une « *dénationalisation* » ou une déchéance.²⁰⁶
262. Cependant les autorités chiliennes ont accordé un sauf-conduit, le 27 octobre 1973, à M. Pey Casado, comme à d'autres personnes, grâce auquel il put se rendre au Venezuela, où il établit sa résidence et obtint un passeport d'urgence pour apatride le 8 janvier 1974 et une carte d'identité pour les étrangers en transit le 28 janvier 1974.²⁰⁷ Il fut considéré dans ce pays comme « *en transit* » (« *transeunte* ») jusqu'à la date du 8 janvier 1975, date à laquelle il obtint une carte d'identité nationale vénézuélienne, comme résident.
263. La thèse de M. Pey Casado est, en résumé, que, dès septembre 1973 (mois du coup d'Etat militaire) il a perdu la nationalité chilienne, en raison du comportement des autorités

²⁰⁶ V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 59 et ss ; réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence du 7 février 2000, p 12 ; exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 100 et ss ; réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 186 et ss ; consultation juridique de M. Victor Araya, soumis par les demanderesses au soutien de la réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003 ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 69-70 (Me Garcés). Selon les demanderesses, l'existence d'une telle « *dénaturalisation* » serait également reconnue par le droit international ; v. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 63-64. V aussi la consultation juridique par le Professeur Fernando M. Mariño, soumis au soutien de la réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003.

²⁰⁷ La première partie demanderesse a soutenu que les autorités chiliennes auraient retiré ce sauf-conduit quand M. Pey Casado est monté en avion, le laissant sans aucune pièce d'identification. V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 69, para. 1-6. (Me Garcés).

militaires, qui lui refusaient les droits protégés par la Convention bilatérale sur la double nationalité, refusaient de renouveler son passeport, lui refusaient une protection diplomatique, le déclarait « *rebelle* », ²⁰⁸ bref, le privaient de son statut de ressortissant chilien au moins *de facto*, par exemple par l'interdiction de rentrer librement au Chili, ²⁰⁹ si bien que dès cette période, il n'était plus qu'un ressortissant espagnol. ²¹⁰ En fait, on notera que la copie du passeport déposé au dossier montre une validité expirant le 12 décembre 1971. ²¹¹ M. Pey Casado a exposé qu'il avait voyagé au Portugal et en Suisse notamment en mai et octobre 1972, respectivement, afin de négocier et de conclure l'achat de la société CPP S.A. que souhaitait vendre M. Dario Sainte-Marie. Quels passeports ont-ils été utilisés au cours de ces voyages n'est pas parfaitement clair, mais il apparaît établi, cependant, que M. Pey Casado s'est rendu au Consulat ou à l'Ambassade du Venezuela pour y trouver refuge et a quitté le Chili pour le Venezuela avec un passeport chilien expiré. Au Venezuela, sa demande d'un passeport chilien fut rejetée à nouveau et il reçut des autorités locales un passeport spécial pour apatride. Le 9 janvier 1974, le Consulat espagnol à Caracas lui octroya un visa de 3 mois pour l'Espagne, où il se rendit le 31 mai 1974.

264. La défenderesse a prétendu à l'appui de son objection d'incompétence que M. Pey Casado avait conservé la nationalité chilienne aux dates critiques. ²¹² Elle a soutenu qu'une « *dénaturalisation* » n'était pas prévue par le droit chilien comme cause de perte de nationalité et que les actes commis par la dictature en 1973 n'avaient pas entraîné une privation de nationalité des victimes. ²¹³ Selon la défenderesse, en droit chilien, le retrait de

²⁰⁸ Annexe C-197.

²⁰⁹ V. annexe C-257.

²¹⁰ Les parties demanderesses ont argumenté notamment: « [...] comment soutenir que la privation unilatérale infligée à Monsieur Pey-Casado, de la part de l'Etat chilien, non seulement de toutes les prérogatives liées à la Convention bilatérale du 24 mai 1958, mais au-delà, de celles ressortissant aux droits humains les plus élémentaires, pourrait s'accompagner du maintien – tout aussi unilatéralement imposé – d'une composante particulière de cette même Convention, que nous avons vu violée, foulée aux pieds et anéantie en la personne de l'investisseur espagnol ! », mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, pp. 28-29.

²¹¹ Annexe C-252.

²¹² V. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, pp. 22 et ss.

²¹³ Selon la défenderesse « *la dictature a commis ces atrocités avec un grand nombre de Chiliens et aucun d'entre eux n'a perdu la nationalité pour ces faits. La dictature, ceci est su de tous, a commis des crimes atroces, mais ceci n'a rien à voir avec cette affaire et encore moins avec la nationalité chilienne de M. Pey.* » Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 22. V. aussi l'avis de droit du Professeur Humberto Nogueira Alcalá, soumis à l'appui du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 28-32 ; v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 242 et ss.

la nationalité par les autorités chiliennes était assujetti à l'accomplissement de formalités – notamment un « *décret suprême* » - formalités qui n'avaient pas été remplies dans le cas de M. Pey Casado.²¹⁴

b) Conclusions du Tribunal

265. En droit, la question se pose de savoir si le comportement des autorités chiliennes a constitué un retrait ou une privation de la nationalité.
266. M. Pey Casado, à l'instar de nombreux autres citoyens considérés comme ennemis du nouveau régime issu du coup d'Etat militaire, ou rebelles, et publiquement dénoncés comme tels par ledit régime, a été contraint de chercher asile à l'étranger pour protéger sa vie et sa liberté. Il semble même que, compte tenu de sa situation personnelle et patrimoniale éminente, de son influence et de ses liens avec le Président Allende, M. Pey Casado ait été particulièrement menacé et visé par les voies de fait et mesures de la dictature militaire.
267. La Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, dans son rapport de 1985 sur la situation pour le moins troublante des droits de l'homme au Chili, a analysé en détail le droit d'avoir une nationalité et de n'en être pas privé arbitrairement. A en croire ce rapport, il résulterait de l'article 6 de la Constitution chilienne de 1925, en vigueur en 1973,²¹⁵ que la nationalité ne pourrait être perdue que dans trois cas : d'abord, en cas de naturalisation dans un pays étranger ; ensuite, en cas d'annulation des documents de naturalisation (décision contre laquelle un recours est possible devant la Cour suprême) ; troisièmement, en cas de services rendus pendant la guerre aux ennemis du Chili ou leurs alliés.²¹⁶

²¹⁴ Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, pp. 25-28.

²¹⁵ Comme le Professeur Cea l'a réitéré lors de l'audience du 15 janvier 2007, la Constitution de 1925 a fait l'objet d'une modification en 1980, puis d'une réforme en 2005. V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 20, para. 1-4.

²¹⁶ La Constitution chilienne de 1925 a été modifiée, par le Décret 175 du 3 décembre 1973 (postérieur au coup d'Etat militaire). Cette modification ajoute un cas de privation de la nationalité pour le motif suivant: « *En raison d'une attaque sérieuse menée par l'extérieur contre les intérêts essentiels de l'Etat, au cours d'un Etat d'urgence prévu par l'article 72(17) de cette Constitution Politique.* » Il n'a pas été établi que - malgré l'état d'urgence - cette disposition ait été effectivement appliquée par les autorités chiliennes à M. Pey Casado ni que la défenderesse ait soutenu que l'achat par ce dernier des actions du journal Clarín à Estoril et/ou à Genève ait constitué une « *attaque sérieuse menée par l'extérieur contre les intérêts essentiels de l'Etat* ». Si tel avait été le cas, ce qui n'est pas prouvé, il y aurait éventuellement lieu de se demander si le Tribunal

268. Le premier cas est évidemment modifié par la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité qui autorise expressément les ressortissants chiliens à conserver leur nationalité, lorsqu'ils obtiennent la nationalité espagnole. Quant aux deux autres hypothèses ci-dessus mentionnées, elles ne paraissent pas être réalisées en l'espèce. Néanmoins, et même si aucune des causes de perte de nationalité prévues par la Constitution chilienne s'applique directement, la question se pose de savoir si les autorités chiliennes auraient, par leurs actes, privé M. Pey Casado de sa nationalité chilienne.
269. Le Gouvernement du Chili a fourni à la Commission interaméricaine de Droits de l'Homme le nom des personnes privées par l'autorité de la nationalité chilienne et le nom de M. Pey Casado ne figure pas dans cette liste. Mais ce fait, dépendant de la seule initiative et appréciation de l'autorité en question (appréciation fondée sans doute sur son propre intérêt, dans le contexte de ses relations avec ladite Commission inter-américaine) ne peut être tenu pour une preuve décisive. A s'en tenir au droit chilien, qui est en principe applicable selon les principes du droit international rappelés plus haut à la question de la nationalité chilienne de M. Pey Casado et aux éléments figurant au dossier, le comportement des autorités militaires chiliennes, si arbitraire ou choquant qu'il puisse être à l'égard de la première partie demanderesse, ne permet de tirer aucune conclusion quant à la perte de cette nationalité ou à son maintien. Parmi les divers documents déposés au dossier, on ne trouve aucune preuve formelle de la prétendue privation de la nationalité chilienne par un acte d'autorité.
270. Une autre question est celle de savoir si, comme le prétendent les parties demanderesse,²¹⁷ la délivrance d'un sauf-conduit à M. Pey Casado par les autorités chiliennes peut ou doit être interprétée comme comportant reconnaissance formelle, bien qu'implicite, d'une perte de nationalité. La réponse ne peut être que négative, sauf circonstances exceptionnelles, car

arbitral peut tenir compte du décret-loi 175 – à supposer qu'il n'ait pas été annulé et considéré comme de nul effet par la législation chilienne postérieure à la chute du régime militaire. Quoi qu'il en soit, il y a lieu de relever que l'article 2 du décret-loi 175/1973 prévoyait que toutes les pertes de nationalité devaient être déclarées par un décret suprême motivé. Et un décret subséquent (n°355/1974) offrait à un intéressé la possibilité (effective ou théorique) de faire appel à la Cour suprême pour s'opposer à une privation par décret de sa nationalité.

²¹⁷ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 102-103.

la remise d'un sauf-conduit n'est nullement destinée à des apatrides, mais caractérise une situation de conflit.²¹⁸

271. Quant au Rapport de 1974 sur la situation des droits de l'Homme au Chili, publié par la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, il affirme d'autre part que « *the Chilean Ministry of Foreign Affairs had granted 2945 safe-conduct for Chileans who had taken refuge in diplomatic missions in Santiago, and 547 courtesy safe-conducts for members of the family of those persons* ». Le même Rapport mentionne en outre que le Venezuela avait accepté un total de 249 personnes, chiliennes ou étrangères, comme réfugiées du Chili.
272. Les demanderesses ont soutenu, en se fondant sur une pièce C-1,²¹⁹ que, en fait, et contrairement aux affirmations du Gouvernement chilien, « *plusieurs milliers de chiliens ont bel et bien perdu la plupart des droits inhérents à la nationalité [...]* ». Le Rapport précité, par exemple, indique que beaucoup de chiliens étaient expulsés par le Chili, que leurs passeports étaient valides seulement pour sortir du Chili une fois, qu'ils ne pouvaient pas les renouveler et qu'ils étaient parfois obligés de demander un document de voyage à l'agence des Nations Unies pour les réfugiés.²²⁰ A supposer exacte et prouvée cette affirmation, il ne semble pas qu'elle équivaille à la preuve d'une perte juridique de la nationalité elle-même à proprement parler.
273. Quoi qu'il en soit des violations et actes arbitraires commis par le Gouvernement militaire du Chili en 1973, il n'est pas établi qu'ils aient entraîné la privation *de jure* de la nationalité chilienne de M. Pey Casado.²²¹ De l'avis du Tribunal arbitral, le Professeur Dupuy a souligné avec raison cette conclusion dans son avis de droit de février 2003 :

²¹⁸ C'est ainsi que, par exemple, le *Black's Law Dictionary* distingue entre passeport et sauf-conduit et définit ce dernier comme un document « *conferring permission upon an enemy subject or others to proceed to a particular place for a defined object* », *Black's Law Dictionary* (6^{ième} édition, 1990) p. 1336.

²¹⁹ Rapport du Secrétaire général de l'ONU à l'Assemblée générale du 8 octobre 1976, paragraphes 415 – 422.

²²⁰ *Idem*, para. 420.

²²¹ À ce stade de l'analyse, il y a lieu d'ajouter que les positions ou déclarations des autorités du Venezuela relatives à M. Pey Casado, comme apatride, étranger de passage (« *transeunte* ») notamment sont sans incidence quant à la question du maintien ou de la perte de la nationalité chilienne. Selon la Convention de 1954 sur le statut des apatrides, est sans nationalité « *a person who is not considered as a national by any State under the operations of its law* ». Tel n'était pas le cas de M. Pey Casado, qui était sans doute possible ressortissant de l'Espagne et aussi, probablement, à en croire au moins l'examen auquel il a été procédé

« [...] le fait qu'un Etat n'exerce pas sa protection à l'égard de l'un de ses ressortissants n'a aucune signification quant au maintien ou au retrait par ce même Etat de la nationalité de son ressortissant. Soit qu'il décide de ne pas la lui accorder en application du caractère discrétionnaire de sa compétence pour ce faire, soit qu'il ne l'exerce pas dans le cas d'un double national, son abstention s'explique pour d'autres raisons que celle de vouloir maintenir ou supprimer la nationalité de l'individu concerné. Cela n'a tout simplement rien à voir ; le lien établi entre le non exercice par le Chili de sa protection à l'égard de M. Pey Casado et l'éventuel retrait de sa nationalité chilienne paraît tout simplement dépourvu de pertinence juridique. »²²²

274. Le Tribunal arbitral constate donc que la première partie demanderesse n'a pas été privée de la nationalité chilienne par ces actes commis en 1973.

3. La nationalité de M. Pey Casado entre 1974 et 1996

275. A toutes fins utiles, et avant d'examiner la question de la renonciation volontaire de la nationalité chilienne, il semble opportun de rechercher encore si, depuis 1973-1974, la situation s'est modifiée ou non en ce qui concerne la nationalité de la première partie demanderesse. A ce propos, les parties se sont référées à la Convention bilatérale sur la double nationalité et ont débattu de son application éventuelle à cette dernière question.

276. Selon l'article 4.3 de ladite Convention, « au cas où une personne qui jouit de la double nationalité change sa résidence au territoire d'un troisième Etat, on comprendra pour domicile, afin de déterminer la dépendance politique et la législation applicable, le dernier domicile qu'il a enregistré dans le territoire d'une des hautes parties contractantes ». Il en résulterait que, selon cette Convention, à l'époque où il s'est établi au Venezuela, M. Pey Casado conservait sa nationalité chilienne, comme sa nationalité « primaire », en même temps qu'il continuait à être un ressortissant espagnol. Selon l'article 4.2 de ce même Convention, un chilien ne peut changer son domicile que s'il transfère sa résidence habituelle en Espagne et s'y enregistre au Registre civil espagnol. Or le 31 mai 1974

jusqu'ici, un ressortissant chilien en 1973. Il n'était par conséquent pas apatride. De plus, il découle des principes de Droit international public qu'une interprétation par un pays tiers de la situation de M. Pey Casado, ici par le Venezuela, ne peut avoir aucune conséquence quant à une définition de la nationalité chilienne, question appartenant au domaine réservé de cet Etat.

²²² Avis de droit du Professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 20-21.

M. Pey Casado s'est rendu en Espagne et, le 4 juin 1974, s'y est enregistré au Registre de la Municipalité de Madrid, recevant alors une carte d'identité de nationalité espagnole.²²³

277. L'article 10 de la loi de 1957 sur le Registre civil espagnol déclare que le Registre de l'état civil se compose des registres municipaux, des registres consulaires et d'un registre central.²²⁴ D'après l'article 18 de la même loi, le registre central possède une compétence subsidiaire ou résiduelle pour enregistrer les faits qui ne peuvent être enregistrés autre part. L'article 64 de la même loi prévoit que les questions de nationalité et de domicile sont enregistrées dans le registre pertinent. En outre, l'article 1^{er} des règlements de 1958 sur le registre de l'état civil espagnol prévoit que les divers organes du registre civil ont l'obligation de communiquer entre eux.²²⁵

278. Il résulte de ce qui précède que, contrairement à la thèse de la défenderesse,²²⁶ l'enregistrement par M. Pey Casado au Registre municipal de Madrid a bel et bien produit ses effets : il en est résulté au moins un changement valable de la nationalité « *primaire* » de M. Pey Casado, au sens de la Convention bilatérale sur la double nationalité. En 1974, par conséquent, en application de ce Traité, la nationalité « *primaire* » de M. Pey Casado est devenue espagnole, alors que sa nationalité « *secondaire* », au sens de ce même Traité, est devenue de nationalité chilienne.

279. Il a été allégué aussi que cet enregistrement au Registre municipal n'avait pas en fait été transcrit dans le Registre approprié et, par conséquent, n'aurait pas été valable à l'époque, ce défaut étant corrigé seulement en 1996. Cet argument est sans portée en l'espèce. En effet, à la supposer établie, cette absence de transcription devrait être considérée comme la simple omission par un fonctionnaire espagnol de la formalité requise. En outre, l'article 64 de la Loi de 1958 sur le Registre civil prévoit expressément que c'est la date de la déclaration, et non pas celle de la transcription, qui doit être considérée comme celle de l'enregistrement. Toute conclusion différente sur ce sujet ne pourrait avoir de conséquences que sur les circonstances permettant de définir la nationalité « *primaire* » et le droit

²²³ V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 58-59.

²²⁴ Annexe C-150.

²²⁵ *Id.*

²²⁶ V., par exemple, contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 24-25.

applicable, et non pas la question ici à l'examen, celle de la détention d'une nationalité en tant que telle.

280. Peu après ces événements, le 11 juin 1974, M. Pey Casado obtient un passeport espagnol. Il quitte alors l'Espagne pour revenir au Venezuela et, la même année, il s'enregistre au Consulat espagnol à Caracas.²²⁷ Le 8 janvier 1975, il reçoit une carte d'identité de résident du Venezuela. Le 10 avril 1977, il reçoit un passeport espagnol du Consulat de Caracas (dont la validité expire le 10 mai 1979). Il se rend ensuite du Venezuela au Pérou où, le 24 mai 1977, il s'enregistre au Consulat espagnol de Lima. Ce Consulat lui remet deux passeports : l'un le 25 juin 1979 (date d'expiration le 24.06.1984) et l'autre le 16 janvier 1984 (date d'expiration 15.01.1989). En 1988, il retourne au Venezuela et, le 17 novembre 1988, reçoit un passeport du Consulat espagnol à Caracas (date d'expiration le 16.11.1993). Le 18 janvier 1989, il renouvelle sa carte d'identité espagnole. Enfin, après la chute du régime du Général Pinochet, M. Pey Casado se rend au Chili pour la première fois depuis 1973, le 4 mai 1989.
281. Les parties ont évoqué la question de savoir si, à un moment quelconque entre 1974 et 1989, M. Pey Casado aurait pu modifier sa nationalité. Ceci au regard de la Convention bilatérale sur la double nationalité, laquelle prévoit de manière précise les conditions d'un changement de situation à cet égard. En l'espèce, M. Pey Casado aurait pu changer sa nationalité « *primaire* » par application de l'article 2.2 de ladite Convention mais seulement en transférant son domicile et en s'y enregistrant dans le « *Registre des Cartes de nationalisation* » au Chili. À défaut, sa nationalité « *primaire* » serait demeurée la même quand bien même son domicile aurait été transféré dans un Etat tiers, non contractant (en l'espèce le Venezuela ou le Pérou). En l'espèce, il n'a pas été allégué que M. Pey Casado aurait transporté son domicile d'Espagne au Chili. Il en résulte que pendant toute cette période et jusqu'à 1989, M. Pey Casado aurait continué d'avoir la double nationalité espagnole et chilienne, et que sa nationalité « *primaire* » au sens de la Convention bilatérale hispano-chilienne, aurait continué à être espagnole depuis 1974.
282. Il y a lieu de rechercher maintenant s'il y a eu changement de nationalité après 1989. Le 4 mai 1989, on l'a vu, après la déposition du Général Pinochet, M. Pey Casado se rend au

²²⁷ Annexe C-18.

Chili. Selon lui, il s'est agi d'un séjour temporaire, avec le but de se renseigner quant à la situation des actions de la société CPP S.A.²²⁸ Selon la défenderesse, en revanche, M. Pey Casado aurait eu l'intention de reprendre une résidence au Chili.²²⁹ Après 1989, se produisent une série de faits ou événements présentant de l'intérêt pour l'examen de la question de la nationalité. Ils comprennent différentes déclarations de M. Pey Casado concernant sa nationalité ainsi que divers faits (plus ou moins clairs et plus ou moins cohérents) résultant de ou accompagnant son retour au Chili.

283. Le premier exemple consiste en la création de la *Fundación Presidente Allende*, fondation dont les actes constitutifs lors de sa création le 16 janvier 1990 en Espagne mentionnent M. Pey Casado, l'un des trois fondateurs, comme un double national espagnol et chilien. Il n'est peut-être pas sans intérêt de rappeler que, par la suite, soit en 1999,²³⁰ les statuts de la Fondation ont été modifiés pour faire disparaître la mention de la nationalité chilienne et indiquer la seule nationalité espagnole comme étant celle de M. Pey Casado.²³¹
284. Selon la défenderesse, M. Pey Casado s'est identifié ou décrit lui-même à plusieurs reprises, dès le 2 octobre 1991, comme de nationalité chilienne, et il a requis l'assistance des autorités chiliennes après son retour. Ainsi, par exemple, le 5 janvier 1991, il demande et obtient une carte d'identité chilienne. Le 17 février il s'inscrit au Registre des votants à Vitacura.²³² Le 20 février 1991, toujours au Chili, il constate la perte de son passeport espagnol, et demande un passeport à l'autorité chilienne qui le lui accorde. C'est avec un passeport chilien qu'il se rend au Venezuela et, à en croire la défenderesse, en Europe en 1997. Entre le 20 octobre 1991 et janvier 1997, M. Pey Casado se serait donné à plusieurs reprises comme Chilien,²³³ notamment dans ses demandes d'aide au titre du retour des émigrés. Ainsi, le 25 mai 1992, il s'annonce à *l'Oficina Nacional de Retorno* (qui s'occupe

²²⁸ Réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 73-74.

²²⁹ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 26 et ss.

²³⁰ Annexe 135.

²³¹ V. à ce sujet les documents suivants: annexe 22 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003 et annexe C-7 des demanderesses, qui concordent en déclarant M. Pey Casado comme double national lors de la création de la Fondation ; v. annexe 135 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003 sur la modification du statut de la Fondation comme décrivant M. Pey Casado avec la seule nationalité espagnole.

²³² Annexe 29 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

²³³ V. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, pp. 48-49.

des émigrés chiliens de retour). Le premier août 1992, il est identifié comme Chilien dans un contrat de travail avec son frère, ainsi que à diverses reprises à l'aide de sa carte nationale d'identité chilienne en août 1992. En 1993, M. Pey Casado s'inscrit au Registre électoral de La Reina (Chili). Le 23 octobre 1994, il voyage en Bolivie avec son passeport chilien. Il aurait fait de même avec le même passeport le 6 novembre 1994 dans un voyage en Bolivie puis en Espagne, le 25 mai 1997, en passant par les États Unis.²³⁴ Le 28 mai 1997, séjournant alors en Espagne, il obtient à Madrid un passeport espagnol.

285. À ce stade de l'analyse, il y a lieu de conclure, à propos des faits précités, survenus après le retour de M. Pey Casado au Chili après 1989, qu'ils n'ont pas modifié la situation juridique existant précédemment. M. Pey Casado demeurait double national espagnol/chilien jusqu'en 1997.
286. Cela étant, la question qui demeure à examiner est celle de savoir si, comme il l'a allégué, M. Pey Casado a valablement renoncé à sa nationalité chilienne par ses déclarations faites en 1997, ce qui est contesté par l'Etat défendeur.

4. L'argument de la renonciation à la nationalité chilienne

287. Les faits considérés par la première partie demanderesse comme comportant une renonciation à la nationalité chilienne²³⁵ peuvent être résumés de la manière suivante :
288. Le 10 décembre 1996, M. Pey Casado informe le département chilien de l'émigration qu'il a résidé en Espagne depuis 1974 et qu'il n'entendait pas se prévaloir de la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité. Il demande à faire inscrire dans le registre chilien des « *cartes de nationalisation* » - seul compétent à cet égard selon un arrêt de la Cour suprême²³⁶ - sa situation de fait depuis qu'en septembre 1973 le Chili lui a dénié les

²³⁴ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 112.

²³⁵ V. le résumé présenté par la première partie demanderesse lors de l'audience du 15 janvier 2007, transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 70 (Me Garcés).

²³⁶ Cf. annexe C-95.

bénéfices de ladite Convention, si bien que sa nationalité exclusive serait la nationalité espagnole.²³⁷

289. Le 19 décembre 1996, la municipalité de Madrid confirme que la résidence de M. Pey Casado est en Espagne. Le 7 janvier 1997, M. Pey Casado demande au registre civil du consulat espagnol à Santiago de prendre note du fait qu'il ne bénéficie pas de la Convention bilatérale sur la double nationalité, et, le 5 février 1997, le Consulat d'Espagne à Santiago raye le nom de M. Pey Casado de son registre des citoyens espagnols résidant au Chili après avoir constaté que son domicile légal est situé en Espagne.
290. Le 16 septembre 1997, M. Pey Casado fait une déclaration auprès du Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine) où il répète ce qu'il avait écrit précédemment au Ministère de l'intérieur du Chili, le 10 janvier 1996. Il y précise ce qui suit : « *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 le présent acte...* »²³⁸ (souligné par nous).
291. Quelques semaines plus tard, le 2 octobre 1997, M. Pey Casado consent à l'arbitrage du CIRDI, à l'exclusion du litige concernant la rotative Goss.
292. Le 20 novembre 1997, le juge du registre espagnol donne suite à la requête de M. Pey Casado tendant à voir confirmer que sa résidence est à Madrid depuis le 4 juin 1974. Le 24 avril 1998, le Conseil de M. Pey Casado demande au Ministère espagnol des affaires étrangères de vérifier le changement de domicile de M. Pey Casado en 1974. Une copie de cette demande est envoyée le 10 juillet 1998 aux autorités chiliennes par l'intermédiaire du Consulat espagnol à Santiago. La lettre est transmise le 24 juillet 1998 au registre chilien où un fonctionnaire public enregistre, le 4 août 1998, la renonciation par M. Pey Casado à

²³⁷ Annexe C-21 ; v. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 61 ; réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, pp. 13-14.

²³⁸ V. annexes C-40, C-14 et C-52.

sa nationalité chilienne et par conséquent son statut d'étranger. Ce fait est établi et non contesté mais la validité de cet enregistrement, et la compétence dudit fonctionnaire, seront contestés par la suite.²³⁹

293. Au vu ces faits, la question se pose de savoir si M. Pey Casado a valablement renoncé à sa nationalité chilienne en s'enregistrant et en ayant sa résidence à Madrid depuis juin 1974 (comme l'a confirmé le juge du registre espagnol), en informant, le 10 décembre 1996, le Département chilien de l'émigration de ce fait et du fait qu'il n'entendait pas se prévaloir de la Convention sur la double nationalité
294. En ce qui concerne la convention bilatérale sur la double nationalité, celle-ci prévoit expressément la possibilité pour les ressortissants des deux pays de conserver leur nationalité d'origine. La déclaration de M. 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. Par ailleurs, la Convention ne prévoit rien quant aux conséquences du fait qu'un ressortissant d'un des deux Etats déclarerait ne pas vouloir se prévaloir de la Convention. Elle prévoit divers avantages spécifiques pour les doubles nationaux mais ne dit rien de ceux qui, après avoir acquis les deux nationalités et bénéficié de leurs avantages, ou de certains d'entre eux, ne désireraient plus s'en prévaloir.
295. La seule question est donc de savoir si la déclaration et les autres actes de M. Pey Casado équivalent à une renonciation à la nationalité chilienne. Or, ainsi qu'on l'a vu plus haut, toutes les questions relatives à cette nationalité relèvent en principe du droit chilien. Il y a donc lieu d'analyser le droit chilien applicable à ce sujet.
296. L'article 11 de la Constitution chilienne indique ce qui suit quant aux causes de perte de la nationalité.

1° Par naturalisation dans un pays étranger, sauf dans le cas de ces chiliens compris dans les n°1°, 2° et 3° de l'article antérieur qui auraient obtenu une autre nationalité sans renoncer à leur nationalité chilienne et en accord avec ce établi dans le numéro 4° du même article.

La cause de perte de nationalité chilienne signalée précédemment n'aura pas d'effet sur les chiliens qui, en vertu des dispositions constitutionnelles, légales

²³⁹ V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 7 (Me Di Rosa).

ou administratives de l'Etat sur le territoire duquel ils résident, adoptent la nationalité étrangère comme condition de leur permanence dans celui-ci ou d'égalité juridique dans l'exercice des droits civils avec les ressortissants du pays respectif ;

2° Par décret suprême, en cas de prestation de services au cours d'une guerre extérieure aux ennemis du Chili ou à leurs alliés.

3° Par sentence judiciaire condamnatrice pour délits contre la dignité de la patrie ou les intérêts essentiels et permanents de l'Etat, ainsi considérés par loi approuvée avec quorum qualifié. Dans ces procès, les faits s'apprécieront toujours en conscience ;

4° Par annulation de la carte de naturalisation, et

5° Par loi qui révoque la naturalisation concédée par faveur.

297. La Constitution chilienne ne prévoit donc pas expressément la renonciation comme une cause de perte de la nationalité. La question a été longuement débattue entre les parties au cours de la procédure, de savoir si l'énumération dans la Constitution du Chili des causes de perte de la nationalité était ou non limitative ou exhaustive, la défenderesse donnant une réponse affirmative, le demandeur répondant, lui, par la négative.

a) Position des parties

298. Les demanderesses ont soutenu, à titre subsidiaire à leur position principale selon laquelle M. Pey Casado aurait été privé de la nationalité chilienne en 1973, que M. Pey Casado « *avait renoncé formellement à la nationalité chilienne, laquelle, dans son cas, est une prérogative attachée au bénéfice du Traité bilatéral entre l'Espagne et le Chili du 24 mai 1958* ». ²⁴⁰ D'après les demanderesses, cette renonciation à la nationalité chilienne aurait pris effet à la date de la déclaration de M. Pey Casado, le 10 décembre 1996. ²⁴¹

²⁴⁰ Mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, p. 26 ; exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 127 et ss ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 70 et ss (Me Garcés). V. aussi consultation juridique du Professeur Fernando M. Mariño, soumis au soutien de la réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003.

²⁴¹ V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 61-62 ; exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 134 et ss ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 70, paras. 37-38 (Me Garcés). V. aussi la consultation juridique de M. Victor Araya, soumise par les demanderesses au soutien de la réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 14 et ss.

299. Selon les demanderesse, une renonciation volontaire à la nationalité chilienne serait permise par la Constitution chilienne, bien qu'elle ne soit pas énumérée expressément comme cause de perte de nationalité dans l'article 11.²⁴² Le Tribunal arbitral ne devrait pas s'arrêter aux motifs de perte de nationalité prévus par l'article 11 de la constitution chilienne pour décider de la validité d'une renonciation de la nationalité d'après le droit chilien, mais il devrait analyser d'autres sources de droit chilien, comme la Convention bilatérale sur la double nationalité qui prévoit, en son article 6, des actes concernant la perte et la récupération de la nationalité qui ne seraient pas inclus dans la constitution.²⁴³
300. En outre, les demanderesse ont soutenu que cette solution trouverait appui dans les règles du droit international, qui admettraient la renonciation volontaire de la nationalité.²⁴⁴
301. Les demanderesse se sont également fondées sur le cas de M. Witker, arbitre initialement désigné par le Chili dans le présent litige, et qui (selon les déclarations répétées de ce Gouvernement au CIRDI en date du 20 août 1998 et du 21 octobre 1998) a « *renoncé préalablement* » à sa nationalité d'origine - chilienne - pour obtenir la nationalité mexicaine « *en conformité avec la Constitution politique de la République du Chili* ». ²⁴⁵
302. De son côté, la défenderesse a longuement soutenu l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne,²⁴⁶ principalement au motif que les causes de perte de la nationalité chilienne prévues par l'article 11 de la constitution

²⁴² Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 75 et ss (Me Garcés). Les demanderesse prétendent qu'une interprétation contraire résulterait en une solution discriminatoire.

²⁴³ Réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 69-70 ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 72 (Me Garcés).

²⁴⁴ V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 65-66 ; réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, pp. 12-13.

²⁴⁵ V. par exemple, contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 245 et ss ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 76-77 (Me Garcés).

²⁴⁶ Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, pp. 21, 36-38 ; mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, pp. 39-40 ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 33 et ss (Me Di Rosa). V. aussi l'avis de droit du Professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 22-25 ; l'avis de droit du Professeur Humberto Nogueira Alcalá, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 3-7.

chilienne n'incluent pas le cas de la renonciation volontaire de la nationalité²⁴⁷ et que cette disposition devrait être interprétée de manière stricte.²⁴⁸

303. Lors de l'audience du 15 janvier 2007, le Tribunal arbitral a entendu l'avis du Professeur Cea, Président de la Cour constitutionnelle du Chili, sur la question, et notamment sur la récente réforme constitutionnelle au Chili en août 2005 qui aurait porté justement sur la question de la renonciation volontaire de la nationalité.²⁴⁹ Notamment, l'article V a) de la Loi 20.050 remplacerait le « I » de l'article 12 de la Constitution et dispose que :

« La nationalité chilienne aujourd'hui se perd de façon impérative pour des raisons qu'il est impossible d'éviter, raisons qui sont obligatoires et, tout d'abord, par la renonciation volontaire manifestée devant les autorités chiliennes compétentes. »²⁵⁰

304. Selon le Professeur Cea, la possibilité de renoncer à la nationalité chilienne n'existait pas avant cette réforme et ce n'était que la loi 20.050 de la réforme constitutionnelle qui l'aurait introduit dans l'ordre juridique chilien. Il a expliqué au Tribunal arbitral que :

« La réforme de l'année 2005 a introduit, dans la Constitution chilienne, un nouveau motif de perte de nationalité, qui n'existait pas auparavant dans notre ordre juridique. Il n'y avait aucun de ces motifs invoqués dans la Constitution antérieure, donc moins encore dans les lois et les règlements, vous le comprendrez. Bien sûr, les ressortissants ne pouvaient donc pas, de façon volontaire, rejeter la nationalité. »²⁵¹

305. Le Professeur Cea précisait que, notamment, l'article 11 de la Constitution en vigueur avant la réforme de 2005 ne pouvait pas être interprété de façon à admettre une

²⁴⁷ V. mémoire d'incompétence de la défenderesse, du 20 juillet 1999, p. 29 : « Comme il est possible d'observer, la renonciation n'est pas considérée dans les causes de perte de la nationalité chilienne, que contemplent la perte de la nationalité par nationalisation en pays étranger, dans une telle éventualité si la personne involuquée a renoncé à la nationalité chilienne, elle ne perd pas celle-ci du fait de la renonciation, sinon pour avoir obtenu une autre nationalité. »

²⁴⁸ Le Professeur Cea a expliqué lors de l'audience du 15 janvier 2007 que « tous les motifs de perte de la nationalité chilienne figuraient dans l'article 11 de la Constitution et étaient les cinq motifs suivants. Il s'agissait d'une liste complète ; liste à laquelle on ne pouvait rien changer et qu'on ne pouvait interpréter autrement que dans sa présentation. » (transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 19).

²⁴⁹ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 18 et ss (Professeur Cea).

²⁵⁰ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 19.

²⁵¹ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 25, para. 28. V. aussi la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 15 et ss (Me Fernandez).

renonciation volontaire de la nationalité chilienne, mais qu'il avait un caractère « énumératif, ferme, complet ». ²⁵²

306. En faveur de la conclusion que la renonciation volontaire ne constituait pas un motif de perte de la nationalité chilienne avant 2005, la défenderesse a invoqué certaines décisions de tribunaux chiliens, ainsi que la doctrine chilienne sur la question. En ce qui concerne la jurisprudence, la défenderesse a notamment fait référence à la décision de la Cour d'Appel de Valparaíso de mai 2001, maintenue par la Cour suprême la même année, qui aurait « rejeté la possibilité de renonciation pure et simple de la nationalité ». ²⁵³

b) Conclusions du Tribunal

307. 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. Ainsi, quant aux quelques décisions des tribunaux chiliens en la matière qui ont été évoquées, 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. Il en est ainsi notamment, sans qu'il soit besoin d'une analyse de détail, de la décision *Vásquez Valencia* du 31 octobre 1989 ²⁵⁴ ou de la décision *Turbay* du 25 juillet 1988. ²⁵⁵
308. 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 la nationalité. ²⁵⁶ Ceci étant, le Tribunal arbitral ne voit pas de

²⁵² Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 25.

²⁵³ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 24, para. 16-17 (Professeur Cea).

²⁵⁴ Annexe C-92.

²⁵⁵ Annexe C-147 – v. aussi annexe C-28.

²⁵⁶ On remarquera également à ce propos que, en droit constitutionnel comparé, le texte des constitutions est le plus souvent conçu en termes programmatiques ou de principes généraux - que l'interprétation ultérieure et la pratique, au gré de l'évolution politique, ont été appelées à compléter et préciser – si bien que le caractère limitatif ou exhaustif d'un texte constitutionnel précité peut difficilement être présumé.

justification pour une interprétation stricte du droit chilien de manière à interdire une renonciation volontaire à la nationalité chilienne dans le cas d'espèce.

309. Ce résultat s'applique *a fortiori* en cas de double nationalité, puisque la renonciation à l'une des nationalités ne conduit pas alors à une situation d'apatridie. En droit chilien, la renonciation volontaire n'est pas autorisée ou valable si elle doit entraîner une situation d'apatridie, ainsi que l'a souligné très clairement le Président de la Cour constitutionnelle, le Professeur Cea, devant le Tribunal arbitral.²⁵⁷ Si tel n'est pas le cas, la renonciation volontaire est donc permise par la Constitution et cela, en bonne logique, non seulement si la renonciation doit être suivie de l'acquisition d'une autre nationalité, mais aussi lorsque cette autre nationalité est déjà acquise, comme dans le cas de la double nationalité.
310. La défenderesse a insisté sur le fait qu'une condition essentielle permettant dans le droit chilien la renonciation volontaire à la nationalité était qu'elle ne résulte pas en une apatridie (ainsi dans l'exemple précité de l'arbitre Witker, devenu mexicain). De même, dans un jugement chilien qui a été souvent cité dans le débat, dans une affaire *Castillón*, la renonciation a été liée à, ou conditionnée par, l'acquisition par l'intéressé de la nationalité du Nicaragua.²⁵⁸
311. La *ratio legis* comme la simple cohérence et une logique élémentaire imposent cette conclusion. 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 : permissif en cas d'acquisition d'une autre nationalité, prohibitif en cas d'autre nationalité déjà acquise, soit de double nationalité. Et pareille différence de traitement serait particulièrement difficile à admettre, présumer ou imaginer dans le cas de deux Etats unis par les liens que souligne leur Convention bilatérale sur la double nationalité.²⁵⁹ De plus, de l'avis du Tribunal

²⁵⁷ Lors de l'audience du 15 janvier 2007, le Professeur Cea a notamment expliqué que « *une personne ne perd sa nationalité que si, de façon simultanée, elle en acquiert une autre et c'est normal. Sauf, bien sûr, les exceptions qui figurent dans le texte pertinent de la Constitution. En 2002, il n'y avait pas de renonciation pure et simple de la nationalité et il est évident que si cela avait été le cas, des situations d'apatridie seraient survenues et des demandes auraient pu être formulées de façon peu légitime.* » (transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 21). V. aussi la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 17 (Me Fernandez).

²⁵⁸ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 81 (question du Président).

²⁵⁹ Le Tribunal arbitral ne peut pas suivre l'argument de la défenderesse sur la base de la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité que « *[l]a double nationalité est un privilège une fois invoquée en*

arbitral, l'argument de la défenderesse qu'un double national devrait, afin de valablement renoncer à la nationalité chilienne, d'abord acquérir une troisième nationalité,²⁶⁰ semble peu logique ou convaincante.

312. Le Tribunal arbitral est de l'avis que la réforme de la Constitution chilienne en 2005 ne change rien en ce qui concerne la renonciation volontaire à la nationalité : il a toujours été possible de renoncer à la nationalité chilienne et le nouvel article 11 de la Constitution ne fait que confirmer et préciser cette possibilité. De manière générale, le Tribunal arbitral ne peut que suivre l'argument des demanderesse que « *l'inscription d'une règle dans la Constitution ne signifie pas que cette règle n'existait pas avant, bien au contraire* ». ²⁶¹ Comme l'ont soutenu les demanderesse,²⁶² la réforme de l'article 11 de la Constitution a simplement ajouté une condition pour une renonciation valable à la nationalité chilienne, notamment celle que la renonciation soit notifiée auprès de l'autorité chilienne compétente.
313. Dans ce contexte, le Tribunal arbitral rappellera également les dispositions concernant la renonciation d'une nationalité contenues dans la Convention inter-américaine des droits de l'Homme. Bien que ces règles ne soient pas directement applicables dans le cas d'espèce,²⁶³ il convient néanmoins de souligner – comme les demanderesse l'ont fait dans cette procédure²⁶⁴ – que l'article 20.3 de cette Convention en disposant que « *nul ne peut être privé du droit de changer de nationalité* », s'oppose à ce qu'un Etat puisse interdire la renonciation à une nationalité.²⁶⁵ Une règle similaire est incluse, comme l'ont rappelé les

conformité avec la Convention. Par sa nature de lien juridique et politique on ne peut y renoncer, car une fois exercé le droit il n'est plus question de l'intérêt particulier de celui qui l'a invoqué, sinon aussi celui de l'Etat qui l'a concédée. » Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 30.

²⁶⁰ V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 56-58 (Me Fernandez).

²⁶¹ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 77 (Me Garcés).

²⁶² Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 77-78 (Me Garcés).

²⁶³ La Convention a été ratifiée par le Chili le 21 août 1990, mais elle ne s'applique évidemment pas directement aux ressortissants espagnols. V. aussi l'argumentation de la défenderesse, mémoire en réplique sur l'incompétence, du 27 décembre 1999, p. 41.

²⁶⁴ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 73- 74 (Me Garcés).

²⁶⁵ Le Tribunal arbitral ne peut pas suivre l'argument de la défenderesse que le droit de changer la nationalité n'inclut pas le droit de renoncer à la nationalité (v., par exemple, la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 55 (Me Fernandez)), au moins dans les cas où la renonciation ne mène pas à l'apatridie de la partie renonçant.

demanderes, ²⁶⁶ 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 ans, abandonne la deuxième nationalité acquise par naturalisation si elle exprime cet abandon. ²⁶⁷

314. De l'avis du Tribunal arbitral, malgré l'opinion contraire de certains auteurs chiliens qui interprètent la décision de la Cour d'Appel de Valparaiso dans un sens opposé, il semble qu'une des raisons pour lesquelles le législateur chilien a expressément inclus le droit de changer de nationalité est de mettre la Constitution chilienne en conformité avec la Convention inter-américaine des droits de l'Homme et d'autres conventions internationales. ²⁶⁸
315. Au fond, la réforme ne fait que confirmer ce qui a toujours été l'esprit du droit chilien, même avant la révision de la Constitution, à savoir de suivre la Convention inter-américaine des droits de l'Homme et permettre la renonciation volontaire à la nationalité chilienne.
316. La réforme de 2005 de l'article 11 de la Constitution chilienne n'a fait qu'ajouter l'exigence formelle que, pour pouvoir valablement renoncer à la nationalité chilienne, la partie renonçante doit présenter cette renonciation à un fonctionnaire chilien compétent, exigence qui n'existait pas auparavant. ²⁶⁹
317. On rappellera que, le 16 septembre 1997, M. Pey Casado a procédé expressément auprès du Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine) à une déclaration de renonciation « *au cas*

²⁶⁶ V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 69-70 ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 79 (Me Garcés).

²⁶⁷ Annexe C-27. L'article 1 stipule : « *Si un citoyen natif de l'un des pays signataires de la Convention et naturalisé dans un autre d'entre eux, rétablissait sa résidence dans son pays d'origine, sans intention de retourner dans celui où il aurait été naturalisé, il sera considéré qu'il reprend sa citoyenneté d'origine, et qu'il renonce à la citoyenneté acquise par ladite naturalisation. [...]* »

²⁶⁸ La défenderesse a confirmé l'impact qu'avaient ces conventions internationales dans le contexte de la réforme constitutionnelle au Chili, sans pour autant être d'accord avec la conclusion que ceci prouverait la validité d'une renonciation de la nationalité chilienne. V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 55 (Me Fernandez) : « *[...] j'ajoute que le président avait aussi pensé à d'autres traités internationaux auxquels le Chili avait souscrit. En réalité, il a voulu mettre à jour notre Constitution par rapport à ces traités internationaux. Parmi ceux-ci, on trouvait la Convention interaméricaine des droits de l'Homme ou Convention de San-Jose du Costa Rica.* »

²⁶⁹ V. la plaidoirie des demanderes, transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 56 (Me Garcés).

où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle ». Le 4 août 1998, M. Pey Casado a été en conséquence inscrit comme étranger dans le Registre chilien de l'état civil - un acte officiel impliquant la reconnaissance de la renonciation par l'Etat du Chili.²⁷⁰

318. 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. Ce dernier doit certes se fonder d'abord 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'apatridie devait en résulter.
319. Indépendamment de ce fait, 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 *Soufraki c. Emirats Arabes Unis* du 7 juillet 2004.²⁷¹ Dans la sentence *Soufraki*, le Tribunal arbitral, appelé à trancher comme en l'espèce la question de sa compétence au regard de la nationalité du demandeur, après avoir rappelé que, en droit international, la nationalité relevait du domaine réservé et que la législation de chaque Etat décidait de son acquisition ou de sa perte, a déclaré ce qui suit :

« ...when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it,

²⁷⁰ Cette reconnaissance formelle par un officier public du statut d'étranger (non-chilien) de M. Pey Casado (cf. le décret no. 597 du 14 juin 1984 – règlement concernant les étrangers) 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 *pendente lite* 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 pour obtenir de Madrid une interprétation favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres.

²⁷¹ Une demande d'annulation de la décision a été rejetée à la majorité par le Comité *ad hoc* saisi de la question par une décision du 5 juin 2007 (v. *Soufraki c. Emirats arabes unis*, affaire CIRDI n° ARB/02/7, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, para. 139).

the person whose nationality is at issue was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of the international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue. »²⁷²

320. Ce pouvoir d'appréciation est en outre conforme à l'esprit de la Convention CIRDI et de son article 25(2)(a). Selon le commentaire de Christoph Schreuer, un investisseur ayant une double nationalité ne peut avoir accès au système CIRDI qu'à la condition de renoncer à la nationalité de l'Etat défendeur avant de consentir à la juridiction du CIRDI, la validité de la renonciation étant appréciée en principe au regard de la loi nationale dudit Etat, étant admis toutefois qu'un tribunal international n'est pas lié dans tous les cas par la loi nationale en cause.²⁷³ A propos de l'hypothèse dans laquelle l'Etat d'accueil voudrait imposer sa nationalité à l'investisseur, le Professeur Schreuer écrit notamment :

« During the Convention's preparatory work, it was generally acknowledged that nationality would be determined by reference to the law of the State whose nationality is claimed, subject, where appropriate, to the applicable rules of international law (History, vol. II, page 67, 286, 321, 448, 580, 705, 839). In particular, it was pointed out that the Commission or Tribunal would have to deal appropriately with cases where a host State imposed its nationality upon an investor »²⁷⁴ (souligné par nous)

²⁷² *Idem*, para. 55.

²⁷³ « [...] an international tribunal is not bound by the national law in question under all circumstances. Situations where nationality provisions of national law may be disregarded include cases of effective nationality lacking a genuine link between the State and the individual [...] » Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 272, para. 446. Cf. la sentence CIRDI déjà citée, dans l'affaire *Soufraki*.

²⁷⁴ *Op. cit.*, p. 267 para. 430. Les parties demanderesesses ont rappelé dans ce contexte, à raison, que les rédacteurs de la Convention CIRDI avaient conclu qu'un tribunal arbitral ne devait pas permettre qu'un Etat impose sa nationalité pour échapper au devoir de se soumettre au CIRDI. V. mémoire des demanderesesses du 17 mars 1999, p. 26, faisant référence à : History, vol II, pp. 582, 658, 705, 868, 874, 876-877. V. aussi réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 66 et ss ; exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 96. Voir aussi les observations du Tribunal arbitral dans sa Décision du 8 mai 2002, pp. 38-39. Le Tribunal arbitral note l'avis différent du Professeur Dupuy qui, dans son avis de droit, écrit : « *Il apparaît en effet évident que les travaux préparatoires se préoccupaient du scénario où l'Etat hôte impose sa nationalité à l'investisseur étranger. Les travaux préparatoires ne traitaient pas de la situation observée dans la présente affaire, qui est à l'inverse [sic], puisqu'on y rencontre le ressortissant du pays hôte de l'investissement cherchant à se débarrasser de sa nationalité afin de s'ouvrir le recours à un arbitrage international autrement inaccessible.* » (Avis de droit du Professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 29 ; v. aussi contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 287-288). Le Tribunal arbitral estime au contraire qu'une interdiction de renoncer à une nationalité (dans un cas où une telle renonciation ne mènerait pas à l'apatridie) équivaut à l'imposition par l'Etat de sa nationalité.

321. Le passage suivant du même auteur est particulièrement significatif ou pertinent. Il démontre que les rédacteurs de la Convention CIRDI ont été conscients du risque qu'un Etat d'accueil utilise son droit interne de la nationalité de manière intéressée ou abusive :

« The host State may not impose its nationality on a foreign investor for the purpose of withdrawing its consent. During the Convention's drafting the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Centre (History, vol. II, page 658, 705, 876). But it was decided that this question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral Tribunal. »²⁷⁵

322. 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.

323. Aussi pour les raisons indiquées ci-dessus, le Tribunal arbitral estime n'être pas en mesure d'admettre l'exception d'incompétence fondée sur l'allégation selon laquelle la première partie demanderesse posséderait, à la date pertinente, la nationalité chilienne.

C. La condition de consentement

324. Le consentement de l'Etat à l'arbitrage étant donné par l'API, il convient de vérifier si les conditions d'application de l'API sont réunies.

325. Les parties ont longuement débattu des points suivants : la condition d'investissement au sens de l'API, la condition de nationalité au sens de l'API, la compétence *ratione temporis* au sens de l'API et l'exercice de l'option irrévocable (*fork in the road*) posée par l'API. Le Tribunal examinera chacun de ces points tour à tour.

1. La condition d'investissement au sens de l'API

326. Avant d'exposer son analyse et ses conclusions sur la condition d'investissement au sens de l'API, le Tribunal rappellera la position des parties sur ce sujet.

²⁷⁵ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention : a Commentary*, 2001, p. 272, para. 447.

a) Position des parties

i. *Position de la défenderesse*

327. La défenderesse estime que l'opération réalisée par M. Pey Casado ne satisfait aucune des conditions relatives à l'investissement posées par l'API, et plus particulièrement l'article 1(2), l'article 2(2) et le préambule du traité, évoqué en tant que moyen d'interprétation des dispositions du traité.
328. Selon l'Etat défendeur, qui s'appuie à cet effet sur la consultation du Professeur Dolzer, « *pour qu'un investissement soit protégé par l'APPI Chili-Espagne, le texte de l'APPI Chili-Espagne exige que l'investissement respecte, entre autres, les trois conditions requises suivantes : (1) les actifs qui constituent l'investissement doivent avoir été 'acquis conformément à la législation du pays récepteur de l'investissement' ; (2) l'investissement doit comporter un transfert de capital vers l'État 'récepteur de l'investissement' et (3) l'investissement doit être qualifié d'investissement d'un investisseur de l'une des Parties contractantes ' dans le territoire de l'autre ' ».*²⁷⁶
329. La première condition, posée par l'article 1(2) de l'API, imposerait le respect de la législation spéciale qui se rapporte aux investissements étrangers, ce que confirmerait l'article 2(2) de l'API en exigeant que l'opération litigieuse constitue un « *investissement étranger* » en vertu de la réglementation chilienne en vigueur en 1972. La seconde condition impliquerait l'existence d'un transfert de capitaux vers l'intérieur de l'Etat récepteur en provenance de l'extérieur.²⁷⁷ Le procès-verbal des réunions techniques qui ont eu lieu entre les représentants du Chili et de l'Espagne les 29, 30 septembre et le 1^{er} octobre 1998 corroborerait cette analyse en indiquant qu' « *[a]u paragraphe 3 du préambule, l'expression ' investissements ' se réfère au transfert de capitaux vers le pays bénéficiaire de l'investissement, c'est-à-dire que cela suppose une entrée d'actifs sur le territoire de la Partie contractante bénéficiaire de l'investissement* ». ²⁷⁸ La défenderesse ajoute que cette condition serait fréquemment insérée dans les API auquel le Chili est

²⁷⁶ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 152-153 et consultation du Professeur Dolzer, para. 41.

²⁷⁷ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 150-151. La défenderesse invoque le préambule de l'API ainsi que les articles 1(2) et 6 à l'appui de son analyse.

²⁷⁸ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 153.

partie et souvent utilisée comme critère de définition de la notion d'investissement étranger. Enfin, la troisième condition reviendrait simplement à exiger que l'investissement soit un investissement étranger.

330. Etant donné que les fonds transférés par M. Pey Casado ne sont jamais entrés au Chili, il ne pourrait être considéré comme un transfert de capitaux vers l'Etat récepteur de l'investissement. En outre, comme il n'a pas été établi que les fonds ont été transférés par un investisseur de l'autre partie contractante afin d'acheter les actions d'une société chilienne, le prétendu investissement de M. Pey Casado n'aurait pas la qualité d'un investissement d'un investisseur de l'une des parties contractantes « *sur le territoire de l'autre* ». ²⁷⁹
331. L'argument des demanderesse selon lequel il n'existerait pas au Chili de définition de la notion d'investissement étranger serait inexact. De même, il serait tout aussi erroné d'affirmer, comme le font les demanderesse, que la réglementation qui régissait les investissements étrangers au Chili en 1972 était facultative et que, par voie de conséquence, il pouvait exister des investissements étrangers non enregistrés comme tels auprès des autorités compétentes.
332. Pour la défenderesse, il ne suffit pas qu'un investissement puisse être qualifié d'étranger « *d'une façon ou d'une autre* ». En application des articles 1(2) et 2(2) de l'API, un investissement en 1972 aurait dû être approuvé et enregistré comme investissement étranger conformément à la réglementation pertinente, en l'occurrence la réglementation issue de la Décision n°24 de la Commission de l'Accord de Carthagène (ci-après « *Décision n°24* »), entrée en vigueur au Chili avec les décrets n°482 et 488 de 1971. ²⁸⁰ Les investissements qui, comme celui de M. Pey Casado, n'auraient pas été effectués conformément à la législation sur l'approbation des investissements étrangers, alors en vigueur au Chili, se trouveraient hors du champ d'application de l'API.
333. Selon la défenderesse, la Décision n°24 serait entrée en vigueur au Chili par le décret suprême n°482 en date du 25 juin 1971. Bien que la *Contraloría General de la*

²⁷⁹ Id, p. 156.

²⁸⁰ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 165.

*República*²⁸¹ ait annulé ce décret, le président de la République a adopté le décret d'insistance n°488 en date du 29 juin 1971, en vertu d'un pouvoir accordé à l'époque au président de la République et lui permettant de passer outre l'opposition de la *Contraloría*, ce que les demanderesse passeraient sous silence dans leur argumentation. Ce second décret, reprenant le décret n°482, aurait fait entrer en vigueur le 30 juin 1971 le régime commun de traitement des capitaux étrangers et des marques, brevets, licences et privilèges, approuvé par la Décision n°24. Cette dernière aurait ainsi été applicable depuis le 30 juin 1971 jusqu'au 13 juillet 1974 « *au moins* », date à laquelle la nouvelle réglementation mise en place par le décret-loi n°600 serait entrée en vigueur.

334. La défenderesse souligne que la date d'entrée en vigueur de la Décision n°24, par le biais des décrets n°482 et 488, a été confirmée par la presse chilienne, et de nombreux organismes tels que le Conseil de défense de l'Etat, le service des impôts internes, le gouvernement chilien, l'Assemblée de l'Accord de Carthagène et la Commission de l'Accord de Carthagène.
335. La Décision n°24 serait également entrée en vigueur sur le plan international le 13 juillet 1971, lorsque l'Equateur a notifié au Conseil de l'Accord de Carthagène la promulgation du décret d'incorporation de la Décision n°24. L'affirmation selon laquelle la Décision n°24 ne serait entrée en vigueur sur le plan international que le 15 septembre 1973 serait infondée. Le fait que la Cour suprême de Colombie ait annulé le décret d'incorporation de la Décision n°24 ne changerait rien au fait que l'Etat colombien avait rempli les formalités nécessaires à l'entrée en vigueur le 5 juillet 1971.
336. Le décret n°258 du 4 avril 1960 sur le statut de l'investisseur ne serait pas applicable, contrairement à ce que prétendent les demanderesse. L'article 2 du décret n°482 disposait en effet que « *les dispositions de toute nature contraires au régime établi à l'article premier du présent décret ou incompatibles avec celui-ci sont abrogées* », ²⁸² ce qui

²⁸¹ La défenderesse définit la *Contraloría* comme « *l'organisme chargé, selon la Constitution politique, de veiller à la légalité des actes de l'Administration* » (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 165).

²⁸² V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 172 et annexe 9 au rapport de M. Santa María.

permettrait de conclure que « *tous les investissements réalisés en 1972 [...] auraient été régis principalement par la Décision N°24, et non par le Décret N°258* ». ²⁸³

337. Or, selon la défenderesse, l'opération réalisée par M. Pey Casado en 1972 ne satisfait pas les conditions requises par la Décision n°24 pourtant applicable à l'époque.
338. L'investissement étranger direct étant défini comme « *les apports provenant de l'étranger appartenant à des personnes physiques ou des entreprises étrangères [...]* », ²⁸⁴ M. Pey Casado n'aurait jamais pu effectuer un investissement étranger au sens de la Décision n°24 puisque l'intéressé était à l'époque un ressortissant chilien. ²⁸⁵ La prétention des demanderesses selon laquelle la Décision n°24 ne définirait pas les investissements étrangers serait démentie par le texte même de son article 1.
339. La défenderesse déduit également de cette disposition que la Décision n°24 exigeait un transfert de capitaux de l'étranger vers le territoire chilien. M. Pey Casado ayant réalisé des transferts de fonds en Europe et en dollars américains, le second critère posé par la Décision n°24 ne serait pas davantage satisfait.
340. Enfin, la Décision n°24 met en place un système d'autorisation préalable de l'investissement par l'organisme national compétent ²⁸⁶ et d'enregistrement obligatoire par ce même organisme. ²⁸⁷ Ces obligations seraient liées au plan de participation nationale prévue par la Décision n°24 dans le but d'atteindre « *une participation croissante du capital national dans les entreprises étrangères existantes ou qui venaient s'établir sur le*

²⁸³ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 172.

²⁸⁴ Article 1 de la Décision n°24.

²⁸⁵ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 174.

²⁸⁶ La défenderesse souligne que l'article 2 de la Décision n°24 prévoyait notamment que « *tout investisseur étranger qui souhaite investir dans l'un quelconque des pays membres devra présenter sa demande auprès de l'organisme national compétent, lequel, après évaluation, l'autorisera quand celui-ci correspond aux priorités de développement du pays récepteur* » (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 175-176).

²⁸⁷ La défenderesse cite l'article 5 de la Décision n°24 en vertu duquel « *tout investissement étranger direct fait l'objet d'un enregistrement auprès de l'organisme national compétent avec la convention déterminant les conditions de l'autorisation. Le montant des investissements est enregistré en monnaie librement convertible* » (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 176).

territoire des pays membres ». ²⁸⁸ La Décision n°24 comporterait également des interdictions spécifiques concernant notamment l'acquisition d'actions, de participations ou de droits de propriété d'investisseurs nationaux et l'investissement dans certains secteurs d'activité économique, tels que la presse, réservés aux entreprises nationales. Pour la défenderesse, c'est à tort que les demanderesses considèrent que le régime commun de traitement applicable aux capitaux étrangers comme un régime facultatif, ainsi que le montreraient de nombreuses dispositions de la Décision n°24.

341. La défenderesse résume l'ensemble des points que le Comité des investissements étrangers (« *organisme national compétent* » voulu par la Décision n°24) doit examiner avant d'autoriser et d'enregistrer un investissement étranger dans les termes suivants :

« une fois la demande d'investissement étranger présentée, le Comité des investissements étrangers devait examiner celle-ci et déterminer si l'investissement étranger proposé (i) envisageait les priorités de développement du pays ; (ii) prétendait effectuer une activité qui n'était pas considérée comme déjà convenablement pourvue par des entreprises existantes ; (iii) ne consistait pas en une acquisition d'actions, de participations ou de droits de propriété d'investisseurs nationaux, (iv) prévoyait un régime de participation nationale progressive ; (v) ne pénétrait pas des secteurs d'activité économique que les pays membres avaient réservé aux entreprises nationales, publiques ou privées , comme, par exemple, la propriété de quotidiens, magazines, périodiques, prévus à l'article 5 de la Loi 16.643 sur l'Abus de Publicité et (vi) ne contrevenait pas aux interdictions expresses d'investissement étranger prévues dans la Décision N°24 (dans certaines industries et/ou secteurs, comme les entreprises de transport interne, de publicité, d'émission de radio commerciales, de chaînes de télévision, de journaux, de magazines, etc.) ». ²⁸⁹

342. La défenderesse en conclut que « *si M. Pey avait présenté en tant qu'étranger une demande pour l'autorisation d'un investissement étranger au Chili, consistant en l'acquisition d'actions de l'entreprise périodique chilienne CPP S.A., celle-ci aurait été rejetée in limine par le Comité des investissements étrangers* » car contraire aux articles 3, 38 et 43 de la décision n°24. ²⁹⁰

²⁸⁸ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 176 et annexe C-100 ou annexe 16 au rapport de M. Sainte Marie. La défenderesse indique que ce plan devait être développé dans la demande d'autorisation présenté par l'investisseur étranger.

²⁸⁹ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 179.

²⁹⁰ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 180.

343. La défenderesse précise que le Comité des investissements étrangers, organisme chargé de mettre en œuvre les dispositions de la Décision n°24, aurait été désigné par le Président Allende, de façon transitoire, dans une lettre²⁹¹ transmise au Conseil de l'Accord de Carthagène.²⁹²
344. La défenderesse soutient par ailleurs que la réglementation cambiaire (le décret n°1272), invoquée par les demanderesses, ne pourrait être applicable à l'opération réalisée par M. Pey Casado, cette réglementation n'étant applicable qu'en cas d'apport de devises au Chili.²⁹³ En toute hypothèse, quand bien même l'opération litigieuse aurait entraîné un apport de devises au Chili, une autorisation expresse du Comité des investissements étrangers aurait été nécessaire, en application de l'article 2 de la Décision n°24. L'obligation d'obtenir cette autorisation serait sans rapport avec l'inscription à la Banque centrale du Chili prévue à l'article 14 de la loi sur le change international, contrairement à ce que prétendent les demanderesses. Citant l'un des experts qu'elle a consulté, la défenderesse estime qu'« *à partir de l'entrée en vigueur au Chili de la Décision N°24, la Loi sur le change international (Décret 1272) est devenu [sic] inapplicable aux capitaux qui entraînent au Chili afin de réaliser un investissement étranger* ». Elle fait valoir que « *la Décision N°24 était d'application unique et exclusive [aux apports de devises]* » et

²⁹¹ Cette lettre aurait été conservée par le successeur de l'Assemblée de l'Accord de Carthagène, le Secrétariat général de la Communauté andine (v. la transcription de l'audience du 6 mai 2003) et montrerait que l'organisme national compétent pour appliquer les dispositions de la Décision n°24 a bien été désigné.

²⁹² V. la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 364 et ss. La défenderesse rejette les accusations des demanderesses selon lesquelles elle aurait produit de faux documents et renvoie aux annexes 6 et 7 à la réplique de la défenderesse du 4 avril 2003 pour établir l'authenticité des documents produits (v. également réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, pp. 29-31).

²⁹³ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 181-184. La défenderesse soutient que les statuts du Fond Monétaire International sont sans aucun rapport direct avec la question de l'investissement étranger, contrairement à ce que prétendent les demanderesses (v. *ibid.*, pp. 181-182). Elle explique également que, en dépit du caractère facultatif des dispositions du décret n°258, « *avant la Décision n° 24, il était impossible pour un investisseur d'effectuer un investissement étranger au Chili sans se faire enregistrer soit au titre du décret n° 258, soit à celui du décret n° 1272* » (v. réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, p. 36). En toute hypothèse, les demanderesses feraient erreur en invoquant le décret n°1272 car cette réglementation n'a pas un caractère facultatif (la défenderesse renvoie à l'article 3 du décret-loi) et « *ne traite pas des investissements étrangers mais des opérations de change internationales* » (la défenderesse a modifié son argumentation sur ce point : dans son mémoire en réplique sur l'incompétence, du 27 décembre 1999, elle déduisait de l'article 14 du décret n°1272 que « *le transfert de capitaux constituait une exigence fondamentale pour qu'existe un investissement étranger* » (p. 89)). De l'avis de la défenderesse, « *il est évident que la prétendue acquisition des actions de la société CPP SA ne constituait pas une opération de change international* ». Le décret-loi n°1272 serait donc sans pertinence en l'espèce. Enfin, si le Tribunal devait conclure que la Décision n°24 était entrée en vigueur en 1972, il lui serait inutile de se pencher sur les décrets-lois n°258 et 1272, la Décision n°24 excluant toute autre réglementation en matière d'investissements étrangers (v. réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, p. 37).

« exigeait une autorisation expresse du Comité des investissements étrangers ».²⁹⁴ Une opération conduite sans autorisation préalable aurait été illicite et sanctionnée par une amende. Jamais il n'aurait été établi par les demanderesses que M. Pey Casado avait obtenu l'autorisation imposée par la réglementation en vigueur.

345. Au total, la défenderesse considère que les demanderesses se trouvent face à un dilemme inextricable : « d'un côté, si en 1972 M. Pey était un étranger, il n'aurait pas pu effectuer le prétendu investissement, ou pour le moins il n'aurait pas pu le faire en conformité avec la législation en vigueur au Chili relative aux investissements étrangers, qui interdisait de tels investissements dans des journaux nationaux (comme l'était *El Clarín*) ; au contraire, s'il était chilien, nous ne nous trouverions pas non plus face à un investissement étranger, mais (par définition) face à un investissement national ».²⁹⁵ Dans un cas comme dans l'autre, l'investissement de M. Pey Casado n'aurait pu avoir la qualité d'investissement étranger conformément à la législation chilienne en vigueur en 1972 et se trouverait exclu du champ d'application de l'API.

ii. *Position des demanderesses*

346. Selon les demanderesses, l'opération réalisée par M. Pey Casado satisfait les conditions posées par l'API, et plus particulièrement ses articles 1(2) et 2(2), et devrait être considérée comme ayant la qualité d'investissement étranger au sens de la législation chilienne en vigueur en 1972.²⁹⁶

347. Les demanderesses soutiennent en outre que l'API ne prévoit aucune procédure d'autorisation ou d'enregistrement des investissements. Seul l'article 6 de l'API dispose que chaque partie à l'API accordera à l'autre la possibilité de transférer librement la rémunération reçue par les ressortissants d'un des Etats parties, qui auraient obtenu de l'autre partie les autorisations correspondantes. Aucune restriction semblable n'est prévue pour les transferts de capitaux étrangers.

²⁹⁴ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 182-183.

²⁹⁵ *Id.*, pp. 185-186.

²⁹⁶ V. mémoire des demanderesses du 22 mars 1999, pp. 31 et ss et réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 29 et ss.

348. Conformément à la réglementation du FMI, la notion de « *transfert de capitaux* » devrait être comprise comme l'exportation du capital investi vers l'extérieur de l'Etat d'accueil de l'investissement. Les directives de la Banque mondiale retiendraient une définition similaire. Selon les demanderessees, c'est en ce sens qu'il conviendrait d'interpréter les termes « *transferts de capitaux* » employés dans l'API Espagne-Chili. La notion de « *transfert de capitaux* », d'abord utilisée dans le préambule du traité, serait précisée dans l'article 6 relatif à la possibilité de transférer librement les revenus des investissements réalisés sur le territoire de l'Etat d'accueil. La thèse de l'Etat défendeur, qui consiste à définir le transfert de capitaux, à partir du préambule de l'API, comme l'introduction de capitaux sur le territoire chilien, serait erronée. En toute hypothèse, les articles de l'API devraient prévaloir sur la formulation moins spécifique du préambule.
349. Les demanderessees soulignent également que lorsque l'Etat chilien a souhaité que des restrictions sur les transferts de capitaux soient mises en place, le texte du traité le prévoit expressément, comme dans le cas de l'API Malaisie-Chili. En l'espèce, l'API prévoit simplement à son article 4 un traitement des investisseurs espagnols égal à celui que reçoivent les chiliens. L'obtention du procès-verbal des réunions techniques de septembre-octobre 1998 ne saurait permettre à la défenderesse d'imposer *a posteriori* des limites à l'admission des capitaux étrangers que ne contenaient pas l'API, ce procès-verbal étant sans valeur et, de surcroît, interprété de façon incorrecte par l'Etat défendeur.
350. Les demanderessees estiment également que l'investissement effectué par M. Pey Casado satisfait les conditions relatives au respect de la législation chilienne en vigueur en 1972, prévues aux articles 1(2) et 2(2) de l'API.
351. Selon les demanderessees, il n'existerait en effet aucune définition de l'investissement étranger en droit chilien en 1972, ce qui laissait une grande liberté aux investisseurs. Le caractère « *étranger* » d'un investissement dépendait « *essentiellement de l'origine des devises et du paiement en devises étrangères* »²⁹⁷ ; en aucun cas la nationalité de l'investisseur n'aurait été une condition nécessaire à l'existence d'un investissement

²⁹⁷ V. réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 31. V. également réplique des demanderessees au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 53. Il serait en revanche « *important* » que la contrepartie du capital investi se trouve au Chili (réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 117).

étranger. Ni le décret-loi n°258 du 30 mars 1960, ni le décret-loi n°1272 du 7 septembre 1961, tous deux invoqués par la défenderesse, ne contiendraient de définition de l'investissement étranger. Aucun de ces deux textes n'introduirait de restriction fondée sur la nationalité de l'investisseur. Le décret-loi n°600 de 1974, postérieur à l'investissement de M. Pey Casado, ne définirait pas davantage l'investissement étranger.²⁹⁸

352. Aux yeux des demanderesse, la défenderesse chercherait à appliquer à l'investissement de M. Pey Casado des restrictions découlant de la réglementation cambiaire prévue dans les décrets-lois n°258 et 1272. Or, cette interprétation serait incompatible avec les statuts du FMI. Etant donné que le régime du contrôle des changes mis en place par le FMI n'est pas applicable à l'opération réalisée par M. Pey Casado et que l'objectif des décrets-lois n°258 et n°1272 consiste à organiser le contrôle des changes et le transfert de capitaux en conformité avec les statuts du FMI, la défenderesse ne pourrait prétendre que l'investissement effectué par M. Pey Casado aurait violé la réglementation cambiaire et plus particulièrement le décret-loi n°1272 et le décret-loi n°258.
353. En outre, les deux décrets-lois mettraient en place des régimes facultatifs offrant la possibilité à certaines catégories d'investisseurs de bénéficier de franchises relatives au régime de contrôle des changes. La lecture des statuts du FMI indiquerait par ailleurs que la notion de « *transferts de capitaux* » correspond à des « *sorties de capitaux* » de l'Etat d'accueil. Les demanderesse en concluent que les deux décrets-lois chiliens avaient pour objet de réglementer l'offre de franchises relatives au régime du contrôle des changes en vue du transfert des capitaux vers l'extérieur du Chili. Le texte de ces deux décrets-lois montrerait qu'il était facultatif de demander à en bénéficier précisément parce que cette réglementation ne concernait que les demandes d'octroi de franchises, en vue de l'exportation hors du Chili du capital investi dans l'espace économique chilien.
354. Dans le même but d'établir le caractère facultatif des régimes de franchises mis en place par les deux décrets-lois, les demanderesse insistent sur leurs dispositions et plus particulièrement sur l'article 1^{er} du décret-loi n°258 et l'article 14 du décret-loi n°1272.

²⁹⁸ V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 118-119. Les demanderesse citent un ouvrage de Roberto Mayorga selon lequel la principale source du droit de l'investissement étranger au Chili est le décret-loi n°600 et la notion d'investissement étranger n'est pas « *expressément conceptualisée dans la législation chilienne* », exception faite des API conclus par le Chili (annexe D10).

Selon l'expert consulté par les demanderesse sur ce point, « [l]a rédaction de cet Article [14], non obligatoire, laisse place pour l'investisseur [à l'alternative consistant] à opter ou non pour ladite inscription du capital. En procédant comme il l'a fait l'investisseur espagnol ne se rend pas bénéficiaire des franchises envisagées dans l'Article 14 cité plus haut et dans le Décret ayant Force de Loi (DFL) numéro 258 du 30 mars 1960, autre instrument juridique optionnel dont bénéficiaient les Investissements Étrangers à cette époque-là ». ²⁹⁹ Les demanderesse soutiennent en outre que M. Pey Casado et le gérant de la banque centrale de l'époque, Jaime Barrios, auraient échangé des lettres en 1972 indiquant qu'une inscription de l'investissement de M. Pey Casado à la banque centrale n'était pas obligatoire. ³⁰⁰

355. La défenderesse, dont l'argumentation aurait radicalement changé dans le contre-mémoire du 3 février 2003, reconnaît désormais le caractère facultatif de l'application des décrets-lois n°258 et 1272 mais insisterait en revanche sur le fait que l'investissement de M. Pey Casado ne satisferait pas les critères posés par la Décision n°24 qui devrait être appliquée en l'espèce. Toutefois, l'argument de la défenderesse ne saurait être accueilli au motif que les conditions nécessaires à l'entrée en vigueur et à l'application de la Décision n°24 n'étaient pas satisfaites au moment où M. Pey Casado a réalisé son investissement.
356. Les demanderesse font ainsi valoir que l'application de la Décision n°24 dépendait de son incorporation dans le droit interne de chacun des Etats signataires. La Colombie n'ayant adopté le décret incorporant la Décision n°24 dans son ordre juridique interne que le 15 septembre 1973, la Décision n°24 n'aurait pu être appliquée avant cette date.
357. Les demanderesse soulignent également que la Décision n°24 n'avait été publiée que sous forme de décret le 25 juin 1971. La légalité de ce décret avait été remise en cause par la

²⁹⁹ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 55 et consultation de M. Alfonso Inostroza Cuevas, Président du directoire et du comité exécutif de la banque centrale du Chili du 5 novembre 1970 au 15 mai 1973, p. 1 (annexe C-44). Les demanderesse soutiennent que « [d]ans le cas de l'Article 14, concrètement, les franchises consistaient à avoir accès au marché officiel des devises, à acquérir les devises à un taux de change préférentiel et à réexporter tout ou partie du capital apporté ainsi que les intérêts et bénéfices qu'ils produiraient » (réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 117).

³⁰⁰ Les demanderesse ont demandé à l'Etat défendeur de produire ces lettres mais ce dernier n'aurait pas été en mesure de les localiser (v. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 59).

Contraloría qui estimait que l'incorporation de la Décision n°24 en droit chilien nécessitait une loi. L'exécutif aurait passé outre la décision de la *Contraloría* « *par la voie, légale mais extraordinaire* » du décret en réitération (*decreto de insistencia*).³⁰¹ La lecture du décret n°746 indiquerait cependant que ce n'est qu'en 1974 qu'il est mis fin à « *la situation de légalité douteuse du Décret N° 482, du 25 juin 1971, motif pour lequel il n'était pas appliqué pour ce qui concerne les particuliers* ». ³⁰² Les demanderesses invoquent également un compte rendu de session ordinaire de la Commission du Groupe de Carthagène au cours duquel la fragilité juridique du décret de réitération incorporant la Décision n°24 a été critiquée.

358. Le préambule du décret-loi n°600 du 11 juillet 1974, qui ne mentionne pas le décret n°482 du 25 juin 1971 mais vise le décret-loi n°1272 de 1961 et les engagements internationaux valablement obligatoires au Chili, montrerait que le décret n°482 n'était pas applicable au Chili à cette époque et que la mise en application de la Décision n°24 pour les particuliers n'était pas obligatoire. L'article 13 et l'article 2 des articles transitoires seraient la preuve du caractère optionnel du statut mis en place par le décret-loi n°600. L'article 40 du décret-loi n°600, qui abroge le décret n°258 du 4 avril 1960, démontrerait que c'est ce dernier qui était en vigueur en 1972 et non le décret n°482. Le décret-loi n°746 du 6 novembre 1974 serait la première norme ayant force de loi incorporant la Décision n°24 dans l'ordre juridique interne chilien.
359. En toute hypothèse, la doctrine relative à la Décision n°24 et un certain nombre de documents officiels du Groupe de Carthagène indiqueraient que la Décision n°24 n'avait pas été effectivement appliquée avant 1974. L'inapplication de la Décision n°24 au Chili serait du reste corroborée par le fait que l'Etat défendeur, représenté par le Comité des investissements étrangers, n'a pas produit un seul document d'époque montrant que la Décision n°24 était appliquée alors que ces documents devraient se trouver dans les archives de l'organe intéressé, le Comité des investissements étrangers.³⁰³ La lettre dont la défenderesse prétend qu'elle émane de Salvador Allende et qui désigne l'organisme

³⁰¹ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 63.

³⁰² *Id.*

³⁰³ V. la transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 201-202 et la transcription de l'audience du 7 mai 2003, pp. 474-475 (Me Garcés).

national compétent aux fins de la Décision n°24 ne serait pas un document authentique et ne pourrait donc constituer une preuve crédible de l'application la Décision n°24 au Chili. Les demanderesses insistent notamment sur le fait que les modalités de présentation du document et certains aspects de la rédaction, l'absence de preuve de sa publication officielle au Chili et de sa prise en compte par le Directoire de l'Accord de Carthagène lui ôteraient tout caractère probant.³⁰⁴ Les demanderesses en concluent que la Décision n°24 n'aurait pas été effectivement appliquée au Chili avant l'expropriation de M. Pey Casado.

360. Même si, par extraordinaire, les mesures nécessaires à l'application effective de la Décision n°24 dans l'ordre juridique chilien avaient été adoptées et appliquées, la Décision n°24 n'aurait pas été applicable à l'investissement de M. Pey Casado. En effet, la Décision n°24 introduirait une nouvelle condition dans la législation chilienne en exigeant que l'investisseur soit de nationalité étrangère pour que son investissement soit qualifié d'investissement étranger. Cependant, la Décision n°24, « *par sa nature et par sa finalité, [n'aurait pu] s'appliquer en 1972 à l'investissement au Chili fait par un ressortissant espagnol qui avait la qualité de bénéficiaire de la Convention de double nationalité* ». ³⁰⁵ Selon les demanderesses, « *la caractéristique principale de la « Décision N° 24 » était de permettre que les investisseurs privés ayant la nationalité chilienne (ou d'un autre pays membre du Groupe Andin) prennent progressivement le contrôle de la majorité du capital d'une entreprise primitivement étrangère* ». ³⁰⁶

361. Les demanderesses soutiennent par ailleurs que la loi sur les abus de publicité du 17 juillet 1967, qui limitait la participation des actionnaires étrangers dans les entreprises du secteur des médias, ne pourrait être invoquée à l'encontre de M. Pey puisque les autorités chiliennes lui reconnaissaient le bénéfice de la Convention sur la double nationalité. En toute hypothèse, le non-respect des règles de détention du capital n'aurait entraîné que des sanctions purement administratives.

362. Les demanderesses concluent sur l'état du droit chilien en 1972 que :

³⁰⁴ V. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 59-60 et la transcription de l'audience du 5 mai 2003, pp. 202-204 (Me Garcés).

³⁰⁵ Transcription de l'audience du 5 mai 2003, pp. 198-199 (Me Garcés).

³⁰⁶ V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 65.

« [l]a loi chilienne permettait aux chiliens aussi bien qu'aux étrangers

- *d'investir au Chili des capitaux internationaux avec une liberté pratiquement totale, sans distinguer entre investisseurs nationaux et étrangers, y compris des chiliens ayant leur résidence au Chili investissant des capitaux internationaux. Les dérogations à cette liberté étaient expresses et exceptionnelles. Le Chili n'a pas rapporté la preuve d'une quelconque dérogation applicable à un investisseur espagnol qui en 1972 aurait bénéficié des avantages de la Convention de double nationalité ;*
- *de conclure au Chili et/ou à l'étranger un contrat d'achat et de vente d'actions d'une société localisée au Chili, dont l'exécution pouvait avoir lieu à l'étranger et dont la monnaie du contrat et du paiement pouvait être une devise étrangère ;*
- *aucune norme interne n'interdisait de convenir à l'étranger du paiement en devises, également à l'étranger, en règlement du prix de vente des actions d'une société chilienne ;*
- *aucune norme interne ne faisait dépendre la qualité d'investissement étranger de la destination que le vendeur aurait pu donner au prix reçu [...] ».*³⁰⁷

363. Les demanderesses ajoutent que l'investissement réalisé par M. Pey Casado serait également compatible avec la réglementation actuelle sur les investissements étrangers au Chili. Elles citent en exemple les *American Depositary Receipts*, qui permettent d'acheter et de vendre des actions de sociétés chiliennes sur le marché boursier à New York et prouveraient, contrairement à ce qu'affirme la défenderesse, qu'un investisseur n'a pas pour obligation d'effectuer, aux fins de l'API ou de la législation chilienne en vigueur en 1972, le paiement du prix de son investissement sur le territoire de l'Etat d'accueil.

364. A titre subsidiaire, les demanderesses invoquent la clause de la nation la plus favorisée et l'API Chili-Belgique qui n'exige pas des investissements réalisés antérieurement à l'entrée en vigueur de l'API qu'ils aient la qualité d'investissement étranger au sens de la législation de la partie concernée.

b) Conclusions du Tribunal

365. Avant d'exposer l'analyse et les conclusions du Tribunal, il convient de rappeler les dispositions pertinentes de l'API Espagne-Chili.

³⁰⁷ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 48-49.

366. L'article 1 de l'API définit le terme « investissements » dans son deuxième paragraphe :

« Par investissements on désigne toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement et en particulier, encore que non-exclusivement, les suivants :

Actions et autres formes de participation dans les sociétés.

Crédits, valeurs et droits découlant de toute sorte d'apports réalisés dans le but de créer une valeur économique ; y compris expressément tous les prêts consentis à cette fin, qu'ils aient ou non été capitalisés.

Biens meubles et immeubles, ainsi que toute sorte de droits liés à ces derniers.

Les droits de toute sorte relevant du domaine de la propriété intellectuelle, y compris expressément les patentes d'invention et marques commerciales, de même que les licences de fabrication et de "savoir-faire".

Les droits de mise en œuvre d'activités économiques et commerciales consentis par la loi ou en vertu d'un contrat, en particulier ceux liés à la prospection, la culture, l'extraction ou exploitation de ressources naturelles » (traduction libre fournie par les demanderesses).

367. L'article 2 de l'API prévoit dans ses deux premiers paragraphes que :

« 1. Chacune des Parties soutiendra, dans la mesure du possible, les investissements effectués dans son territoire par des investisseurs de l'autre Partie et admettra ses investissements conformément à ses dispositions légales.

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

368. La formulation de l'article 1(2) reflète une conception large de la notion d'investissement. Le Tribunal constate d'emblée que l'achat des titres de CPP S.A. et d'EPC Ltda est couvert par la définition de l'investissement établie par l'article 1(2) qui considère comme un investissement les « actions et autres formes de participation dans les sociétés ». La seule condition posée par cet article est celle de l'acquisition en conformité au droit de l'Etat d'accueil.

369. L'article 2(2) précise que les investissements effectués antérieurement à l'entrée en vigueur de l'API ne bénéficieront de la protection de l'API que s'ils peuvent être qualifiés

d'investissements étrangers au sens de la législation de l'Etat d'accueil. Le Tribunal estime que la législation à laquelle fait référence l'API est la législation chilienne en vigueur au moment auquel l'investissement est réalisé, c'est-à-dire en 1972.

370. 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.

371. Invoquant le préambule de l'API, la défenderesse soutient cependant que l'opération doit impliquer un transfert de capitaux en provenance de l'extérieur vers l'intérieur du territoire chilien.

372. Le second paragraphe du préambule est formulé dans les termes suivants :

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

373. Selon la défenderesse, l'exigence de transfert de capitaux en provenance de l'Etat de l'investisseur vers l'intérieur de l'Etat d'accueil, évoquée par le préambule de l'API, devrait être distinguée de la faculté pour l'investisseur de sortir de l'Etat d'accueil de son investissement les capitaux qu'il y a investis, faculté prévue par l'article 6 de l'API intitulé « *transfert* ». ³⁰⁸ Les demanderesses estiment au contraire que l'article 6 ne fait qu'expliquer le sens du terme « *transfert* » utilisé dans le préambule et que le concept de transfert de capitaux ne peut désigner qu'un transfert vers l'extérieur de l'Etat d'accueil, conformément aux statuts du FMI. ³⁰⁹

374. L'interprétation du traité avancée par la défenderesse revient à imposer un critère supplémentaire dans la définition du terme « *investissements* » sur le seul fondement du

³⁰⁸ L'article 6 de l'API prévoit dans sa partie pertinente que « *chaque partie accordera aux investisseurs de l'autre Partie, pour ce qui concerne les investissements réalisés dans son territoire, la possibilité de transférer librement les revenus de ces investissements et autres versements en rapport avec eux, et en particulier, mais non exclusivement, les suivants [...]* ».

³⁰⁹ Les demanderesses précisent tout de même que l'API peut être « *amené à couvrir d'autres investissements, afin de créer 'des conditions favorables'* » (exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 73).

préambule. Or, s'il peut éclairer le sens des dispositions des articles du traité, le préambule ne saurait poser, à lui seul, une condition supplémentaire qui ne figure pas dans le corps du traité.

375. En l'espèce, les articles 1(2) et 2(2) ne posent pas de difficultés particulières d'interprétation. Le préambule, composé de trois brefs paragraphes et rédigés en termes très généraux, reflète essentiellement le souhait de créer des conditions favorables à l'investissement entre les deux Etats parties. Il est clair que ces trois paragraphes ne contiennent aucune disposition de fond susceptible de créer des conditions supplémentaires à l'octroi de la protection offerte par l'API. Si le Tribunal acceptait l'interprétation de la défenderesse, il consacrerait une interprétation particulièrement restrictive du terme investissement au sens des articles 1(2) et 2(2) de l'API allant contre la lettre et l'esprit du préambule. Une telle démarche serait de toute évidence contraire à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.
376. Le Tribunal tient à préciser que l'interprétation des termes du préambule³¹⁰ et de l'article 1(2)³¹¹, consignée dans le procès-verbal des réunions techniques des 29, 30 septembre et 1er octobre 1998 entre l'Espagne et le Chili, organisées à la demande de ce dernier, n'est d'aucun secours pour la défenderesse.
377. En effet, l'initiative de la défenderesse, visant à organiser une rencontre entre les représentants des deux Etats parties au traité afin de s'entendre sur l'interprétation de certains de ses termes, est intervenue après l'introduction de la requête d'arbitrage (3 novembre 1997) et son enregistrement (20 avril 1998). Il s'agit là d'un acte incompatible

³¹⁰ « Dans le paragraphe 3 du préambule, l'expression ' Invertions ' [sic] réfère aux transferts de capitaux vers le pays receveur de l'investissement, ceci, suppose une entrée d'actifs sur le territoire de la Partie contractante [sic] receveuse de l'investissement. Dans ce sens là, et suivant ce qu'établit le dit préambule, l'objet principal de l'accord est la protection et le développement des investissements qui impliquent le transfert de capitaux » (transcription des réunions techniques des 29, 30 septembre et 1er octobre 1998 entre l'Espagne et le Chili (annexe 15 au mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999)).

³¹¹ « Dans l'article 1.2, la référence qui indique que, par investissement s'entendent tous types d'avoirs acquis en accord avec la législation du pays receveur, signifie qu'est ce pays [sic] celui qui, conformément à la législation, définit le caractère de l'investissement étranger d'une opération déterminée. Comme conséquence, les uniques avoirs qui peuvent être considérés comme investissements étrangers pour les effets de l'Accord, et qui peuvent bénéficier de sa protection, sont ceux acquis en conformité avec la législation du pays receveur de l'investissement » (transcription des réunions techniques des 29, 30 septembre et 1er octobre 1998 entre l'Espagne et le Chili (annexe 15 au mémoire d'incompétence de la défenderesse, du 20 juillet 1999)).

avec les dispositions de l'article 10.6 de l'API qui imposent aux Etats parties de s'abstenir « *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* ». Il est clair que l'interprétation du préambule et de l'article 1(2) de l'API entre dans la catégorie des « *arguments concernant l'arbitrage* » échangés postérieurement à l'introduction de la procédure. En conséquence, le Tribunal ne tiendra pas compte de l'interprétation figurant dans le procès-verbal litigieux, sans pour autant préjuger du bien-fondé de cette dernière.

378. Le Tribunal relève également que l'interprétation des demanderessees consiste à limiter la portée des termes « *transferts de capitaux* » sans pour autant fournir de véritable justification. Au total, le Tribunal ne voit dans l'argumentation des parties aucun motif convaincant qui conduirait à lire dans le préambule une restriction liée au type de transfert de capitaux qu'un investisseur pourrait effectuer. Il ne voit pas davantage de raison d'appliquer une telle restriction aux dispositions de fond du traité et plus particulièrement aux articles 1(2) et 2(2).
379. Il est clair, en revanche, que les articles 1(2) et 2(2) de l'API exigent de l'investisseur qu'il effectue un investissement qui soit conforme à la législation chilienne en vigueur à l'époque et, s'agissant d'investissements existant au moment de l'entrée en vigueur du traité, qui puisse être qualifié d'investissement étranger au sens de cette législation.
380. La défenderesse a concentré son argumentation sur la Décision n°24 dont elle affirme qu'elle est entrée en vigueur au Chili le 30 juin 1971, qu'elle était applicable et effectivement appliquée et qu'elle n'a pas été respectée par l'investissement étranger que M. Pey Casado prétend avoir réalisé en 1972.
381. Ainsi que l'a indiqué la défenderesse, la Décision n°24 trouve son origine dans l'Accord de Carthagène, traité d'intégration subrégional signé par le Chili le 26 mai 1969 et publié au journal officiel chilien le 30 juillet 1969.³¹² L'Accord de Carthagène crée une commission, organe supérieur composé de représentants des Etats membres et doté d'un

³¹² V. décret n°428 du 30 juillet 1969 (annexe 8 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003). Les autres pays signataires sont la Bolivie, la Colombie, l'Equateur et le Pérou. L'Accord de Carthagène a été conclu dans le but d'appliquer à l'échelon régional le traité de Montevideo sur le marché commun latino-américain (v. consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003, p. 9).

pouvoir de décision,³¹³ dont le rôle consistera notamment à approuver et à soumettre « à la considération des pays membres un régime commun de traitement applicable aux capitaux étrangers et, entre autres, sur les marques, patentes, licences et royalties » le 31 décembre 1970 au plus tard.³¹⁴ En outre, « les pays membres [s'engageaient] à adopter les mesures nécessaires à l'application pratique de ce régime et ce, dans les six mois suivant l'approbation de celui-ci par la commission ».³¹⁵

382. Conformément aux dispositions de l'Accord de Carthagène, la commission a approuvé dans sa Décision n°24 du 31 décembre 1970 « le régime commun de traitement applicable aux capitaux étrangers et sur les marques, patentes, licences et royalties ».³¹⁶
383. Les demanderesses ont développé deux arguments qui, selon elles, devraient conduire le Tribunal à conclure que la Décision n°24 n'est pas entrée en vigueur.
384. Les demanderesses estiment tout d'abord que les conditions posées à l'article A des dispositions transitoires de la Décision n°24 n'ont pas été respectées, la Colombie n'ayant incorporée la Décision n°24 en droit colombien que le 15 septembre 1973, ce qui aurait empêché la Décision n°24 d'entrer en vigueur avant cette date.
385. Le Tribunal rappellera que l'article A des dispositions transitoires de la Décision n°24 prévoit que « le présent régime entrera en vigueur lorsque tous les pays membres auront déposé auprès du secrétariat du Conseil les instruments par lesquels ils le mettront en pratique sur leurs territoires respectifs, conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 27 de l'Accord de Carthagène ».³¹⁷

³¹³ V. article 6 de l'Accord de Carthagène (annexe 8 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003).

³¹⁴ V. article 27 de l'Accord de Carthagène (annexe 8 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003).

³¹⁵ *Id.*

³¹⁶ V. Décision n°24 de la commission de l'Accord de Carthagène adoptée lors de la troisième période de sessions extraordinaires du 14 au 31 décembre 1970 (annexe 10 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003).

³¹⁷ V. article A des dispositions transitoires de la Décision n°24 de la commission de l'Accord de Carthagène adoptée lors de la troisième période de sessions extraordinaires du 14 au 31 décembre 1970 (annexe 10 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003).

386. La défenderesse a pour sa part produit une attestation émanant du secrétariat de la Communauté andine indiquant que la Colombie avait adopté un décret n°1299 le 30 juin 1971, notifié à la commission de Carthagène le 5 juillet 1971. Le dernier instrument a été déposé par le Pérou le 13 juillet 1971.³¹⁸
387. Le Tribunal ne peut que constater que les conditions posées par l'article A des dispositions transitoires de la Décision n°24 ont été satisfaites le 13 juillet 1971, une fois que tous les pays membres ont eu déposé les instruments par lesquels ils mettraient en pratique la Décision n°24. Le fait que l'instrument déposé par la Colombie ait fait l'objet d'un recours postérieurement à son dépôt auprès du secrétariat du Conseil de l'Accord de Carthagène ne peut avoir de conséquences sur l'entrée en vigueur de la Décision n°24 dans les autres Etats membres, la Colombie s'étant déjà engagée vis-à-vis de ces derniers en déposant le décret n°1299 auprès de l'organe compétent de l'Accord de Carthagène. En revanche, l'annulation du décret n°1299 a des effets en droit interne colombien la Décision n°24 demeurant sans application jusqu'à ce que le Gouvernement colombien fasse usage de prérogatives constitutionnelles pour faire entrer en vigueur le régime commun grâce au décret n°1900 du 15 septembre 1973.³¹⁹
388. Le premier argument des demanderesses ne peut donc être accueilli.
389. Les demanderesses soulèvent un second argument qui consiste à mettre en cause la légalité du décret n°482 du 25 juin 1971 incorporant la Décision n°24 en droit chilien.
390. L'incorporation de la Décision n°24 en droit chilien s'est effectuée au moyen de deux décrets. Le premier décret, en date du 25 juin 1971, devait approuver et faire entrer en vigueur le régime mis en place par la Décision n°24.³²⁰ Les deux parties s'accordent cependant sur le fait que ce premier décret a fait l'objet de critiques de la part de la *Contraloría general* qui estimait que la Décision n°24 devait être incorporée dans l'ordre

³¹⁸ V. lettre du secrétariat de la Communauté andine du 26 avril 2000 (annexe 5 à la réplique de la défenderesse du 4 avril 2003).

³¹⁹ V. rapport du directoire sur les dispositions légales prises par les pays membres en relation avec la Décision n°24 du 8 septembre 1974 (annexe C-100).

³²⁰ V. décret suprême du 25 juin 1971 (annexe 9 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003 sur la valeur juridique des décrets d'insistance sous la constitution de 1925 : le cas du décret n°482 de 1971 (mise en vigueur de la Décision n°24 de la commission de l'Accord de Carthagène)).

juridique chilien au moyen d'une loi et non d'un décret.³²¹ Au terme d'une analyse détaillée,³²² la défenderesse a toutefois démontré que le Président de la République du Chili était en droit d'insister sur l'adoption du décret critiqué par la *Contraloría general* s'il est convaincu de sa légalité et s'il réunit la signature de tous les ministres d'Etat. Le 30 juin 1971, le Président de la République du Chili a ainsi adopté un décret d'insistance (ou de réitération), signé de tous les ministres d'Etat, de façon à ce que la Décision n°24 soit incorporée dans le droit chilien.³²³

391. 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. Les demanderesses ont du reste reconnu que le pouvoir exécutif avait eu recours à « *la voie, légale mais extraordinaire, du 'Décret en réitération'* ». ³²⁴
392. Dans l'hypothèse où la Décision n°24 serait entrée en vigueur, les demanderesses 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.
393. Les demanderesses insistent particulièrement sur le fait que l'Etat chilien n'a pas nommé l'organisme national compétent chargé de mettre en application les principaux aspects de la Décision n°24. Elles mettent en doute l'authenticité d'un document produit par la

³²¹ V. l'ordonnance de renvoi de la *Contraloría general* du 28 juin 1971 (annexe 7 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003 sur la valeur juridique des décrets d'insistance sous la constitution de 1925 : le cas du décret n°482 de 1971 (mise en vigueur de la Décision n°24 de la commission de l'Accord de Carthagène)). La *Contraloría general* est un organe autonome qui, au sein de l'administration d'Etat, exerce un contrôle de constitutionnalité et de légalité des décrets suprêmes (v. article 1 de la loi n°10.336, annexe 12 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003 sur la valeur juridique des décrets d'insistance sous la constitution de 1925 : le cas du décret n°482 de 1971 (mise en vigueur de la Décision n°24 de la commission de l'Accord de Carthagène)).

³²² V. en particulier la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003 sur la valeur juridique des décrets d'insistance sous la constitution de 1925 : le cas du décret n°482 de 1971 (mise en vigueur de la Décision n°24 de la commission de l'Accord de Carthagène) produit par la défenderesse.

³²³ V. le décret d'insistance (*decreto de insistencia*) du 30 juin 1971 (annexe 7 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003 sur la valeur juridique des décrets d'insistance sous la constitution de 1925 : le cas du décret n°482 de 1971 (mise en vigueur de la Décision n°24 de la commission de l'Accord de Carthagène)).

³²⁴ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 63.

défenderesse qui montrerait que le Chili avait désigné le comité des investissements étrangers pour accomplir les fonctions d'organisme national compétent.

394. Le Tribunal rappellera que l'article D des dispositions transitoires de la Décision n°24 prévoit que « [d]ans les trois mois suivants [sic] l'entrée en vigueur du présent régime, chaque pays membre désignera le ou les organismes compétents en matière d'autorisation, d'enregistrement et de contrôle de l'investissement étranger et du transfert de technologie et informera les autres pays membres et le Conseil à cet égard ».
395. La défenderesse a produit la copie d'une lettre du Président Salvador Allende et de son ministre des affaires étrangères, adressée aux membres du comité des investissements étrangers, informant ces derniers que le comité assumerait à titre transitoire le rôle d'organisme national compétent, au sens de la Décision n°24, et « *chargé de l'autorisation, de l'enregistrement et du contrôle des investissements étrangers directs, y compris de ceux déjà existants, tant qu'un organisme différent n'aura pas été affecté à ces fonctions* ». Il est précisé également que « *tous les contrats d'importation de technologie et relatifs aux licences d'exploitation de marques et de patentes d'origine étrangère, y compris ceux déjà conclus, devront être enregistrés auprès de ce même organisme* ». ³²⁵
396. Cette lettre porte deux dates, le 8 septembre 1972 sur la première page et le 13 janvier 1972 sur la seconde. Elle ne mentionne pas, tout au moins expressément, le délai de trois mois prévu à l'article D des dispositions transitoires, délai en toute hypothèse écoulé quelle que soit la date prise en compte dans le courrier du Président Allende. Elle n'indique pas davantage la date à laquelle les nouvelles fonctions du comité des investissements étrangers devront prendre effet, la lettre étant simplement rédigée au futur.
397. Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur l'authenticité de ce document, le Tribunal constate qu'il s'agit d'une note d'information qui appelle non seulement certaines précisions, telle que la date de prise d'effet des fonctions du comité ou l'articulation des relations du comité avec un certain nombre d'autres organismes, ³²⁶ mais également une

³²⁵ Lettre du Président Salvador Allende et de son ministre des affaires étrangères aux membres du comité des investissements étrangers en date des 13 janvier et 8 septembre 1972 (annexe 17A à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003).

³²⁶ La lettre indique en effet que « [l]e Comité devra agir à ces fins, en étroite collaboration avec les autres services de la Corporation de Développement de la Production ainsi qu'avec la Banque Centrale du Chili et,

confirmation officielle. En effet, comme l'ont relevé les demanderesse, le comité des investissements étrangers aura pour mission de mettre en application un ensemble de règles fixées par la commission de l'Accord de Carthagène, organe issu d'un accord d'intégration international. Il serait pour le moins surprenant que la désignation du comité ne fasse pas l'objet d'une publication au journal officiel chilien, ne serait-ce que pour informer les investisseurs intéressés.

398. A supposer toutefois que cette lettre ait été suffisante pour que la désignation prenne effet dans le courant de l'année 1972, la multiplicité des tâches confiées au comité des investissements étrangers, sur laquelle a insisté la défenderesse, promettait une activité intense. Or, comme l'ont souligné les demanderesse, l'Etat défendeur n'a produit aucun document susceptible d'attester de l'accomplissement des fonctions du comité des investissements étrangers. La défenderesse n'a soumis aucun exemplaire d'autorisation³²⁷ ou d'enregistrement³²⁸ demandés ou octroyés en application de la Décision n°24, éléments dont elle n'a pourtant cessé de souligner l'importance. Elle n'a produit aucun document découlant de l'application effective de la Décision n°24 émanant des organismes qui devaient travailler en étroite collaboration avec le comité des investissements étrangers. Enfin, la défenderesse n'a produit aucune des « *providencias* » exigées par l'article 27 de l'Accord de Carthagène pour l'application pratique de la Décision n°24 autres que le décret d'entrée en vigueur au Chili, pas plus qu'elle n'en a montré l'existence.
399. Les demanderesse invoquent pour leur part certains travaux de la doctrine qui concluent à l'absence d'application de la Décision n°24 au Chili. Monsieur Stephen Lau indique dans un ouvrage publié en 1972 que « *[t]he legal force of the Decision 24 in the individual nations is yet unclear* ». ³²⁹ Monsieur Peter Schliesser et Madame Sylvie Volnay constatent pour leur part que « *[e]n fait et jusqu'à maintenant, seul le Pérou s'est conformé fidèlement*

tout spécialement, en coordination avec le Secrétariat exécutif aux affaires relatives à l'ALALC, le Comité assesseur des crédits extérieurs, la Commission de révision des contrats de royalties de la Banque Centrale, la Commission nationale de la recherche scientifique et technologique et le Bureau de la planification nationale ».

³²⁷ V. article 3 et l'annexe 1 de la Décision n°24.

³²⁸ V. article 5 et l'annexe 1 de la Décision n°24.

³²⁹ V. Stephen Lau, *The Chilean Response to Foreign Investment*, 1972, p. 27 (annexe C-116).

au Code.³³⁰ Quant au Chili, à la Bolivie et à l'Equateur, et bien que le Code soit en vigueur dans ces pays, ceux-ci n'avaient pas, en mai 1972, pris les dernières décisions nécessaires pour que les mesures prévues par le Code puissent être appliquées »³³¹. Monsieur Michel Carraud évoque ce qui ne fut que « les premières applications » de la Décision n°24 par les pays andins et le « revirement brutal [qui] s'est effectué durant l'année 1974 » à la suite de celles-ci et de l'arrivée au pouvoir de la junte militaire au Chili.³³²

400. Un rapport du directoire de l'Accord de Carthagène du 8 septembre 1974 confirme le défaut d'application effective de la Décision n°24 dans les pays andins auquel seul le Pérou fait exception.³³³ Ce document montre également que jusqu'en 1974, le Chili, tout comme d'autres pays, n'a pas adopté de mesures d'application de la Décision n°24 autres que le décret d'entrée en vigueur (en l'occurrence, le décret suprême n°482). Les représentants de la délégation chilienne, qui défendaient à l'époque l'adoption d'un nouveau décret sur le statut de l'investissement étranger³³⁴ critiqué dans ce rapport pour ses divergences avec la Décision n°24, ont fourni des éléments d'explication sur le défaut d'application de la Décision n°24. Cette dernière étant entrée en vigueur au moyen d'un décret d'insistance et non d'une loi, elle pouvait faire l'objet d'un recours par les justiciables concernés devant les tribunaux. Le rapport précise que le risque de multiplication de recours favorablement accueillis faisait craindre une remise en cause généralisée de la Décision n°24.³³⁵ Cette

³³⁰ Le « Code » désigne la Décision n°24.

³³¹ Peter Schliesser et Sylvie Volnay, *Régime des investissements étrangers à l'intérieur du Marché commun andin*, JDI, 1972.558, spéc. p. 561.

³³² V. Michel Carraud, *Nature et portée de l'Accord de Carthagène d'intégration sous-régionale andine*, Notes et études documentaires, 21 octobre 1977, n°4421 – 4422 – 4423, p. 53, spéc. p. 64.

³³³ V. rapport du directoire sur les dispositions légales prises par les pays membres en relation avec la Décision n°24 du 8 septembre 1974 (annexe C-100, également produite par la défenderesse en annexe 14 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003).

³³⁴ V. décret n°600 du 13 juillet 1974 (annexe C-104).

³³⁵ Le rapport indique que « [l]e Délégué du Gouvernement chilien a poursuivi en indiquant que le mécanisme au moyen duquel la Décision n°24 a été mise en vigueur dans ce pays 'permettait aux particuliers concernés d'avoir recours à nos tribunaux supérieurs de justice pour soutenir l'illégalité de la Décision n°24 et obtenir un arrêt qui déclarerait nulle son application au Chili dans les matières qui modifieraient la législation interne. Cette mesure, a-t-il ajouté, produirait des effets dans les cas particuliers où ce recours serait introduit, étant donné que les sentences de la Cour Suprême n'ont pas d'effet de caractère général (...)」.

Bien qu'il soit vrai que, dans le système chilien, les arrêts de la Cour suprême de Justice qui déclarent démontrée l'exception d'inconstitutionnalité n'ont pas d'effet erga omnes, comme c'est le cas des sentences sur l'inconstitutionnalité rendue par la Cour de Justice de la Colombie, il n'en demeure pas moins qu'une

crainte a donc à la fois contribué au défaut d'application effective de la Décision n°24 et servi d'explication à l'absence de référence expresse à la Décision n°24 dans le décret n°600 du 13 juillet 1974.³³⁶

401. Le Tribunal conclut que si les décrets n°482 et 488 ont fait entrer en vigueur au Chili la Décision n°24, celle-ci n'a pas fait l'objet d'une application effective, en l'absence d'adoption des mesures nécessaires à cette fin et ce en raison des risques que cela présentait. Il est donc inutile d'analyser en détail les dispositions de fond de la Décision n°24 concernant les investissements étrangers.
402. La Décision n°24 n'ayant pas été effectivement appliquée au Chili, il convient d'examiner la réglementation à laquelle la Décision n°24 devait se substituer. L'article 2 du décret suprême n°482 prévoyait en effet que « *les dispositions de toute nature contraires ou incompatibles avec le régime visé à l'article premier du présent décret sont abrogées* ». ³³⁷
403. Les parties ont abondamment débattu du sens et de la portée du décret-loi n°258 du 30 mars 1960 sur le statut de l'investisseur et du décret-loi n°1272 du 7 septembre 1961 dit loi sur les opérations de change international.
404. L'examen des écritures permet de constater que les parties s'accordent en définitive sur le fait que le décret-loi n°258 du 30 mars 1960 est d'application facultative. Le Professeur Sainte Marie, consulté par la défenderesse, explique ainsi dans sa consultation du 3 février 2003 que « *la réglementation du décret était facultative puisque seuls les investisseurs qui*

fois cette exception déclarée à l'égard de la Décision 24 dans un cas particulier la voie serait ouverte pour que cette décision se transforme en doctrine et commence à s'appliquer de manière générale » (rapport du directoire sur les dispositions légales prises par les pays membres en relation avec la Décision n°24 du 8 septembre 1974 (annexe C-100)).

³³⁶ Les désaccords entre le Chili et les autres pays membres relatifs à l'application de la Décision n°24 sont devenus tels que le Chili s'est retiré de l'Accord de Carthagène à compter du 30 octobre 1976 (v. procès-verbal final de la XVème période de sessions ordinaires de la commission de l'Accord de Carthagène, du 10 au 14 et du 19 au 20 septembre 1974 (annexe C-101) et procès-verbal final de la XXème période de sessions ordinaires de la commission de l'Accord de Carthagène, 4 août et 30 octobre 1976 (annexe C-102)).

³³⁷ Article 2 des dispositions transitoires du décret suprême n°482 du 25 juin 1971 (annexe 9 au rapport du Professeur Santa María du 3 février 2003). Le service des impôts internes a fait l'analyse suivante : « *Le régime des capitaux étrangers est régi au Chili par les règles du D.S. N°482 de 1971 (la Décision N°24), sans préjudice du maintien en vigueur du D.F.L. (Décret ayant Force de Loi) N°258 de 1960 pour tout ce qui ne lui est pas contraire ou n'est pas incompatible avec celui-ci* » (v. la circulaire n°161 de la Direction des impôts internes du Chili, en date du 22 décembre 1972 (annexe 15 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003)).

désiraient recevoir les franchises prévues par le décret avaient pour obligation d'enregistrer leurs investissements et d'obtenir l'approbation du Président de la République ». ³³⁸

405. C'est effectivement ce qu'indiquent les dispositions des articles 1³³⁹ et 4³⁴⁰ du décret-loi n°258 qui ne contient pas par ailleurs de véritable définition de l'investissement étranger. M. Pey Casado n'avait donc aucune obligation de se conformer aux dispositions de ce décret-loi s'il n'avait pas l'intention de demander le bénéfice des franchises prévues par ce texte.

406. Les parties se concentrent également sur différents aspects du décret-loi n°1272. La défenderesse se fonde sur les articles 14, 15 et 16 du décret pour conclure qu'il ne s'applique pas à l'opération réalisée par les demanderesses. Selon la défenderesse, « *il était permis de se référer à ladite norme si des devises étaient introduites dans le pays puisqu'elles devaient être converties en pesos chiliens dans une banque ou dans un organisme chilien avalisé par une loi spécifique. Cette loi, en essence, autorisait le rapatriement du capital et des bénéfices à ceux qui s'y réfèrent. [...] Il faut souligner que les dispositions du décret n'étaient pas applicables aux transactions qui n'impliquaient pas d'entrée de devises dans le pays* ». Les demanderesses déduisent quant à elles de l'article 14 que le décret met en place un régime optionnel, les investisseurs ayant la possibilité de s'inscrire auprès de la Banque centrale s'ils souhaitent bénéficier de la possibilité de vendre librement les devises introduites au Chili.

407. L'article 14 du décret-loi n°1272 prévoyait que :

³³⁸ Consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003, p. 8.

³³⁹ L'article 1 prévoyait que « *[l]es personnes qui apportent dans le pays de nouveaux capitaux, provenant de l'extérieur, dans le but d'initier, fortifier, élargir, améliorer ou rénover des activités productrices, agricoles, minières, d'industrie de la pêche ou bien d'autres activités qui soient qualifiées comme ayant un intérêt pour l'économie nationale par décret du Président de la République et qui désirent adopter les franchises qui sont établies dans le présent décret faisant force de loi, seront régies par les dispositions suivantes* » (article 1 du décret-loi n°258 (annexe C-111)).

³⁴⁰ L'article 4 disposait que « *[l]e Président de la République a seul la faculté d'accepter ou de rejeter les apports de nouveaux capitaux provenant de l'extérieur et qui désirent adhérer au présent DFL, et octroyer ou refuser, en tout ou partie, les franchises envisagées dans celui-ci, conformément aux dispositions du présent DFL* » (article 4 du décret-loi n°258 (annexe C-111)).

« [l]es personnes physiques et morales, nationales ou étrangères, qui transfèrent au Chili des capitaux en devises étrangères et qui s'inscrivent à la Banque centrale du Chili, pourront vendre librement ces devises dans la limite indiquée dans l'article antérieur. A cet effet la Banque centrale leur octroiera un certificat d'inscription nominatif et non transférable. Les personnes qui ont adopté cette exception pourront réexporter librement, de forme totale ou partielle, les dits capitaux, avec préalable dévolution du dit certificat d'inscription ou d'annotation sur la remise partielle, suivant le cas [sic]. Ainsi, en accord avec les conditions antérieures et dans le cadre des limitations légales, la Banque centrale du Chili autorisera les remises correspondantes aux intérêts et bénéfices produits par les dits capitaux »³⁴¹ (traduction libre des parties demanderesse).

408. S'il est vrai que l'article 14 offre la possibilité de bénéficier de franchises moyennant le respect de certaines conditions, il est également exact que cet article fait de l'introduction de devises étrangères au Chili une condition d'application du texte. Comme l'a souligné à juste titre la défenderesse, ce décret ne concerne pas directement les investissements étrangers ; il n'en fournit pas davantage de définition générale applicable en droit chilien. En toute hypothèse, M. Pey Casado n'ayant pas effectué de transfert de devises étrangères au Chili, ce texte n'a pas vocation à s'appliquer à son investissement.
409. Il convient en dernier lieu d'examiner les arguments des parties concernant la loi n°16.643 sur l'abus de publicité du 17 juillet 1967.³⁴² La défenderesse invoque l'article 5 de la loi n°16.643 selon lequel *« 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 »*. Elle invoque également l'article 6 qui dispose que *« les journaux, les revues, les écrits journalistiques ou les transmission [sic] de stations de radio ou de télévision ne pourront débiter tant qu'ils n'auront pas rempli les conditions de l'article 5 [...] »*.³⁴³ Sur le fondement de ces dispositions, la défenderesse fait valoir que les demanderesse se trouvaient nécessairement face à un dilemme : respecter les dispositions de la loi n°16.643 et ne pas satisfaire le critère de nationalité étrangère posée aux articles 1 et 2 de la Décision n°24 ou satisfaire ce critère et violer les dispositions de la loi n°16.643.

³⁴¹ Article 14 du Décret-loi n°1272 (annexe 5 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003).

³⁴² V. loi n°16.643 sur l'abus de publicité du 17 juillet 1967 (annexe 21 à la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003).

³⁴³ V. la consultation du Professeur Santa María du 3 février 2003, pp. 24-25.

410. 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. 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.

411. Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, le Tribunal conclut qu'il n'existait pas, dans le droit chilien en vigueur en 1972, de définition établie de l'investissement étranger et que l'opération réalisée par M. Pey Casado s'est conformée au droit chilien qui lui était applicable. En conséquence, le Tribunal considère que l'investissement de M. Pey Casado, l'achat d'actions d'une société chilienne du secteur de la presse au moyen de paiements en devises étrangères effectués sur des comptes bancaires en Europe, satisfait les conditions posées par l'API et plus particulièrement par ses articles 1(2) et 2(2).

2. La condition de nationalité au sens de l'API

412. Afin de bénéficier de la protection de l'API, la première partie demanderesse doit remplir les conditions de nationalité prévues par cet accord.

413. L'API définit, dans son article 1^{er}, le terme « *investisseurs* » qui sont protégés par les garanties de l'API comme :

« ...les personnes physiques ou ressortissants nationaux, selon le droit de la Partie correspondante, et les personnes morales, y compris les compagnies, associations de compagnies, sociétés commerciales et autres organisations qui se trouveraient constituées ou, selon le cas, dûment organisées conformément au droit de cette Partie et qui auraient leur siège dans le territoire de cette dernière, nonobstant le fait qu'elles appartiennent à des personnes physiques ou juridiques étrangères. »

414. La condition de la nationalité au sens de l'API se distingue de celle de la nationalité au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI en deux aspects fondamentaux. D'abord, 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. 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 résultant de l'offre générale d'arbitrer contenue dans le traité. Par ailleurs, les conditions d'application du traité, dont la condition de nationalité, doivent également être satisfaites, en l'absence de précision contraire du traité, 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.

415. Deuxièmement, le traitement des doubles nationaux par l'API est différent dans son champ d'application et son contenu de celui prévu par la Convention CIRDI. Pour remplir la condition de la nationalité au sens de l'API, il suffit pour la partie demanderesse de démontrer qu'elle possède la nationalité de l'autre Etat contractant. Contrairement à ce qui a été soutenu par la défenderesse,³⁴⁴ le fait que la demanderesse ait une double nationalité, comprenant la nationalité de la défenderesse, ne l'exclut pas du champ de protection de l'API. De l'avis du Tribunal arbitral, il n'existe pas de condition de nationalité « *effective et dominante* » pour les double-nationaux dans ce contexte. 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).³⁴⁵ 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

³⁴⁴ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 6-7 ; pp. 123 et ss ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 45-46 (Me Leurent) ; v. aussi la transcription de l'audience du 6 mai 2003, p. 401 (Me Di Rosa).

³⁴⁵ V. spéc. consultation p. 15 et le contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 7.

des règles de droit coutumier international) une condition d'application qui ne résulte ni de sa lettre ni de son esprit.³⁴⁶

416. Dans le cas d'espèce, il suffit pour M. Pey Casado de démontrer qu'il possédait la nationalité espagnole au moment de l'acceptation de la compétence du tribunal arbitral sur le fondement de l'API et, pour bénéficier de la protection de fond du traité, au moment de la ou des violations alléguées de l'API. Comme on l'a vu dans les développements qui précèdent, cette condition est satisfaite.³⁴⁷
417. 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 de l'application de l'API bien que celui-ci ne le prévoit 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.
418. Pour toutes ces raisons, de l'avis du Tribunal arbitral, la première partie demanderesse remplit la condition de la nationalité au sens de l'API.

3. La condition d'application *ratione temporis* de l'API

419. Pour que l'acceptation par l'investisseur de l'offre d'arbitrer émise par l'Etat dans l'API puisse parfaire le consentement des parties, il est nécessaire que l'offre d'arbitrer faite par l'Etat couvre les matières que l'investisseur prétend soumettre à l'arbitre. C'est la satisfaction de cette condition, qui dépend des conditions d'application *ratione temporis* de l'API, que le Tribunal se propose d'examiner à présent..

³⁴⁶ Le Tribunal arbitral partage à ce propos l'opinion des parties demanderesse, notamment qu'en analysant la condition de la nationalité au sens de l'API, le Tribunal doit partir de l'API et l'analyser « *sans aller rechercher des conditions supplémentaires implicites* » transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 61 (Me Malinvaud). Les règles concernant le domaine de la protection diplomatique invoquées par la défenderesse (transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 46 et 51 (Me Laurent)) ne changent rien à cette conclusion.

³⁴⁷ L'expert consulté par la défenderesse, le Professeur Dolzer, admet l'application de l'API dans ce cas, et écrit dans son avis de droit du 3 février 2003 : « [...] *il est possible, selon mon opinion, qu'un 'investisseur de l'autre Partie Contractante' dans le contexte de l'APPI Chili-Espagne soit une personne de double nationalité hispano-chilienne qui investisse au Chili, mais seulement si la nationalité dominante et effective de cette personne est la nationalité espagnole.* » (p. 11).

420. L'API Espagne-Chili est entré en vigueur le 29 mars 1994.

421. L'article 10 de l'API Espagne-Chili prévoit la possibilité de recourir à l'arbitrage CIRDI en cas de « *controverse* » relative aux investissements entre l'Etat d'accueil et un investisseur de l'autre Etat partie à l'API :

« 1. Toute controverse relative aux investissements, au sens du présent Traité, entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante sera, dans la mesure du possible, résolue par des discussions amiables entre les deux parties à la controverse.

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

Soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans la controverse ;

Soit à un arbitrage international dans les conditions décrites au paragraphe 3.

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 définitive.

3. En cas de recours à l'arbitrage international la controverse pourra être portée devant l'un des organes d'arbitrage désignés ci-après au choix de l'investisseur :

Au Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) créé par la « Convention sur le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et nationaux d'autres Etats », ouvert à la signature à Washington le 18 mars 1965, si chaque partie au présent Traité y a adhéré. Si cette condition n'est pas remplie, chaque Partie contractante donne son consentement pour que la controverse soit soumise à l'arbitrage en conformité avec le règlement du Mécanisme complémentaire du CIRDI.

A une Cour d'arbitrage « ad hoc » établie en accord avec les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDMI) [sic].

4. L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la Partie contractante qui serait partie à la controverse – y compris les règles relatives aux conflits de lois – et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière.

5. *Les sentences arbitrales seront définitives et contraignantes pour les parties à la controverse.*

6. *Les Parties contractantes s'abstiendront d'échanger, au travers des canaux diplomatiques, des arguments concernant l'arbitrage ou une action judiciaire déjà entamée jusqu'à ce que les procédures correspondantes aient été conclues ; hormis quant-au fait que les Parties à la controverse n'auraient pas exécuté la décision de la Cour arbitrale ou l'arrêt du Tribunal ordinaire, selon les modalités d'exécution établies dans la décision ou l'arrêt ».*³⁴⁸

422. C'est l'article 2 de l'API qui contient les dispositions relatives à son application dans le temps :

« 1. *Chacune des Parties soutiendra, dans la mesure du possible, les investissements effectués dans son territoire par des investisseurs de l'autre Partie et admettra ses investissements conformément à ses dispositions légales.*

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

3. *Il ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur ».*³⁴⁹

423. L'application dans le temps du traité soulève deux questions distinctes : celle de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral saisi sur le fondement de l'API et celle de l'applicabilité *ratione temporis* des obligations de fond de l'API.

424. Les Tribunaux arbitraux constitués dans les affaires *Salini* et *Impregilo* ont du reste justement souligné cette distinction :

« [...] *one must distinguish carefully between jurisdiction ratione temporis of an ICSID Tribunal and applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT ».*³⁵⁰

³⁴⁸ Traduction produite par les parties demanderesses en annexe 3 à la requête d'arbitrage, du 3 novembre 1997.

³⁴⁹ Traduction produite par les parties demanderesses en annexe 3 à la requête d'arbitrage, du 3 novembre 1997.

³⁵⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Le Royaume hachémite de Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/02/13, décision sur la compétence, 29 novembre 2004, para. 176, *JDI*, 2005.182, spéc. p. 205. Voir aussi *Impregilo v. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/03/3, décision sur la compétence, 22 avril 2005, *JDI*, 2006.287, spéc. p. 302 : « *care must be taken to distinguish between (1) the jurisdiction ratione temporis of*

425. Ainsi que l'observe le Professeur Christoph Schreuer, « [e]ven if jurisdiction is established under a treaty, this does not mean that the treaty's substantive provisions are necessarily applicable to all aspects of the case. The general rule is that the law applicable to acts and events will normally be the law in force at the time they occurred ». ³⁵¹
426. Les demanderesses ont indiqué lors des audiences du 15 janvier 2007 que le seul critère à prendre en compte était l'apparition d'une controverse postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que les demanderesses invoquent l'applicabilité des obligations de fond de l'API, en se fondant cumulativement sur les notions de fait illicite continu et de fait illicite composite. ³⁵² Il s'agit en réalité de deux problèmes distincts qui seront examinés séparément par le Tribunal.
427. En effet, pour que l'Etat chilien puisse voir sa responsabilité engagée en application des dispositions de l'API, il faut d'une part que le Tribunal soit compétent *ratione temporis* et, d'autre part, que les dispositions de fond de l'API soient applicables *ratione temporis* aux violations alléguées.
428. Le Tribunal ne pourra se déclarer compétent *ratione temporis* que si l'investissement des parties demanderesses est couvert par l'API au moment des faits litigieux et si le ou les différends invoqués sont eux-mêmes couverts par l'API.
429. Les dispositions de fond de l'API ne sont quant à elles applicables que si l'API est en vigueur au moment où sont commises les violations alléguées.
430. Il convient tout d'abord de déterminer si l'investissement des parties demanderesses est couvert au sens de l'article 2 de l'API.

an ICSID tribunal and (2) the applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT » (para. 309).

³⁵¹ Christoph H. Schreuer, *Consent to arbitration*, Transnational Dispute Management, vol. 2, n°2, novembre 2005 (article mis à jour le 27 février 2007), p. 33, disponible sur le site www.transnational-dispute-management.com.

³⁵² Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 91, (Me Malinvaud). C'était déjà la position des parties demanderesses lors des audiences de mai 2003: « *la première position du demandeur est que la Décision 43 du 28 avril 2000 constitue un acte de dépossession qui est à l'origine d'une nouvelle controverse soulevée par les demanderesses, et que dès lors toute la question de l'application ratione temporis du traité n'a plus d'intérêt* » (transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 178 (Me Malinvaud)).

a) L'investissement effectué en 1972 par M. Pey Casado est-il couvert par l'API ?

431. L'article 2.2 de l'API Espagne-Chili prévoit que « [l]e 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 ».

432. Le seul objet de l'article 2.2 de l'API Espagne-Chili est de définir les investissements protégés par le traité. En l'occurrence, il ne fait pas de doute que les conditions posées par ce texte sont satisfaites. L'investissement en question, effectué par M. Pey Casado en 1972 et ayant la qualité d'investissement étranger conformément à la législation chilienne, est bien couvert par l'API.

433. Le Tribunal se propose dès lors de déterminer si les différends dont font état les parties demanderesses sont survenus après l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili.

b) Les différends invoqués par les parties demanderesses sont-ils couverts par l'API ?

434. L'article 2.3 de l'API prévoit que celui-ci « *ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur* ». Le Tribunal ne pourra donc se déclarer compétent *ratione temporis* que s'il est en présence de « *controverses* » ou de « *réclamations* » survenues postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API.

435. Les termes du paragraphe 2.3 choisis par les Etats parties à l'API, « *controverses* » et « *réclamations* », laissent penser que les Etats parties attribuaient à chacun de ces termes une signification distincte. Si les parties ont tour à tour mis en avant des interprétations différentes de ces deux notions, c'est sur la définition et la portée du terme « *controverses* » que le désaccord des parties est le plus net.

436. Il ressort en effet de l'examen des écritures que les parties ont fini par s'entendre sur la signification à donner au terme « *réclamations* », équivalent du terme anglais *claims*, et correspondant ici à une demande formée par l'une des parties pour faire valoir ses

droits.³⁵³ Le débat sur la définition du terme « *controverses* » doit en revanche être tranché : si le terme « *controverses* » est considéré par les deux parties comme synonyme de « *différends* », les parties sont cependant en profond désaccord sur le sens et la portée qui doivent être conférés à ce terme.³⁵⁴

437. Les demanderesses invoquent trois différends qu'elles estiment tous trois postérieurs à la date d'entrée en vigueur de l'API : le premier serait survenu en 1995,³⁵⁵ le deuxième en 2000³⁵⁶ et le troisième en 2002.³⁵⁷ Le Tribunal examinera tour à tour chacune de ces prétentions.

i. *Le différend de 1995*

(a) Position des parties

438. Pour la défenderesse, le seul différend qui puisse être identifié dans cette affaire est né bien avant l'entrée en vigueur de l'API. La défenderesse prétend en effet déduire des dispositions de l'API, et notamment de son article 10, que « *la controverse est un conflit ou différend juridique qui n'a pas besoin, selon le TBI, d'être présentée à une partie par l'autre partie* ». ³⁵⁸ Cette interprétation serait confirmée par le procès-verbal des réunions techniques qui ont eu lieu entre les représentants du Chili et de l'Espagne les 29, 30 septembre et le 1^{er} octobre 1998,³⁵⁹ à l'initiative du Chili, afin de préciser le sens et la

³⁵³ V. par exemple la transcription de l'audience du 29 octobre 2001, p. 110 (intervention du conseil des demanderesses, Me Malinvaud) : « [...] *en ce qui concerne réclamation, finalement on est assez d'accord, ça se traduirait en anglais je dirais par 'claim'* » [...] *cela suppose une action de réclamer, donc une action, une demande, une action en droit* » (p. 110) ; v. également la transcription de l'audience du 4 mai 2000 au cours duquel la défenderesse a traduit les termes litigieux de l'article 2.3 de la façon suivante : « *le Traité ne sera pas applicable à des 'controversias', différends en français, et 'reclamaciones', dépôts de demande en français, survenus avant son entrée en vigueur le 29 mars 1994* ».

³⁵⁴ V. par exemple le mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, pp. 64-71.

³⁵⁵ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 240-241 (les parties demanderesses évoquent ainsi « *la première controverse* », p. 240).

³⁵⁶ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 22.

³⁵⁷ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 121.

³⁵⁸ Note de plaidoirie de l'Etat du Chili relative aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, p. 72.

³⁵⁹ Le procès-verbal du 1^{er} octobre 1998 contient une interprétation des termes de l'article 2.3 de l'API : « *Les parties accordent que les mots 'controverse' et 'réclamation' ne sont pas synonymes, mais qu'ils définissent des situations différentes. Le mot « controverse » devra être interprété comme discussion ou conflits d'intérêts, ce qui laisse constance indubitable, que se soit ou non produite l'action en réclamation. S'entend par « réclamation » l'action ou l'effet de réclamer, ceci est, protester contre une chose, ou s'opposer à celle-ci de mode verbal ou écrit* ».

portée de certaines dispositions de l'API.³⁶⁰ Selon la défenderesse, l'article 2.3 de l'API doit être compris comme excluant les controverses et les réclamations nées des actes qui se seraient produits avant l'entrée en vigueur de l'API.³⁶¹ Or, en l'espèce, « *le différend juridique, objet du présent arbitrage, [serait] né le 10 février 1975* », date à laquelle a été adopté le décret de confiscation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Selon l'Etat défendeur, les demanderesses l'auraient elle-même admis en affirmant que « *le différend juridique exposé ici découle directement de l'investissement de M. Victor Pey Casado, confisqué par le Décret N°165 du 10 février 1975 [...]* ». ³⁶²

439. Les demanderesses estiment quant à elles que la notion de « *controverse* » implique nécessairement « *la présence de deux versions contraires qui s'opposent* »³⁶³ et vise « *toutes hypothèses conflictuelles où un minimum d'échanges est intervenu afin de matérialiser la controverse, la contestation ou la discussion* ». ³⁶⁴ Il est donc nécessaire, selon les demanderesses, de distinguer la controverse des faits qui en sont à l'origine, ³⁶⁵ distinction dont se dispense l'Etat défendeur. ³⁶⁶ En l'espèce, les demanderesses invitent le Tribunal à faire une distinction entre la confiscation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda, faits qui remontent à 1975, et la première controverse qui n'est survenue qu'en 1995. Selon les demanderesses, « *la première controverse est [...] née après l'entrée en vigueur de l'API, lorsque l'État du Chili a répondu par la négative [le 20 novembre 1995] à la réclamation de M. Pey Casado et de la Fondation espagnole [du 6 septembre*

³⁶⁰ V. mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, pp. 58-59 et la transcription de l'audience du 1^{er} octobre 1998 en annexe 15 à ce mémoire. La défenderesse fait valoir notamment que son initiative est compatible avec l'article 10.6 de l'API puisqu'elle a pris contact le 25 août 1998 avec les autorités espagnoles pour solliciter une réunion relative à l'interprétation de l'API, avant la constitution du Tribunal au mois de septembre 1998 (v. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 77). Par ailleurs, le fait que Me Banderas, représentant du Chili dans la présente procédure, ait pu conduire la délégation chilienne présente aux réunions techniques des 29, 30 septembre et 1^{er} octobre 1998 n'aurait rien de frauduleux puisque la conduite de ce type de négociation relève des fonctions habituelles de Me Banderas (v. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 78).

³⁶¹ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 144.

³⁶² Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 64. V. également note de plaidoirie de l'Etat du Chili relative aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, pp. 74 et ss.

³⁶³ Dossier de plaidoirie des parties demanderesses relatif aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, p. 19.

³⁶⁴ Réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 93.

³⁶⁵ Dossier de plaidoirie des parties demanderesses relatif aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, p. 19.

³⁶⁶ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 84 (Me Malinvaud).

1995] ». ³⁶⁷ Les demanderesses contestent enfin « *la valeur* » du procès-verbal du 1^{er} octobre 1998 invoqué par la défenderesse au motif que celui-ci serait contraire à l'article 10.6 de l'API ³⁶⁸ et aurait été obtenu frauduleusement par les autorités chiliennes. ³⁶⁹

(b) Conclusions du Tribunal

440. A titre préliminaire, le Tribunal entend se prononcer sur l'interprétation des termes de l'article 2.3 consignée dans le procès-verbal des réunions techniques des 29, 30 septembre et 1^{er} octobre 1998 entre l'Espagne et le Chili, organisées à la demande de ce dernier. L'initiative de l'Etat défendeur, visant à organiser une rencontre entre les représentants des deux Etats parties au traité afin de s'entendre sur l'interprétation de certains de ses termes, est intervenue après l'introduction de la requête d'arbitrage (3 novembre 1997) et son enregistrement (20 avril 1998). Comme il a déjà été indiqué, il s'agit là d'un acte incompatible avec les dispositions de l'article 10.6 de l'API qui imposent aux Etats parties de s'abstenir « *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* ». Il est clair que l'interprétation de l'article 2.3 de l'API entre dans la catégorie des « *arguments concernant l'arbitrage* » échangés postérieurement à l'introduction de la procédure. En conséquence, le Tribunal ne tiendra pas compte de l'interprétation figurant dans le procès-verbal litigieux, sans pour autant préjuger du bien-fondé de cette dernière.

441. Le Tribunal se propose dès lors d'examiner la notion de « *controverse* » que les parties tiennent pour équivalente à celle de différend. Celle-ci est définie dans la jurisprudence des juridictions internationales comme « *un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes* ». ³⁷⁰

³⁶⁷ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 241.

³⁶⁸ V. réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, pp. 25-26.

³⁶⁹ V. réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, pp. 26-27.

³⁷⁰ Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n°2, 1924, Série A, n°2, pp. 4 et ss, spéc. p. 11. Voir également l'affaire relative au *Timor oriental*, arrêt, 30 juin 1995, C.I.J. Recueil 1995, pp. 91 et s, spéc. pp. 99-100 (la Cour rappelle la jurisprudence constante de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice en la matière).

Afin d'établir l'existence d'un tel différend, « *il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre* ». ³⁷¹

442. La position de la jurisprudence CIRDI en la matière n'est pas différente. ³⁷² Dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*, le Tribunal arbitral a justement défini la notion de « *dispute* » dans les termes suivants :

« [...] *there tends to be a natural sequence of events that leads to a dispute. It begins with the expression of a disagreement and the statement of a difference of views. In time these events acquire a precise legal meaning through the formulation of legal claims, their discussion and eventual rejection or lack of response by the other party. The conflict of legal views and interests will only be present in the latter stage, even though the underlying facts predate them. It has also been rightly commented that the existence of the dispute presupposes a minimum of communications between the parties, one party taking up the matter with the other, with the latter opposing the Claimant's position directly or indirectly. This sequence of events has to be taken into account in establishing the critical date for determining when under the BIT a dispute qualifies as one covered by the consent necessary to establish ICSID's jurisdiction* ». ³⁷³

443. Cette définition du différend, qui exige un minimum d'échanges entre les parties, l'une portant le problème à la connaissance de l'autre, cette dernière s'opposant à la position de l'autre partie directement ou indirectement, est également celle retenue par le présent Tribunal. ³⁷⁴ Ainsi que l'a souligné le tribunal arbitral dans l'affaire *Helnan c. Egypte*, « *[The parties' disagreement] crystallizes as a 'dispute' as soon as one of the parties*

³⁷¹ Affaire du *Sud-Ouest Africain*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328.

³⁷² V. *Maffezini c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, para. 94 ; *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. Peru*, affaire CIRDI n° ARB/03/4, sentence du 7 février 2005, para. 48 ; *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/03/3 décision sur la compétence du 22 avril 2005, paras.302 et ss, *JDI*, 2006.287, spéc. p. 302 et ss ; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Equateur*, affaire CIRDI n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, para. 63 ; *Sociedad anónima Eduardo Vieira c. la République du Chili*, affaire CIRDI n° ARB/04/7, sentence du 21 août 2007, para. 245.

³⁷³ V. *Maffezini c. Espagne*, *ibid*, para. 96.

³⁷⁴ Cette définition a été reprise dans la sentence rendue dans l'affaire *Impregilo c. Pakistan (Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan)*, affaire CIRDI n° ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, para. 304, *JDI*, 2006.287, spéc. p. 302 et ss) et l'affaire *Vieira c. Chili (Sociedad anónima Eduardo Vieira c. la République du Chili)*, affaire CIRDI n° ARB/04/7, sentence du 21 août 2007, para. 237 et para. 249).

decides to have it solved, whether or not by a third party». ³⁷⁵ Ce n'est qu'avec l'expression et la confrontation des points de vue des parties que se cristallise le différend.

444. En l'espèce, l'API est entré en vigueur le 29 mars 1994. Ce n'est que le 1^{er} février 1995 que M. Pey Casado a saisi la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago d'une demande en restitution des 40.000 actions de la société Consortium Publicitaire et Périodique S.A. ³⁷⁶ Les parties demanderesses situent ainsi la première controverse après le 29 mai 1995, date à laquelle le juge de la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago a ordonné la restitution des titres de propriété de CPP S.A., des contrats de cession de ces titres et des justificatifs de paiement du prix. ³⁷⁷ Le 6 septembre 1995, Victor Pey Casado a en effet adressé au Président du Chili une première demande de restitution des « *biens confisqués, et actuellement aux mains du Fisc, appartenant à 'l'Entreprise Périodique Clarín Ltée' et au 'Consortium Publicitaire et Périodique S.A.'* ». ³⁷⁸
445. Le différend se cristallise au cours des échanges ultérieurs entre M. Pey Casado et le gouvernement chilien : le 20 novembre 1995, le ministère des biens nationaux informe M. Pey Casado du fait que « *pour le moment, il n'est pas possible d'accéder à ce qui est demandé, dès lors que la loi qui va régler la situation par vous décrite n'a pas encore été promulguée* ». ³⁷⁹ Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République. ³⁸⁰ L'offre de consultations amiables formulée par M. Pey Casado le 30 avril 1997 ³⁸¹ n'ayant débouché sur aucun accord, M. Pey Casado a exprimé son consentement à l'arbitrage par lettre du 2 octobre 1997. ³⁸²

³⁷⁵ V. *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/05/19, décision sur la compétence du 17 octobre 2006, para. 52

³⁷⁶ Annexe 21 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

³⁷⁷ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 174.

³⁷⁸ Annexe 22 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

³⁷⁹ Annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

³⁸⁰ Annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

³⁸¹ Annexe 11 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997 ; v. également annexe 12 à la requête d'arbitrage.

³⁸² Annexe 10 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997. La Fondation Président Allende indique quant à elle avoir exprimé son consentement le 6 octobre 1997, par une résolution du conseil des fondateurs de la Fondation (annexe 2 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997). La requête d'arbitrage est déposée par les parties demanderesses le 3 novembre 1997.

446. Le Tribunal en conclut que le différend est né après l'entrée en vigueur du Traité, les parties n'ayant pas exprimé et opposé leurs différences de vues avant l'année 1995. Les demanderesses ont précisé à plusieurs reprises qu'il fallait distinguer le différend et les faits à l'origine du différend.³⁸³ Le Tribunal partage cette analyse. Comme l'a récemment rappelé le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Duke Energy*, « *What is decisive of the Tribunal's jurisdiction ratione temporis is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place* ». ³⁸⁴
447. L'argument de la partie adverse selon lequel « *le différend juridique, objet du présent arbitrage, est né le 10 février 1975* », ne tient aucun compte de la distinction entre le moment où survient le différend et celui où se produisent les faits litigieux qui en sont la source.³⁸⁵ La date invoquée par la défenderesse est celle de l'adoption d'un décret de confiscation qui est certes à l'origine du différend mais n'en est ni la manifestation concrète ni la cristallisation ; l'Etat défendeur ne fait pas état d'une opposition entre M. Pey Casado et le Gouvernement chilien à cette époque qui soit susceptible de refléter l'expression d'un différend. Le premier différend allégué étant postérieur à l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili, la condition de compétence se trouve satisfaite à son égard.

ii. *Le différend de 2000*

(a) Position des parties

448. Ayant pris connaissance le 3 avril 2000 de la Décision n°43 du Ministère des biens nationaux, décision qui accorde une indemnisation à des personnes autres que les parties

³⁸³ V. par exemple la transcription de l'audience du 4 mai 2000, p. 110 (Me Malinvaud) : « *le Chili fait une confusion entre la controverse et les faits à l'origine de la controverse* » ; v. également la transcription de l'audience du 5 mai 2003, pp. 176-177 (Me Malinvaud) qui distingue les faits à l'origine de la controverse entre 1973 et 1977 et la controverse elle-même, née en 1995-1997 ; v. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 84 (Me Malinvaud) et la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 40-41 (Me Malinvaud).

³⁸⁴ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/03/28 décision sur la compétence, 1^{er} février 2006, para. 148.

³⁸⁵ Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 64 ; v. également la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 10 et p. 16 : « *le Chili a dit que la controverse a eu lieu quand ont eu lieu les actes d'expropriation [...]* ». V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 21 (Me Di Rosa).

demandereses pour la confiscation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda, les demandereses ont prétendu immédiatement que « *la résolution du 28 avril 2000 constitue en soi un nouvel acte de dépossession ou de dénégation de la protection de l'investissement des demandeurs. Et que donc la question de savoir si c'est avant ou après l'entrée en vigueur du traité, que cette controverse a jailli, [...] paraît aujourd'hui un peu hors de propos, puisque le 28 avril dernier, un nouvel acte de cet ordre là a été réalisé* ». ³⁸⁶

449. Dès le lendemain, la défenderesse s'est opposée radicalement à cette position : « *La Résolution 43, nous dit-on, a un effet de dépossession pour ce qui concerne les propriétaires de ces actions. Rien n'est plus loin de la vérité. C'est bien le contraire. Bien au contraire, cette décision permet de rendre recevable la demande par les propriétaires légitimes de ces actions* ». ³⁸⁷

450. Pour la partie défenderesse, la Décision n°43 est loin d'être « *à l'origine d'un nouveau litige qui entre dans le champ de l'API* ». Le Tribunal s'est déjà, selon elle, prononcé sur la question pour conclure que « *la Décision n°43 ne se réfère qu'à des tiers et non aux Demandereses, et qu'en tout cas elle n'avait causé aucun préjudice aux Demandereses compte tenu du fait qu'elle avait simplement donné un avis sur la compensation à des tiers, sans prétendre se prononcer sur un quelconque droit de propriété que pourraient avoir les Demandereses* ». ³⁸⁸

451. Les demandereses ont conclu à l'opposé que la Décision n°43 « *constitue en tout état de cause, et si nécessaire, un nouvel élément constitutif du différend* » ³⁸⁹. Elles précisent dans leur mémoire du 23 février 2003 que « *[l]a controverse portant sur la ' Décision N° 43 '*

³⁸⁶ Transcription de l'audience du 4 mai 2000, pp. 99-100 (Me Malinvaud).

³⁸⁷ Transcription de l'audience du 5 mai 2000, p. 164 (Me Banderas).

³⁸⁸ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 147. V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 22 (Me Di Rosa) : « *Pour ce qui est de la Résolution 43, dès lors qu'elle se réfère au même subject matter - l'expropriation antérieure -, il ne s'agirait pas d'une controverse* ».

³⁸⁹ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 174.

est née les 3 et 4 mai 2000 devant le Tribunal arbitral, lorsque le Chili a dévoilé son existence et les demanderesses y ont exprimé leur opposition ». ³⁹⁰

(b) Conclusions du Tribunal

452. Le Tribunal constate que la Décision n°43 a été contestée dès les audiences sur la compétence de mai 2000. A cette occasion, une nette opposition, exprimée en termes juridiques, est apparue immédiatement entre les parties.

453. Au vu des prétentions respectives des parties exposées ci-dessus, le Tribunal estime sans hésitation que l'opposition qui s'est manifestée entre les parties lors des audiences de mai 2000, dès que les parties demanderesses ont pris connaissance de la Décision n°43, est constitutive d'un différend. Là encore, le différend étant survenu postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, la condition de compétence *ratione temporis* est satisfaite.

iii. *Le différend de 2002*

(a) Position des parties

454. Selon les demanderesses, un différend résultant du déni de justice allégué par les demanderesses « *est né après l'entrée en vigueur de l'API Espagne –Chili* » ³⁹¹. Les demanderesses font en effet valoir que la procédure engagée en 1995 devant la Première Chambre civile de Santiago pour la restitution de la rotative Goss ou l'indemnisation de sa valeur de remplacement n'a donné lieu à aucune décision sur le fond en sept ans ³⁹². En outre, dans le cas où la Première Chambre civile de Santiago rendrait une décision au fond dans cette affaire, l'adoption de la Décision n°43 priverait d'effet le jugement de la juridiction chilienne dans la mesure où les bénéficiaires de la Décision n°43 ont déjà été indemnisés pour la rotative en question. ³⁹³

455. Les demanderesses soulignent également que leurs recours auprès du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire visant à mettre en cause la compatibilité de la Décision n°43 avec la

³⁹⁰ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 22. V. également la transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 226 (Me Malinvaud) et la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 90 (Me Malinvaud).

³⁹¹ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 121.

³⁹² V. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 107.

³⁹³ Demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002, p. 6.

procédure judiciaire introduite en 1995 ont tous été rejetés.³⁹⁴ Elles indiquent avoir attiré en vain l'attention du *Contralor general* sur l'incompatibilité de la Décision n°43 avec l'action intentée devant la Première Chambre civile de Santiago.³⁹⁵ Leur demande de rétractation des décrets de paiement de l'indemnisation accordée par la Décision n°43, déposée le 29 juillet 2002, aurait également été rejetée *in limine litis* le 14 octobre 2002.³⁹⁶ Par ailleurs, la demande de mesures conservatoires des demanderesse déposée auprès de la Première Chambre civile de Santiago à l'encontre de la Décision n°43 a été rejetée le 2 octobre 2001³⁹⁷ et la requête déposée par les demanderesse auprès de la Cour suprême le 5 juin 2002 arguant d'un conflit de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire a été déclarée irrecevable³⁹⁸. Enfin, les parties demanderesse indiquent que leur recours en protection constitutionnelle pour violation de leur droit de propriété sur la rotative Goss, porté devant la Cour d'appel de Santiago, a lui aussi été déclaré irrecevable et sans fondement par cette dernière le 6 août 2002.³⁹⁹

456. Le rejet de l'ensemble de ces recours est constitutif, selon les demanderesse, d'un déni de justice à l'origine d'un différend né après l'entrée en vigueur de l'API, lorsque, d'une part, les parties demanderesse ont déposé un recours en rétractation devant le *Contralor* le 29 juillet 2002 et lorsque, d'autre part, la Première Chambre civile de Santiago a rejeté leur demande de mesures conservatoires le 2 octobre 2001.⁴⁰⁰
457. La défenderesse n'aborde pas directement dans ses écritures la question de l'existence d'un différend relatif au déni de justice allégué par les demanderesse. La défenderesse procède cependant à la description de l'affaire portée devant les juridictions chiliennes le 4 octobre 1995.⁴⁰¹ Elle attire notamment l'attention du Tribunal sur trois décisions, dont les deux premières ont été rendues par la Première Chambre civile de Santiago. La première

³⁹⁴ *Id.*, pp. 2-5.

³⁹⁵ *Id.*, pp. 2-3 et annexe C-224.

³⁹⁶ *Id.*, p. 3 et annexes C-220 et C-216.

³⁹⁷ *Id.*, p. 4 et annexe C-219.

³⁹⁸ *Id.*, pp. 3-4 et annexe C-218.

³⁹⁹ *Id.*, p. 5 et annexes C-222 et C-223.

⁴⁰⁰ V. Réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 121-122.

⁴⁰¹ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 110-115.

décision invoquée est celle du 20 décembre 1996 dans laquelle la Première Chambre civile soumet aux parties une série de six questions,⁴⁰² accompagnée d'une demande de preuve des faits allégués.⁴⁰³ Le 26 avril 1999, la Première Chambre civile de Santiago a rejeté la requête de M. Pey Casado visant à ajouter une question à la liste dressée par la juridiction chilienne dans son arrêt du 20 décembre 1996.⁴⁰⁴ La défenderesse affirme enfin que M. Pey Casado a fait appel de l'arrêt de la Première Chambre civile du 20 décembre 1996. La Cour d'appel de Santiago aurait rejeté la demande de M. Pey Casado le 4 octobre 2002.⁴⁰⁵ La défenderesse avance également que la Première Chambre civile de Santiago aurait rejeté la demande de suspension formulée par M. Pey Casado au moment où les parties demanderesses ont déposé leur demande complémentaire.⁴⁰⁶

458. La défenderesse conclut que la demande complémentaire du 4 novembre 2002 doit être rejetée, les parties demanderesses ayant fait jouer l'option irrévocable (*fork-in-the-road*) contenue à l'article 10.3 de l'API en introduisant leur demande relative à la rotative Goss devant les juridictions de l'Etat d'accueil.⁴⁰⁷

(b) Conclusions du Tribunal

459. Les parties demanderesses ont introduit une procédure judiciaire le 4 octobre 1995 devant la Première Chambre civile de Santiago visant à obtenir la restitution de la rotative Goss.⁴⁰⁸ Toutefois, même si certaines décisions concernant des questions d'ordre

⁴⁰² Les six questions sont les suivantes :

« *M. Pey a-t-il effectivement la capacité d'ester en justice.*

Titre au nom duquel M. Pey demande la restitution de la rotative Goss.

Existence d'un contrat de dépôt portant sur la rotative ; origine et modalité dudit contrat.

Titre en vertu duquel l'État du Chili est en possession de la rotative dont la restitution est réclamée.

Les délais exigés par la loi pour exercer une voie de recours ont-ils effectivement été dépassés.

M. Pey a-t-il effectivement subi des préjudices causés par des actes imputables à l'État chilien ; si oui, quelle est la nature et le montant des dommages? » (V. contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003, pp. 112-113).

⁴⁰³ V. annexe 102 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

⁴⁰⁴ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 113 et annexe 104 au contre-mémoire.

⁴⁰⁵ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 114 et annexe 109 au contre-mémoire.

⁴⁰⁶ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 115.

⁴⁰⁷ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 192 et ss.

⁴⁰⁸ V. annexe 48 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

probatoire ont été rendues dans cette procédure,⁴⁰⁹ les pièces produites montrent que la Première Chambre civile ne s'était pas prononcée sur le fond lorsqu'est intervenue la Décision n°43 et lorsque les demanderesses ont déposé leur demande complémentaire devant le Tribunal arbitral le 4 novembre 2002.

460. Les parties demanderesses ont également tenté en vain de faire reconnaître l'incompatibilité de la Décision n°43 avec cette procédure judiciaire.

⁴⁰⁹ Selon les parties demanderesses, cette procédure interne, qui vise à obtenir la restitution de la rotative Goss, n'a donné lieu à aucune « *sentence* » (V. Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 107). Les décisions invoquées par la défenderesse ne peuvent de fait être qualifiées de jugement sur le fond de l'affaire (V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 110 et ss.). Après que le Conseil national de Défense a répondu à la requête du 4 octobre 1995 en invoquant le défaut de qualité pour agir de la partie demanderesse (annexe 100 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003), la Première Chambre civile a rendu le 20 décembre 1996 une première décision comportant six questions et demandant aux parties de rassembler des preuves précises au soutien de leurs prétentions, dans un certain délai (décision de la Première Chambre civile de Santiago du 20 décembre 1996 (annexe 102 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)). Le 31 janvier 1997, le conseil de M. Pey Casado demande à ce que soit substitué un premier élément de preuve, que soit retiré un second élément et ajouté un nouvel élément de preuve proposé par la partie demanderesse (requête de M. Pablo Vermehren Dominguez, au nom de M. Pey Casado, en date du 31 janvier 1997 (annexe 103 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)). L'élément de preuve en question visait à déterminer si la rotative Goss faisait partie de l'inventaire des biens meubles auquel se réfère l'article 4 du décret suprême n° 165 de 1975 (*Ibid.*) ; cette requête est, d'après la défenderesse, rejetée par la Première Chambre civile le 26 avril 1999 (décision de la Première Chambre civile de Santiago du 26 avril 1999 (annexe 104 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)).

Le 23 juin 1999, M. Pey Casado, par l'intermédiaire de son avocat, informe la Cour de l'existence d'un arbitrage concernant les « *biens et crédits* » de la société CPP S.A., à l'exception de la rotative Goss, objet du litige porté devant la Cour (annexe 105 au contre-mémoire de la défenderesse sur la compétence). A cette même date, l'avocat de M. Pey Casado demande également à la Cour de bien vouloir ordonner au Ministère de la Défense nationale d'indiquer les motifs de l'occupation des locaux du journal Clarin et de produire les documents correspondants (v. *Id.*). Il demande également à la Cour que soit nommé un expert afin d'établir l'état de conservation de la rotative Goss et de déterminer sa valeur de remplacement dans le cas où la restitution serait impossible (requête de M. Pablo Vermehren Dominguez, au nom de M. Pey Casado, en date du 23 juin 1999 (annexe 105 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)). Le 27 juillet 1999, le Procureur de Santiago fait valoir quant à lui auprès de la Cour que M. Pey Casado n'a pas prouvé qu'il était propriétaire de la rotative Goss ou de la société EPC Ltée (Observations du Procureur de Santiago en date du 27 juillet 1999 (annexe 106 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003)). Les 10 et 13 août 1999, la Première Chambre civile aurait tenté sans succès de localiser la rotative Goss, l'inspection ordonnée s'étant révélée infructueuse (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 117).

L'appel formé par M. Pey Casado contre la décision du 20 décembre 1996 a pu être rejeté le 4 octobre 2002 par la Cour d'appel de Santiago (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 117-118 et annexe 109 au contre-mémoire) mais il ne s'agit pas d'une décision sur le fond.

461. Le 2 octobre 2001, la Première Chambre civile de Santiago s'est déclarée incompétente pour juger de l'incompatibilité entre la Décision n°43 et la procédure engagée devant elle depuis le 4 octobre 1995. Seule la Cour suprême serait compétente.⁴¹⁰
462. Après avoir informé le *Contralor* de l'incompatibilité de la Décision n°43 avec l'action portée devant la Première Chambre civile de Santiago depuis le 4 octobre 1995,⁴¹¹ les parties demanderesses lui ont reproché d'avoir entériné les 22 et 23 juillet 2002 le paiement d'une indemnisation au profit des bénéficiaires de la Décision n°43, cette indemnisation comprenant notamment le préjudice subi du fait de la confiscation de la rotative Goss.⁴¹²
463. Les parties demanderesses ont ainsi intenté les recours suivants :
- Le 5 juin 2002, M. Pey Casado a introduit une requête devant la Cour suprême sur le fondement d'un conflit de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire au motif que le pouvoir exécutif ne respectait pas la compétence exclusive de la Première Chambre civile de Santiago ; cette requête a été rejetée le 2 juillet 2002 ;⁴¹³
 - Le 6 juillet 2002, M. Pey Casado intente un recours en reconsidération de la décision de rejet du 2 juillet 2002 ; ce recours est rejeté le 26 juillet 2002 par la Cour suprême ;⁴¹⁴
 - Le 29 juillet 2002, une demande de rétractation de la décision du *Contralor* des 22 et 23 juillet 2002 est formée par M. Pey ;⁴¹⁵ le 14 octobre 2002, le *Contralor* a déclaré la demande irrecevable en se référant à l'arrêt de la Cour suprême du 2 juillet 2002 ;⁴¹⁶

⁴¹⁰ V. annexe C-219.

⁴¹¹ V. annexe C-224.

⁴¹² V. demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002, p. 3.

⁴¹³ V. *id.*, pp. 3-4 et annexe C-218.

⁴¹⁴ V. annexe C-217.

⁴¹⁵ V. demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002, p. 3 et annexe C-220.

⁴¹⁶ V. demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002, p. 3 et annexe C-216.

- Le 3 août 2002, M. Pey Casado a formé devant la Cour d'appel de Santiago un recours en protection constitutionnelle relatif à son droit de propriété sur la rotative Goss, droit qui aurait été violé par les décisions du *Contralor* des 22 et 23 juillet 2002 entérinant les décrets de paiement des indemnités accordées dans la Décision n°43;⁴¹⁷ le 6 août 2002, la Cour d'appel de Santiago a déclaré la demande irrecevable pour manque manifeste de fondement.⁴¹⁸

464. Le Tribunal estime que le dernier différend entre les parties, s'est cristallisé au cours de la période 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.⁴¹⁹ C'est en demandant au Tribunal arbitral dans son mémoire du 3 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.⁴²⁰
465. Au vu de ce qui précède, le Tribunal conclut que les trois différends invoqués par les demanderesses sont bien survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API et qu'il est en conséquence compétent *ratione temporis* pour en connaître.
466. Cela ne signifie pas pour autant que les dispositions de fond de l'API sont applicables à l'intégralité des violations alléguées par les demanderesses. En effet, en vertu du principe de non-rétroactivité des traités, l'applicabilité des obligations de fond d'un traité est déterminée, sauf accord contraire des parties que le Tribunal estime ne pas être intervenu en l'espèce, en fonction de la date à laquelle s'est produit le fait illicite et non en fonction du moment où apparaît et se cristallise le différend, critère distinct ne servant qu'à établir la compétence *ratione temporis* du Tribunal. Ce n'est que si la violation alléguée est

⁴¹⁷ V. *id.*, p. 5 et annexe C-222.

⁴¹⁸ V. *id.*, p. 5 et annexe C-223.

⁴¹⁹ V. *id.*, p. 2 et ss. Dans leur réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, les parties demanderesses font valoir que « le Tribunal est compétent *ratione temporis* selon l'art. 2(3) de l'API parce que le différend portant sur les presses GOSS et la Décision N° 43 est né après l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chile » (p. 121). Selon la défenderesse, « les Demanderesses ont exercé leur choix unique dans le cadre de l'APPI Espagne-Chili » et ne peuvent présenter leur demande fondée sur le déni de justice (réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, p. 38 et ss).

⁴²⁰ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 196 et ss.

postérieure à l'entrée en vigueur du traité que les dispositions de fond de ce dernier seront applicables à ladite violation. Cette question sera examinée dans les développements concernant le fond.

4. L'option irrévocable (*fork-in-the-road*)

467. Le consentement de l'Etat à l'arbitrage résultant de l'API n'est donné que pour autant que l'investisseur n'a pas renoncé à se prévaloir des dispositions du Traité en exerçant des voies de droit que le Traité estime, en stipulant une clause d'option irrévocable ou de *fork in the road*, incompatibles avec celles qu'il offre lui-même.

468. Le Tribunal rappellera les arguments développés par les parties sur l'exercice de l'option irrévocable prévue à l'article 10 de l'API Espagne-Chili avant de formuler les conclusions auxquelles il est parvenu sur la question.

a) La position des parties

i. *La position de la défenderesse*

469. La défenderesse soutient que M. Pey Casado a exercé l'option irrévocable prévue à l'article 10 de l'API « *en introduisant une action en justice devant les tribunaux chiliens en ce qui concerne les biens confisqués à CPP S.A. et EPC Ltda* ». ⁴²¹

470. La défenderesse déduit en effet de la formulation de la demande introduite par M. Pey Casado le 4 octobre 1995 « *que l'intention de [ce dernier] n'était pas à l'origine de chercher uniquement à obtenir la restitution ou l'indemnisation devant des tribunaux chiliens de la rotative Goss mais que cette demande faisait partie d'un plan à plus vaste portée qui comportait une série de demandes contre la République du Chili relatives à divers biens confisqués – tant les biens personnels de M. Pey Casado que ceux appartenant à la société dont il dit être actionnaire majoritaire (c'est-à-dire de CPP S.A.). C'est pour cette raison que M. Pey Casado a affirmé qu'« en premier lieu » il demandait la restitution de la rotative Goss et que « ultérieurement » il introduirait de nouvelles demandes*

⁴²¹ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 188 ; mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, pp. 128-131 ; mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 146 et p. 162 et note de plaidoirie du Chili relative aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, p. 108.

relatives à d'autres biens ». ⁴²² M. Pey Casado n'aurait formulé une réserve sur la possibilité d'un arbitrage CIRDI devant la Première Chambre civile que plusieurs mois plus tard.

471. La défenderesse invoque par ailleurs les rapports d'activité de la Fondation Président Allende des années 1995, 1996 et 1997 au motif que ceux-ci montreraient que la Fondation considérait elle aussi que « *la demande initiale devant la Première Chambre Civile du Tribunal de Santiago faisait partie d'un plan de réclamations à soumettre aux tribunaux chiliens en ce qui concerne la confiscation de CPP S.A. et EPC Ltda* » ⁴²³ et qu'elle n'avait envisagé la possibilité de l'arbitrage CIRDI qu'en 1997.
472. Après avoir rappelé que la clause d'option irrévocable a pour but d'éviter les procédures dédoublées ou parallèles et le découpage des demandes bien par bien, la défenderesse fait valoir, en se fondant sur une consultation du Professeur R. Dolzer, que l'article 10 ne pourrait permettre d'introduire à la fois une action en justice devant un tribunal étatique avant la fin de la période réservée aux consultations amiables puis une requête d'arbitrage devant un tribunal arbitral ayant le même objet, une fois achevée la période de consultations amiables. La situation dans laquelle se trouve l'Etat défendeur, qui doit mener de front deux procédures, l'une devant les tribunaux chiliens, l'autre devant le présent Tribunal, pour régler la même question de fond, serait précisément celle que l'API a pour but d'éviter.
473. La défenderesse estime que la demande introduite devant les juridictions chiliennes concerne « les dommages causés par la confiscation de CPP S.A. et EPC Ltda » et « a précisément le même objet que sa demande devant le CIRDI ». ⁴²⁴ En outre, « *tant l'affaire GOSS que l'action engagée devant le CIRDI sont fondées sur les mêmes prétendus droits de propriété au regard de la loi chilienne* ». ⁴²⁵ A supposer même que la demande de M. Pey Casado devant les juridictions chiliennes ne concerne que la rotative Goss, ce qui au demeurant ne serait pas le cas, le Tribunal ne pourrait autoriser les demanderesses à diviser

⁴²² Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 189.

⁴²³ V. *id.*, p. 191.

⁴²⁴ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 188.

⁴²⁵ Réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, p. 39. Cette identité de fondement priverait les demanderesses de la possibilité d'invoquer la sentence rendue dans l'affaire *Alex Genin c. Estonie*.

leurs demandes comme elles le font et devrait conclure que M. Pey Casado a exercé l'option irrévocable prévue par l'API.

474. Si toutefois le Tribunal refusait de se considérer incompétent au motif que l'option irrévocable n'a pas été exercée du fait de l'action introduite devant les tribunaux chiliens, la défenderesse demande au Tribunal de rejeter la demande complémentaire déposée par les demanderesses le 4 novembre 2002.
475. Selon la défenderesse, « *[l]es Parties demanderesses prétendent transférer devant le CIRDI une demande qu'elles avaient intentée au Chili et qu'elles avaient toujours caractérisé comme une demande indépendante et séparée de celle qu'elles avaient intentée devant le CIRDI, en dépit du fait déjà mentionné que cette demande introduit exactement la même question de fond que celle qui doit être décidée dans le présent arbitrage. Les Parties demanderesses ont intenté leur action concernant la presse GOSS au Chili en 1995 (c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de l'APPI) et en introduisant leur demande devant le CIRDI, elles ont choisi de ne pas retirer l'action qu'elles avaient intentée au Chili* ». ⁴²⁶
476. L'Etat défendeur en conclut que la demande complémentaire est contraire aux dispositions de l'article 10(3) de l'API, à l'article 26 de la Convention CIRDI, à l'article 40(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ainsi qu'aux « *principes fondamentaux de fair play, préclusion et de justice de procédure* ». ⁴²⁷ Elle ne pourrait donc être accueillie.
477. Enfin, les demanderesses ne sauraient échapper à l'application de la clause d'option irrévocable en invoquant à titre subsidiaire la clause de la nation la plus favorisée. L'examen de la jurisprudence arbitrale CIRDI permettrait de conclure que la clause de la nation la plus favorisée de l'API Espagne-Chili n'est formulée de façon suffisamment large pour être appliquée à la clause de règlement des différends comme le souhaiteraient les demanderesses.

ii. *La position des demanderesses*

478. Les demanderesses estiment avoir « *exclu du consentement à l'arbitrage la controverse relative à la 'restitution pure et simple – ou, à défaut, [paiement] de la valeur de*

⁴²⁶ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 196-197.

⁴²⁷ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 197.

*remplacement correspondante – de la machine rotative GOSS’, parce que, sur cette question spécifique et cela seulement, il se poursuit, depuis une date antérieure au consentement [à l’arbitrage], un procès devant les tribunaux internes au Chili (Rôle n°3.510-95 de la 1^{er}. Chambre Civile de Santiago, intitulé Pey c. Fisc du Chili) [...] ».*⁴²⁸

Invoquant la sentence rendue dans l’affaire Olguín c. Paraguay, les demandereses insistent sur le fait que la restitution de la rotative Goss ou l’obtention de sa valeur de remplacement est l’unique objet de sa demande devant la Première Chambre civile de Santiago. Elles précisent également que l’action introduite par ailleurs devant la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago avait pour unique but d’obtenir la restitution des titres de CPP S.A. dont M. Pey Casado est propriétaire. Les lettres adressées au Président de la République du Chili en 1995 et 1996 et au gouvernement chilien en 1997, qui visaient à obtenir une solution amiable du litige ne constituent pas davantage un exercice de l’option irrévocable prévue par l’article 10 de l’API.

479. A aucun moment la défenderesse n’aurait apporté la preuve que les demandereses auraient introduit une action devant les juridictions chiliennes ayant le même objet que le présent arbitrage.
480. Selon les demandereses, la clause d’option irrévocable ne s’applique pas davantage à leur demande complémentaire relative au déni de justice qu’elles prétendent avoir subi dans la procédure introduite devant les tribunaux chiliens pour obtenir la restitution de la rotative Goss.⁴²⁹ L’exercice de l’option irrévocable serait en effet impossible dans le cas d’un déni de justice car lorsqu’une partie porte un différend devant une juridiction interne et que cette procédure interne débouche sur un déni de justice, par définition imprévisible, alors que par ailleurs la même partie a introduit une procédure d’arbitrage, la demande portée par la suite devant le Tribunal arbitral est nécessairement différente. Le déni de justice

⁴²⁸ Réponse au mémoire soutenant l’incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 139. V. également réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 22.

⁴²⁹ V. réplique des demandereses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 114. V. demande complémentaire des demandereses, du 4 novembre 2002. Les demandereses ont élargi le champ du déni de justice dans cette affaire, estimant qu’il découle également d’une « *dénégation abusive de l’accès à l’arbitrage allant dans le sens de pousser le Tribunal arbitral vers le déni de justice* » (transcription de l’audience du 15 janvier 2007, p. 95 (Me Garcés)).

dans la procédure introduite en 1995 pour obtenir la restitution de la rotative Goss pourrait donc être porté à la connaissance du Tribunal sans que soit exercée l'option irrévocable.

481. A titre subsidiaire, les demanderesses se fondent sur la clause de la nation la plus favorisée de l'API Espagne-Chili et invoquent notamment les clauses de règlement des différends des API Suisse-Chili,⁴³⁰ Chili-Allemagne⁴³¹ et Chili-Pays-Bas,⁴³² estimant que la jurisprudence arbitrale permettrait en l'occurrence l'application la clause de la nation la plus favorisée à la clause de règlement des litiges de l'API.

b) Conclusions du Tribunal

482. L'article 10 de l'API prévoit dans sa partie pertinente que :

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

Soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans la controverse ;

Soit à un arbitrage international dans les conditions décrites au paragraphe 3.

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 » (traduction libre fournie par les demanderesses).

483. L'exercice de l'option irrévocable suppose la réunion de trois conditions. Les demandes portées respectivement devant les juridictions nationales et devant le Tribunal arbitral doivent avoir à la fois le même objet et le même fondement et être présentées par les mêmes parties.

484. Ainsi que l'a rappelé très clairement le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*:

⁴³⁰ Les demanderesses invoquent l'article 9(3) de l'API Suisse-Chili.

⁴³¹ Les demanderesses se fondent sur l'article 10(3) de l'API Chili-Allemagne.

⁴³² Les demanderesses invoquent la disposition du protocole complétant l'API Chili-Pays-Bas relative à l'article 8 de l'API.

« [t]o the extent that a dispute might involve the same parties, object and cause of action it might be considered as the same dispute and the 'fork in the road' mechanism would preclude its submission to concurrent tribunals ». ⁴³³

485. Le Tribunal arbitral dans l'affaire *Azurix c. Argentine*,⁴³⁴ a justement souligné que l'exigence de la triple identité a été constamment réaffirmée par les tribunaux arbitraux. De même, dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le Tribunal arbitral a rappelé qu'une clause d'option irrévocable ne pouvait trouver à s'appliquer lorsque les parties et le fondement de la demande sont différents.⁴³⁵

486. Si l'un des trois éléments de la triple identité rappelée ci-dessus fait défaut, la clause d'option irrévocable ne peut être appliquée. Or, cette triple identité n'a jamais existé dans la présente affaire.

i. *Exclusion de la rotative Goss du champ des demandes présentées dans l'arbitrage*

487. Dans la lettre du 2 octobre 1997 par laquelle M. Pey Casado a exprimé son consentement à l'arbitrage, il était précisé que :

« [...] le présent consentement inclut dans son champ d'application toutes et chacune des controverses juridiques découlant de la confiscation de mes investissements commerciaux cités [ci-dessus], à la seule exception de celle relative à la restitution pure et simple – ou, à défaut, [paiement] de la valeur de remplacement correspondante – de la machine rotative GOSS, achetée en 1972 et installée au siège du quotidien CLARIN. Le consentement inclut toutefois la controverse juridique relative à tous les préjudices découlant de la mainmise sur ladite rotative, consistant en *damnum emergens*, *lucrum cessans* et intérêts compensatoires ». ⁴³⁶

⁴³³ *Occidental Exploration and Production Company c. République d'Equateur*, affaire LCIA n° UN3467, sentence finale du 1^{er} juillet 2004, para. 52.

⁴³⁴ *Azurix Corp. c. La République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/12, décision sur la compétence du 8 décembre 2003, para. 89, JDI 2004.275, spéc. p. 281. Dans cette affaire, le Tribunal s'est référé aux trois critères posés dans l'affaire *Benvenuti c. Congo* - l'identité de parties, d'objet et de fondement - avant de préciser que « [t]his line of reasoning has been consistently followed by arbitral tribunals in cases involving claims under BITs (...) » (v. paras.88-89). V. également *Enron Corporation and Ponderosa Asset, LP c. La République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, décision sur la compétence du 4 janvier 2004, para. 97.

⁴³⁵ *CMS Gas Transmission Company c. La République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, décision sur la compétence du 17 juillet 2003, para. 80, JDI 2004.236, spéc. pp. 250-251. V. *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c. La République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/13 et *BP America Production Co. and Others c. La République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/8, décision sur les objections préliminaires du 27 juillet 2006, para. 157.

⁴³⁶ Lettre de M. Pey Casado du 2 octobre 1997 (annexe 10 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

488. Le contentieux relatif à la restitution de la rotative Goss a donc été expressément et très clairement exclu du champ de compétence du Tribunal.
489. Les demanderesse demandaient par ailleurs dans leur demande d'arbitrage que le Tribunal « *déclare illégitime et contraire au Droit international la saisie et la confiscation de l'investissement réalisé par le citoyen espagnol M. Victor Pey Casado* »⁴³⁷ et condamne la République du Chili au paiement de dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait de la saisie et la confiscation des biens des demanderesse, sur le fondement des dispositions pertinentes de l'API Espagne-Chili.⁴³⁸ Les demanderesse n'ont jamais cherché par la suite à modifier l'étendue de leur consentement à l'arbitrage en y incluant la rotative Goss, ainsi qu'en attestent leurs écritures postérieures.
490. Dans la demande déposée devant la Première Chambre civile de Santiago le 4 octobre 1995, M. Pey Casado a fait valoir que la rotative Goss avait été illicitement saisie par l'Etat chilien en 1973 et, sur le fondement des dispositions du code civil chilien, demande que lui soit restituée la rotative en question. Dans le cas où la restitution serait impossible, M. Pey Casado demande une indemnisation correspondant à la valeur de la rotative plus les intérêts et, le cas échéant, une indemnisation pour les éventuels dommages qu'aurait subis la rotative.⁴³⁹
491. La requête d'arbitrage et la demande introduite devant le juge chilien ont donc un objet et un fondement distincts. La première consiste à demander réparation du préjudice découlant des actes de saisie et de confiscation relatifs aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda sur le fondement de certaines dispositions de l'API Chili-Espagne, tandis que la seconde vise la restitution d'un bien meuble bien identifié, la rotative Goss, et expressément exclu du champ du consentement à l'arbitrage, en se fondant sur le droit chilien.
492. Le simple fait que M. Pey Casado ait exprimé devant le juge chilien l'intention d'introduire dans le futur de nouvelles demandes concernant d'autres biens appartenant la société CPP S.A., sans pour autant procéder effectivement au dépôt de ces demandes, ne

⁴³⁷ Requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 10.

⁴³⁸ *Id.*, pp. 9-10.

⁴³⁹ Demande de M. Pey Casado devant la Première Chambre civile de la Cour d'appel de Santiago du 4 octobre 1995 (annexe 48 au contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003).

saurait déclencher l'application de la clause d'option irrévocable. Ainsi que l'a rappelé à juste titre le Tribunal arbitral dans l'affaire *Pan American Energy c. Argentine*, les tribunaux ne concluront jamais à la légère que les demandeurs ont choisi de porter leur différend devant les juridictions de l'Etat d'accueil et, de ce fait, exercé l'option irrévocable prévue dans l'API applicable. Cela reviendrait à priver de toute utilité la possibilité de recourir à l'arbitrage international.⁴⁴⁰

493. En l'espèce, les demanderesses ont très clairement distingué l'objet et le fondement de la demande déposée devant la juridiction chilienne de ceux de la requête d'arbitrage. Le Tribunal considère par conséquent que l'option irrévocable prévue à l'article 10(2) de l'API n'avait pas été exercée par M. Pey Casado lorsqu'il a déposé sa requête d'arbitrage.

ii. *La demande fondée sur le déni de justice ne se heurte pas à l'option irrévocable car ce n'est pas, par définition, ce qui était demandé aux juridictions locales*

494. La demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002, confirmée par leurs mémoires postérieurs et lors des audiences, consiste à porter devant le Tribunal non pas la demande de restitution de la rotative Goss mais une demande de réparation pour le préjudice découlant du déni de justice subi par M. Pey Casado dans cette procédure interne.

495. Le Tribunal estime que la clause d'option irrévocable contenue dans l'API n'empêche pas les demanderesses de porter leur demande relative au déni de justice devant le Tribunal arbitral. Ainsi que l'explique justement le Professeur Jan Paulsson dans son ouvrage consacré au déni de justice, l'allégation de déni de justice du fait des juridictions nationales est précisément celle qui ne sera pas affectée par la clause d'option irrévocable :

« Treaties which require an election of remedies, with the result that a claimant chooses an irreversible direction at a fork in the road, do not preclude claims before an international tribunal with respect to acts or omissions which were not encompassed in the petition made to an initially

⁴⁴⁰ V. *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/13 et *BP America Production Co. and Others c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/8, décision sur les objections préliminaires du 27 juillet 2006, para. 155.

elected national forum. The most obvious instance would be an allegation of denial of justice in that very forum »⁴⁴¹.

496. En l'espèce, bien que les parties soient les mêmes, l'objet de la demande complémentaire, qui consiste à demander une indemnisation pour le préjudice subi du fait d'un déni de justice, n'est de toute évidence pas identique à celui de l'action portée devant les tribunaux chiliens pour obtenir la restitution de la rotative Goss. Le fondement est également différent dans chaque affaire : la demande relative au déni de justice est fondée sur l'API ; l'action intentée devant le juge chilien est fondée sur le droit chilien et, plus particulièrement, sur les dispositions du code civil relatives à la restitution.
497. Le Tribunal conclut que l'option irrévocable prévue à l'article 10(2) de l'API n'avait donc pas été exercée lorsque les demanderesses ont déposé devant le Tribunal arbitral leur demande complémentaire relative au déni de justice.
498. Les demanderesses n'ayant pas fait jouer la clause d'option irrévocable, il est inutile de s'interroger sur l'éventuelle application de la clause de la nation la plus favorisée à la clause de règlement des différends de l'API.

D. Conclusion

499. En résumé, le Tribunal arbitral a constaté qu'il était bien en présence d'un différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement au sens de la Convention CIRDI, et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ce différend. De plus, le Tribunal arbitral est parvenu à la conclusion que, ayant valablement renoncé à sa nationalité chilienne avant son consentement à soumettre le différend à l'arbitrage, M. Pey Casado est bien un « *ressortissant d'un autre Etat contractant* » au sens de l'article 25 (2) (a) de la Convention aux dates critiques.
500. Dès lors, le Tribunal arbitral ne peut que rejeter l'exception qui a été soulevée par la défenderesse et admettre sa compétence pour statuer sur le fond du litige pour ce qui concerne la première partie demanderesse, M. Pey Casado.

⁴⁴¹ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 130.

V. LA COMPETENCE DU CENTRE ET DU TRIBUNAL POUR CONNAITRE DE LA DEMANDE DE LA FONDATION PRESIDENTE ALLENDE

501. La prochaine question à examiner, compte tenu des exposés et des conclusions respectives des parties, est celle de la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral quant à la deuxième partie demanderesse, la Fundación Presidente Allende (« *Fondation Presidente Allende* » ou « *Fondation* »).⁴⁴²
502. Avant d'examiner si les conditions légales de la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral sont remplies, il convient de rappeler brièvement les faits concernant la création⁴⁴³ ainsi que l'activité de la Fondation Presidente Allende.

A. Résumé des faits

503. La Fondation Presidente Allende a été créée le 16 janvier 1990 par un acte notarié passé à Madrid. Le notaire, Maître Jaime García Rosado y García mentionne que sont comparus devant lui Monsieur Juan Enrique Garcés Ramón (disposant de pouvoirs conférés à lui par M. Pey Casado le 6 octobre 1989⁴⁴⁴ et par Monsieur Gonzalo-Oscar Marten Garcia (Ministre de la Planification Nationale du Chili entre novembre 1970 et septembre 1973) ainsi que Monsieur Oscar Soto Guzman (médecin personnel du Président Allende) aux fins de créer une Fondation Presidente Allende, comme fondation culturelle de droit privé à but

⁴⁴² Les demanderesses ont soulevé que la défenderesse n'a fait d'objection à la qualité pour agir de la Fondation Presidente Allende durant les six mois après avoir eu connaissance de la Requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, et que cette qualité de la Fondation ne figurait pas parmi les motifs allégués dans la lettre du Chili au Secrétaire général du CIRDI en date du 18 mars 1998, dans laquelle le Chili demandait à ce que le CIRDI n'enregistre pas la Requête pour défaut de la juridiction du Centre (v. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 128 ; mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, p. 31). En réponse, la défenderesse a soutenu qu'il n'existe pas d'obligation de contester la qualité pour agir dans le délai allégué et que, en tout état de cause, le Chili l'aurait contesté plus tard, par une lettre adressée au CIRDI en date du 5 mai 1998 (v. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 122). Le Tribunal constate que les demanderesses n'ont pas tiré de conséquences procédurales du délai allégué dans lequel la défenderesse a soulevé l'exception d'incompétence quant à la Fondation Presidente Allende et que, notamment, elle n'a pas conclu à l'irrecevabilité de cette exception sur cette base. En tout état de cause, la qualité pour agir de la Fondation Presidente Allende a été soulevée en détail, au plus tard dans le premier mémoire d'incompétence de la défenderesse, du 20 juillet 1999.

⁴⁴³ Déjà mentionné dans la partie Faits de la présente sentence.

⁴⁴⁴ M. Pey Casado avait donné pouvoir à Monsieur Marten Garcia, aux fins de créer ladite fondation, le 6 octobre 1989 par devant un notaire de Miami. V. annexe C-7 à la réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999.

non lucratif. La Fondation est domiciliée Calle Alfonso XII à Madrid et a été créée pour une durée indéterminée.⁴⁴⁵

504. Selon l'article 3 des Statuts de la Fondation, son but est « la promotion des libertés et droits culturels, civiques, démocratiques, sociaux et économiques du peuple du Chili et des peuples hispano-américains, conformément aux valeurs et aux idéaux soutenus para [sic] Salvador Allende ». ⁴⁴⁶
505. Le capital de la Fondation est composé de divers éléments : un million de pesetas donné par Monsieur Garcés Ramón, cent mille pesetas apportés par Monsieur Martner Garcia et 90% des avoirs de diverses sociétés apportés par M. Pey Casado en tant que « *propriétaire des actions sociales, du patrimoine et des droits de toute nature* » (« *en su condición de propietario de las acciones sociales del patrimonio y derechos de cualquier naturaleza* »). ⁴⁴⁷ Ces sociétés sont définies à l'article 11 des Statuts de la façon suivante : « *'Consortium Publicitaire Périodique S.A.', constitué par acte du 3 août 1967 par-devant Me Rafael ZALDIVAR, Notaire à Santiago du Chili, dont le siège est à Santiago du Chili, 'Entreprise Périodique Clarin Limitée', constituée au Chili en 1955, dont le siège est à Santiago, acquis par l'achat [par M. Pey Casado] à Monsieur Sainte-Marie Soruco qui a eu lieu en 1972* ». ⁴⁴⁸
506. En ce qui concerne les apports de M. Pey Casado à la Fondation, il apparaît que M. Pey Casado a signé l'acte de transfert et celui d'acceptation par-devant un notaire des États-Unis, le 6 février 1990, agissant en sa double qualité de Président de la Fondation et de ressortissant espagnol. ⁴⁴⁹ Cet acte a été enregistré mais la donation aurait été acceptée par la Fondation au Ministère espagnol de la Culture le 14 décembre 1994, ⁴⁵⁰ deux semaines

⁴⁴⁵ Annexe C-7 à la réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999.

⁴⁴⁶ *Id.*

⁴⁴⁷ *Id.*

⁴⁴⁸ *Id.*

⁴⁴⁹ V. annexe 18 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999.

⁴⁵⁰ Annexe 9 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

après l'entrée en vigueur de la loi 30/1994⁴⁵¹ exonérant les fondations d'impôts pour les donations en leur faveur (article 65).⁴⁵²

507. Une ordonnance ministérielle du 27 avril 1990⁴⁵³ a approuvé, classé et enregistré la Fondation. Cette ordonnance transcrivait littéralement, conformément à la législation régissant les fondations citées dans l'ordonnance, les données figurant dans les « *écritures portant constitution de la Fondation* » du 11 janvier précédent, dont le capital de la Fondation limité à 1,1 millions de pesetas.
508. Selon la défenderesse, en 1995 et 1996, les activités de la Fondation auraient été consacrées essentiellement à suivre les procédures judiciaires et/ou politiques en cours au Chili, et notamment devant le Parlement chilien, en ce qui concerne la reconnaissance des droits patrimoniaux cédés à la Fondation, ainsi qu'à agir juridiquement en vue d'obtenir du pouvoir judiciaire chilien une indemnisation pour les dommages subis dès 1973.⁴⁵⁴
509. La Fondation a fait valoir aussi les activités multiples, judiciaires, politiques et culturelles qu'elle mène depuis sa création.⁴⁵⁵ Les demandresses ont rappelé que les actions en justice conduites par M. Pey Casado l'avaient été également en défense des intérêts de la Fondation en vertu des accords autorisant aussi bien la Fondation que M. Pey Casado à agir l'un en faveur de l'autre pour la récupération de leurs biens confisqués.
510. La défenderesse a fait remarquer que, en 1999, les statuts de la Fondation avaient été modifiés sur divers points, comme l'emploi du capital en cas de dissolution, et pour énoncer que M. Pey Casado possédait, non pas une double nationalité comme déclaré précédemment par le mandataire de M. Pey Casado mais la seule nationalité espagnole.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ Journal Officiel du 25 novembre 1994.

⁴⁵² V. la table chronologique des faits en relation avec la compétence et le fond de l'affaire, du 11 septembre 2002, p.14.

⁴⁵³ Publiée au *Journal Officiel* du 6 juillet 1990.

⁴⁵⁴ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 191-193, et annexes 118, 119, 120 et 121.

⁴⁵⁵ Intervention au Parlement européen, au sujet des confiscations sous le régime militaire à l'occasion de l'examen de l'accord-cadre CEE-Chili ; attribution de bourses d'études aux étudiants chiliens en Espagne ; défense des victimes de toutes nationalités du régime issu du coup d'Etat ; actions en justice en Europe dans l' « *affaire Pinochet* » ; actions auprès du Parlement espagnol, en restitution des biens confisqués ; etc.

⁴⁵⁶ Annexe 135 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

511. À la lumière de ces faits ainsi résumés, il y a lieu d'examiner si le Centre et le Tribunal arbitral sont compétents pour se prononcer sur les demandes de la seconde partie demanderesse, la Fondation Président Allende.

B. En droit

512. Les conditions légales pour la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral, notamment celles posées par l'article 25 de la Convention CIRDI, ont été décrites en détail ci-dessus, dans le contexte de l'analyse de la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral de connaître de la demande de M. Pey Casado.

513. Pour que le Centre et le Tribunal arbitral soient compétents pour connaître de la demande de la Fondation Presidente Allende, cette dernière doit notamment justifier de l'existence d'un différend d'ordre juridique, que ce différend oppose un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant, que ce différend soit en relation directe avec un investissement et que les parties aient consenti par écrit à soumettre le différend au Centre.

514. Ainsi qu'on l'a vu à propos de la première partie demanderesse, ni la condition relative à l'existence d'un différend d'ordre juridique, ni celle relative à la qualité d'Etat contractant ne font l'objet de contestation de la part de la défenderesse. En revanche, les parties sont en désaccord sur la condition d'investissement, sur la condition relative à la nationalité de l'investisseur, ainsi que sur la condition de consentement. La majorité des arguments présentés par les parties dans le contexte de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral quant à la Fondation Presidente Allende concernent les questions de savoir si M. Pey Casado a valablement cédé la majorité des actions de CPP S.A. et EPC Ltda à la Fondation, et quelle serait la conséquence d'une telle cession sur le droit d'agir de la Fondation et sur la compétence du Centre et du Tribunal arbitral à l'égard de la Fondation.

1. La condition d'investissement au sens de la Convention CIRDI

515. La première condition de compétence contestée concerne l'investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI, et notamment la question de savoir si la Fondation Président Allende peut être considérée comme une partie à un litige qui soit « *en relation directe avec un investissement [...]* ».

516. Si la position de la Fondation était examinée de manière « *indépendante* » et en soi, c'est-à-dire abstraction faite de la cession de droits opérée en sa faveur par M. Pey Casado, il y aurait lieu de se demander si, au moins *prima facie*, elle ait le caractère d'« *investisseur* ». En effet, elle n'a fait que recevoir de M. Pey Casado (et d'autres) une donation (terme utilisé par son Conseil, Me Garcés), ceci abstraction faite de ses buts énoncés dans ses statuts.⁴⁵⁷ Il est toutefois superflu d'approfondir cette question à ce stade, dès lors que le débat entre les parties s'est concentré sur la question de la cession d'une partie de ses droits par M. Pey Casado à la Fondation.

517. La question de savoir si la Fondation se qualifie comme « *investisseur* » au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI dépend donc de la validité et des effets du transfert de droits dont elle a bénéficié, à titre gratuit, de la part de la première partie demanderesse.⁴⁵⁸ Cette question est d'abord une question de droit privé ou de droit international privé, qu'il convient de distinguer de la seconde question à examiner, notamment celle des effets, qu'on pourrait appeler de droit international public, en ce qui concerne plus précisément la compétence du Centre et du Tribunal arbitral et la qualité pour agir de la Fondation.

518. Le Tribunal arbitral examinera successivement la question de la validité de la cession (a) et celle de ses effets (b).

a) La validité de la cession en faveur de la Fondation Presidente Allende

i. *Positions des parties*

519. A titre préliminaire, le Tribunal arbitral rappelle que la défenderesse a soutenu que, pour que la Fondation puisse faire valoir des droits à l'égard de la défenderesse, il faudrait qu'elle ait valablement obtenu les droits transférés.⁴⁵⁹ Ceci supposerait que M. Pey Casado en ait été titulaire, compte tenu du principe général *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (ou *nemo potest facere per alium quod per se non potest*). D'après

⁴⁵⁷ Au jour de l'introduction de la demande d'arbitrage, la Fondation paraît n'avoir guère contribué à l'économie chilienne, et ne prétend pas l'avoir fait, encore que l'article 3 de ses Statuts puisse être éventuellement interprété comme lui assignant des objectifs dont le Chili devait normalement obtenir à l'avenir bénéfice, d'ordre essentiellement culturel, social ou juridique. V., par exemple, la transcription du 4 mai 2000, pp. 74-75 (Me Garcés).

⁴⁵⁸ V. l'article 11 du Statut de la Fondation, précité.

⁴⁵⁹ V., par exemple, la transcription des audiences des 3 et 5 mai 2000 et le contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 197 et ss.

la défenderesse, « *les réclamants n'ont jamais été propriétaires des bien confisqués* ». ⁴⁶⁰
Encore lors de l'audience de janvier 2007, la défenderesse a soutenu la thèse que « *M. Pey n'avait aucun droit vis-à-vis d'El Clarin en vertu de l'API qu'il aurait pu transférer à la Fondation Allende* ». ⁴⁶¹

520. Le Tribunal arbitral ayant constaté que, contrairement à la thèse de la défenderesse, M. Pey Casado avait bien établi son titre de propriété, il est superflu de rouvrir ici cette discussion.
521. Le Tribunal doit cependant analyser la question de savoir si M. Pey Casado a valablement cédé les actions en question à la Fondation Presidente Allende. A ce propos, la défenderesse a soutenu que la cession ne pouvait pas être valable vue l'absence du consentement du Chili. D'après la défenderesse, le droit international ne permet pas un tel transfert des intérêts sans le consentement de l'Etat. ⁴⁶²
522. En outre, la défenderesse a soutenu que la cession des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda par M. Pey Casado à la Fondation constituait une « *fraude à la loi* » faite dans le seul but de permettre à une partie étrangère d'invoquer les droits concernant ces sociétés devant un Tribunal CIRDI. En particulier, la défenderesse a argumenté que « *[t]ant les tentatives de dénationalisation que la cession à la Fondation 'Presidente Allende' des éventuels 'droits émanant de la confiscation', ont été effectuées dans le seul but de connecter cette situation avec une nationalité étrangère et donner ainsi, frauduleusement, compétence au Centre* ». ⁴⁶³
523. Les demanderesses, elles, ont soutenu, (sans pour autant fournir d'analyse complète sur le sujet) que « la donation effectuée par l'investisseur en faveur de la Fondation [était] valable en droit espagnol (et en droit international privé chilien) [...] » ⁴⁶⁴, qu'une telle

⁴⁶⁰ Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 13.

⁴⁶¹ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 7 (Me Sanchez Castellón).

⁴⁶² Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 198 et ss, 203. La défenderesse a souligné, à l'appui de son argument, que M. Pey Casado n'aurait pas mentionné la cession au Chili et que, par conséquent, la défenderesse n'était même pas au courant de la cession.

⁴⁶³ Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 127. V. aussi la transcription de l'audience du 3 mai 2000, pp. 53 et ss (Me Mayorga).

⁴⁶⁴ Mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, p. 30. V. aussi l'exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 149-150.

transmission de crédit « *a lieu par simple consentement, sans autre formalité que celle qu'impose la nature des opérations qui lui servent de cause* » et que, notamment, « *elle peut se faire valablement sans que le débiteur en ait connaissance préalable, et même contre sa volonté* ». ⁴⁶⁵

524. En ce qui concerne l'allégation de « *fraude à la loi* », les demanderessees ont répondu qu'aucune fraude n'avait été prouvée par le Chili et que « *[l]a cession des droits de M. Pey Casado s'est faite en 1989 et 1990 [...], soit antérieurement à la signature du Traité bilatéral de 1991, et s'expliquait par la qualité humaine de M. Pey Casado, son grand âge et son attachement à son pays, l'Espagne. Cette cession a été très manifestement indépendante de la présente instance* ». ⁴⁶⁶

ii. *Conclusions du Tribunal*

525. De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation a démontré qu'elle était en possession de 90% des actions de CPP S.A., ⁴⁶⁷ qui lui ont été transmises par M. Pey Casado au moyen d'écritures passées entre le 6 octobre 1989 et le 27 mai 1990. ⁴⁶⁸ Cette transmission a été parfaite à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture, le 27 avril 1990. ⁴⁶⁹

526. Comme le Tribunal l'a constaté ci-dessus, c'est le 16 janvier 1990 que, à la suite d'un pouvoir donné par M. Pey Casado le 6 octobre 1989, la « *Fundación Presidente Allende* » a été créée selon le droit espagnol et avec son siège en Espagne. ⁴⁷⁰ Le 6 février 1990, M. Pey Casado a comparu par-devant un notaire à Miami et, agissant au nom de la Fondation espagnole et avec les pleins pouvoirs que l'article 6 de ses statuts confèrent au Président de

⁴⁶⁵ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 151-152.

⁴⁶⁶ Réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 21. V. aussi la transcription de l'audience du 4 mai 2000, pp. 97-98 (Me Malinvaud).

⁴⁶⁷ Annexes 6 à 9, 17 et 18 au mémoire des demanderessees du 17 mars 1999.

⁴⁶⁸ Annexe 9 à la requête d'arbitrage, du 3 novembre 1997 ; annexes 17 et 18 mémoire des demanderessees du 17 mars 1999.

⁴⁶⁹ Une condition établie dans les écritures de cession du 6 octobre 1989, annexe 17 au mémoire des demanderessees du 17 mars 1999.

⁴⁷⁰ Annexe 22 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003.

la Fondation,⁴⁷¹ a passé un contrat de cession irrévocable, d'une part, et d'acceptation de la cession, d'autre part, portant sur le « *patrimoine, les titres, droits et crédits de toute nature découlant des contrats privés d'achat et vente que le cédant a passé en 1972 avec M. Dario Sainte-Marie Soruco, par lesquels ce dernier a vendu, et M. Victor Pey Casado a acheté cent pour cent des actions [de CPP SA et d'EPC Ltée]* ». ⁴⁷²

527. D'après l'article 2 du contrat de cession, « *[l]a cession décrite à la section précédente comprend les droits de pleine propriété du CEDANT sur quatre-vingt-dix pour cent (90%) des actions des entreprises citées, le CESSIONNAIRE étant subrogé en lieu et place du CEDANT dans le contrat initial. [...]* »
528. De l'avis du Tribunal arbitral, selon le droit applicable à la cession (quel qu'il soit – espagnol, chilien ou autre), le consentement du débiteur cédé n'est pas nécessaire (et le contraire n'a pas été prouvé dans la présente procédure⁴⁷³). On notera en passant que la notification de la cession de créances au débiteur n'a d'autre portée que de l'obliger envers le nouveau créancier.⁴⁷⁴
529. De plus, le Tribunal arbitral n'est pas convaincu par l'allégation de la défenderesse que la cession de droits par M. Pey Casado en faveur de la Fondation Allende aurait constitué une « *fraude à la loi* ». Comme l'ont rappelé les demanderesses, le fait que la cession a été faite en 1989 et 1990, avant l'entrée en vigueur de l'API et sept ans avant l'introduction de la présente instance, indique que la cession n'était pas liée à cette instance. De l'avis du

⁴⁷¹ « *Article 6: Le Conseil des Fondateurs et, en son nom, le Président, exercera les compétences dévolues à la Direction, en accord avec ce qui est stipulé à l'Article 9, section 3 de la Réglementation des Fondations Culturelles Privées (Décret 2930/72 du 21 juillet 1972), à partir de la date d'inscription de la Fondation au Registre et tant que n'aura pas été réalisée la désignation et la nomination de la totalité des membres de la Direction* ».

⁴⁷² Annexe 18 au mémoire de demanderesse du 17 mars 1999.

⁴⁷³ Ceci malgré la position de l'expert consulté par la défenderesse, le Professeur Dolzer, qui, dans son avis de droit du 3 février 2003, affirme que « *unless Chile agreed to the assignment (assuming all jurisdictional requirements were met), the Tribunal cannot have jurisdiction over the claim presented by the President Allende Foundation.* » (p. 45), sans pour autant développer les sources de cette partie de son argumentation.

⁴⁷⁴ V. dans ce contexte, Article 1.527 du Code civil espagnol qui dispose : « *Le débiteur qui, avant d'avoir connaissance de la cession, aurait satisfait le créancier, sera libéré de l'obligation.* » ; article 1.902 du Code civil chilien qui dispose : « *La cession [des droits d'un crédit personnel] ne produit pas d'effet à l'égard du débiteur ni à l'égard de tiers tant qu'elle n'a pas été notifiée par le cessionnaire au débiteur ou acceptée par ce dernier.* » Traduction libre par les demanderesses, cité dans leur exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 151-152.

Tribunal arbitral, la défenderesse n'est pas parvenue à prouver que cette transaction avait un caractère frauduleux, ou même qu'elle soit liée à la présente instance.

530. En conclusion, la cession doit être considérée comme valable et opposable à la défenderesse.

b) Les effets de la cession sur la question de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral

531. La question se pose dès lors de savoir quels sont les effets de cette cession et notamment si elle établit la qualité d'investisseur de la Fondation Presidente Allende, au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI. En d'autres termes, le Tribunal arbitral doit déterminer si le cédant, M. Pey Casado, s'est limité à transférer à la Fondation seulement des droits et intérêts qu'on pourrait appeler « *matériels* » dans les deux sociétés CPP S.A. et EPC. Ltda., par exemple de propriété sur les biens ou intérêts transférés, ou s'il n'a pas transféré aussi, en même temps et par là-même, voire nécessairement, des droits de caractère « *procédural* » contre la République du Chili dont le droit d'agir en justice et en arbitrage.

i. *Positions des parties*

532. Selon les demanderesses, la cession des actions équivaut à une cession de la qualité d'investisseur. Au soutien de cette affirmation, les demanderesses ont renvoyé le Tribunal arbitral à l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*, dans lequel le Tribunal a décidé que « [...] *the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally* ». ⁴⁷⁵ De plus, elles ont soutenu que « *la doctrine admet l'accès à l'arbitrage du CIRDI dans l'hypothèse d'une cession spontanée de droits de la part d'un investisseur personne physique* ». ⁴⁷⁶ D'après les demanderesses, « *la donation effectuée par l'investisseur en faveur de la Fondation étant*

⁴⁷⁵ Citée par les demanderesses dans leur réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 137 ; v. aussi mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, p. 37 ; exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 154-155.

⁴⁷⁶ Requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 4. V. aussi mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, pp. 29-31 ; réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, pp. 53-54, dans lequel les parties demanderesses réfèrent à la sentence CCI dans l'affaire 2626 au soutien de leur thèse que la convention d'arbitrage lie les « *cessionnaires et tous acquéreurs d'obligations.* »

*valable en droit espagnol (et en droit international privé chilien) la Fondation possède la légitimation active en qualité de titulaire des droits lésés ».*⁴⁷⁷

533. En outre, les demanderesses ont souligné que le droit de la Fondation Presidente Allende d'agir en justice sur la base de violations de l'investissement de M. Pey Casado serait prévu par les documents fondateurs de la Fondation. Le Conseil des Fondateurs de la Fondation Allende aurait décidé le 14 décembre 1994 que toute réclamation relative à l'indemnisation des droits et crédits provenant de l'investissement de 1972 peut être formulée indifféremment par la Fondation elle-même ou par M. Pey Casado.⁴⁷⁸ Sur cette base, les demanderesses ont argumenté que :

*« Le Conseil des Fondateurs de la Fondation 'Président Allende' a résolu, le 14 décembre 1994, que toute réclamation relative à l'indemnisation des droits et crédits découlant de l'investissement de 1972, au sens établi dans l'Accord bilatéral entre l'Espagne et le Chili, pouvait être formulée indistinctement par la Fondation elle-même et M. VICTOR PEY CASADO (voir le document annexe no. 3 à notre communication au Centre datée du 15 décembre 1997) ».*⁴⁷⁹

534. Répondant aux objections soulevées par la défenderesse que les déclarations du Conseil des Fondateurs de la Fondation Allende constituaient des accords internes qui ne sont pas opposables au Chili,⁴⁸⁰ les demanderesses ont soutenu que « [c]e document n'est pas un acte privé ; il a été enregistré le 29 septembre 1997 sous le n°3.042 aux minutes de M. Luis Sanchez Marco, notaire à Madrid, etc. ».⁴⁸¹
535. La défenderesse, elle, a soutenu que la qualité d'investisseur n'a pas été conférée à la Fondation Presidente Allende en vertu de la cession en sa faveur et que, par conséquent, la

⁴⁷⁷ Mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, p. 30.

⁴⁷⁸ Mémoire des demanderesses, du 17 mars 1999, p. 37 ; réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, p. 127 & 133.

⁴⁷⁹ Réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, p. 127.

⁴⁸⁰ Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 117-118.

⁴⁸¹ Réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence du 7 février 2000, p. 21.

Fondation n'a pas effectué d'investissement, n'ayant fait un quelconque paiement en échange des droits qui lui ont été cédés.⁴⁸²

536. De plus, d'après la défenderesse, pour que la cession transmette la qualité d'investisseur et le droit d'agir à la Fondation Presidente Allende, M. Pey Casado devrait avoir lui-même rempli les conditions de compétence, et notamment « *si M. Pey ne remplit pas les conditions de nationalité du Traité bilatéral, dès lors il n'a pu transmettre à la Fondation Président Allende que des droits qui n'étaient pas couverts par les protections du Traité bilatéral et il semble qu'il y aurait lieu, là aussi, d'en déduire les conséquences.* »⁴⁸³ Invoquant le principe de droit *nemo dat quod non habet* (ou *nemo potiore postest transfere quam ipse habet*), la défenderesse a soutenu que « *en 1990 M. Pey n'avait aucun droit de réclamation au titre de l'APPI Chili-Espagne (et moins encore un droit de demande en vertu de la Convention CIRDI) et en conséquence, il n'aurait pu ni ne pouvait céder à la Fondation Président Allende aucun droit de cette nature.* »⁴⁸⁴ La défenderesse a résumé cet argument de manière très succincte lors de l'audience du 29 octobre 2001 : « *Notre position est aussi que ce tribunal n'a pas compétence pour connaître de la requête de M. Pey Casado, alors il n'a pas compétence pour connaître de la requête de la Fondation Président Allende.* »⁴⁸⁵

ii. Conclusions du Tribunal

537. De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation Presidente Allende a obtenu la qualité d'« *investisseur* » en vertu de la cession des actions en sa faveur de la part de la première partie demanderesse, M. Pey Casado.
538. Par la cession des actions qui était valable à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture, le 27 avril 1990, une partie

⁴⁸² Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 203, où la défenderesse soutient : « *Il convient en outre de faire remarquer qu'en l'absence de qualité d' 'investisseur' conférée en vertu de la prétendue cession, la Fondation Président Allende n'a pas la qualité d' 'investisseur' parce qu'elle n'a pas effectué d' 'investissement' au Chili. Il n'apparaît pas non plus que la Fondation Président Allende ait effectué un quelconque paiement en échange des droits qui lui ont supposément été cédés. Il n'y a pas non plus de preuve d'aucun transfert de capitaux vers le Chili de la part de la Fondation Président Allende.* »

⁴⁸³ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 51, para. 25-28 (Me Leurent).

⁴⁸⁴ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 197-202 ; v. aussi l'avis de droit du Professeur Rudolf Dolzer, soumis par la défenderesse en appui de son contre-mémoire du 3 février 2003, pp. 42-44.

⁴⁸⁵ Transcription de l'audience du 29 octobre 2001, p. 11 (Me Goodman).

des droits découlant de l'investissement avait été transmise par M. Pey Casado en faveur de la Fondation.⁴⁸⁶

539. Le Tribunal arbitral partage le point de vue exprimé par le Tribunal arbitral dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*, qui, en analysant la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral quant à l'une des défenderesses, *Pan American*, a décidé que cette défenderesse avait obtenu la qualité d'investisseur au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI par la cession d'actions de la part de l'investisseur original, *Amco Asia*. Comme l'ont souligné les demanderesses à plusieurs reprises dans la présente procédure, le Tribunal arbitral dans *Amco Asia* a jugé que :

« [...] *the right acquired by Amco Asia to invoke the arbitral clause is attached to its investment, represented by its shares in PT Amco, and may be transferred with those shares.* [...] »

*[...] the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally. As a result, the right to invoke the arbitration clause is transferred with the transferred shares, whether or not the same constitute a controlling block, being it understood that for such a transfer of the right to take place, the government's approval is indispensable.*⁴⁸⁷

540. Bien que la compétence du Tribunal CIRDI dans *Amco Asia* ait été fondée sur une convention d'arbitrage classique, et non pas sur un API, le même principe s'applique dans la présente affaire.

541. Les parties demanderesses se sont, avec raison, également référées à la décision du Tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *FEDAX N.V. v. République du Venezuela*⁴⁸⁸ qui s'est déclaré compétent dans un cas où avait eu lieu une cession de titularité de billets à ordre (« *promissory notes* »). Ayant trouvé que de telles instruments étaient des « *eminently negotiable instruments in the secondary market* », le Tribunal a décidé que :

⁴⁸⁶ Une condition établie dans les écritures de cession du 6 octobre 1989, annexe 17 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999.

⁴⁸⁷ *Amco Asia Corporation et al. c. République de l'Indonésie*, affaire CIRDI n° ARB/81/1, décision sur la compétence du 25 septembre 1983, 1 ICSID Reports (1993), p. 389, 403 ; *JDI* 202,1986.

⁴⁸⁸ Décision sur la compétence du 11 juillet 1997, *JDI* 278.1999.

« *In such a situation, although the identity of the investor will change with every endorsement, the investment itself will remain constant, while the issuer will enjoy a continuous credit benefit until the time the note becomes due. To the extent that this credit is provided by a foreign holder of the notes, it constitutes a foreign investment which in this case is encompassed by the terms of the Convention and the Agreement. [...] ».*⁴⁸⁹

542. La défenderesse a objecté que cette règle ne pourrait pas s'appliquer dans le cas d'espèce, vu que, contrairement aux faits dans l'affaire *FEDAX N.V. v. République du Venezuela*, la Fondation Presidente Allende n'a pas effectué de paiement en échange des droits qui lui ont été cédés.⁴⁹⁰ De l'avis du Tribunal arbitral, le fait que, dans le cas d'espèce, M. Pey Casado ait cédé les actions en vertu d'une donation ne change rien au fait que la Fondation a obtenu la qualité d'investisseur par cette cession. Tant que la cession d'actions qui constituent l'investissement initial est valable (comme le Tribunal arbitral l'a confirmé dans la présente affaire), elle transmet la qualité d'investisseur au cessionnaire.⁴⁹¹
543. De plus, contrairement à la position de la défenderesse, le fait que l'API n'était pas encore en vigueur au moment de la cession ne change rien à la conclusion que la Fondation a obtenu la qualité d'« investisseur » en vertu de cette cession. La cession d'actions de la part de M. Pey Casado ne constituait pas une cession du « *droit de réclamation* » ou « *droit de demande* » (termes utilisés par la défenderesse), mais de la qualité d'« investisseur ». La présente affaire ne soulève pas le problème qui se posait dans l'affaire *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, invoquée par la défenderesse à l'appui de son exception d'incompétence,⁴⁹² dans laquelle, selon le résumé de la défenderesse, « *une entreprise canadienne avait cédé ses droits à une entreprise américaine pour tenter de contourner l'obstacle juridique que représentait le fait que le Canada n'était pas partie à*

⁴⁸⁹ *Fedax N.V. c. Venezuela*, affaire CIRDI n°ARB/96/3, décision sur la compétence du 11 juillet 1997, annexe D5 à la Réplique, para. 40.

⁴⁹⁰ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 203, note 613 : « *C'est là une différence importante en ce qui concerne la situation de Fedax N.V. c. Venezuela, où le Tribunal a qualifié la cession de billets à ordre comme un investissement parce que le cessionnaire avait acquis les billets à ordre pour lesquels il émit ultérieurement une réclamation.* »

⁴⁹¹ Dans ce contexte, le Tribunal arbitral note également que, dans le cas d'espèce, le contrat de cession entre M. Pey Casado et la Fondation Allende prévoyait expressément qu'un des objectifs de la cession était de permettre à la Fondation Presidente Allende de présenter des réclamations liées aux confiscations au Chili en septembre 1973. V. annexe 18 au mémoire des demanderesse du 17 mars 1999.

⁴⁹² V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 198-201. Avis de droit du Professeur Rudolf Dolzer, soumis par la défenderesse au soutien de son contre-mémoire du 3 février 2003, pp. 42-45.

la Convention du CIRDI (alors que les Etats-Unis eux l'étaient). » En effet, 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.⁴⁹³ 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.

544. Cela dit, il est exact que, comme l'a soutenu la défenderesse, la cession des actions n'a transmis que la qualité d'investisseur à la Fondation, 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 Presidente 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 la nationalité au sens de la Convention CIRDI ainsi que le consentement des parties de recourir à l'arbitrage CIRDI pour résoudre leur litige.

2. La condition de nationalité au sens de la Convention CIRDI

545. Il n'est pas douteux, quant à la condition de nationalité, que la Fondation possède la nationalité espagnole, et seulement celle-ci. En outre, vu que le Tribunal arbitral est parvenu à la conclusion que M. Pey Casado a valablement renoncé à la nationalité chilienne, les questions de changement de la nationalité de la demanderesse et du principe de la continuité de la nationalité,⁴⁹⁴ qui ont été soulevés par les parties,⁴⁹⁵ ne se posent pas.

⁴⁹³ *V. Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/00/2, sentence du 15 mars 2002, para. 24, où le Tribunal arbitral décrit ce qui suit : « [...] if *Mihaly (Canada)* had a claim which was procedurally defective against *Sri Lanka* 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 its assignment to *Mihaly (USA)*. To allow such an assignment to operate in favour of *Mihaly (Canada)* would defeat the object and purpose of the ICSID Convention and the sanctity of the privity of international agreements not intended to create rights and obligations for non-Parties. Accordingly, a Canadian claim which was not recoverable, nor compensable or indeed capable of being invoked before ICSID could not have been admissible or able to be entertained under the guise of its assignment. »

⁴⁹⁴ En tout état de cause, le Tribunal arbitral est de l'avis que le principe de continuité de la nationalité, ayant son origine dans le droit de la protection diplomatique, ne peut être appliqué ici et dans le contexte d'arbitrages d'investissement.

546. Il convient cependant de ne pas s'en tenir à cette seule acceptation mais d'examiner si, de manière plus générale, les conditions concernant la nationalité de la deuxième partie demanderesse requises par l'article 25 de la Convention CIRDI sont satisfaites. L'article 25 (2) dispose que « *ressortissant d'un autre État contractant* » signifie, entre autre :

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et tout personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenus, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. »

547. La défenderesse a allégué cependant que, si les statuts de la Fondation énoncent clairement que la nationalité de cette personne juridique est espagnole, parmi les trois fondateurs un seul avait la nationalité espagnole (Monsieur Garcés), un second (Monsieur Martner) étant (exclusivement) chilien et le troisième, M. Pey Casado, est décrit comme double national. Quant au capital de la Fondation, il est en partie chilien et en partie étranger au Chili. D'après la défenderesse, il serait donc douteux que la Fondation ait la nationalité espagnole, étant donné que la Fondation est « *contrôlée par un directoire dont les membres sont dans leur majorité des ressortissants chiliens, et que l'objectif déclaré de la Fondation Président Allende est de présenter des demandes relatives à des confiscations présumées du Gouvernement militaire chilien à partir du 11 septembre 1973 et ceci, au bénéfice du peuple chilien* ». ⁴⁹⁶

548. La question pourrait donc se poser de savoir quels sont les critères déterminant la « *nationalité* » de la personne juridique, une question dont on sait qu'elle a fait l'objet, dans différents domaines (droit international privé, droit international public, par exemple protection diplomatique, nationalisations, condition des étrangers, etc.) de nombreux écrits,

⁴⁹⁵ Pour la position des demandresses, v, exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, pp. 158 et ss. La défenderesse a tiré deux conclusions sur le fondement du principe de la continuité de la nationalité: si la première partie demanderesse, M. Pey Casado, devait être tenu pour ayant eu la nationalité chilienne, la question pourrait se poser de l'opposabilité à la République du Chili du transfert de ses droits et intérêts (y compris les droits procéduraux) à une personne juridique espagnole, la Fondation Président Allende. En revanche, s'il devait être considéré comme n'ayant pas la nationalité chilienne, mais exclusivement la nationalité espagnole, la question d'un changement de la nationalité de la demanderesse ne se poserait évidemment pas.

⁴⁹⁶ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 204.

controverses et jurisprudences, etc. Les critères proposés ou retenus pour déterminer cette « *nationalité* » – qui ne sont pas nécessairement les mêmes selon le domaine considéré – sont essentiellement le lieu de l'incorporation et celui du siège statutaire, celui du siège réel ou effectif ou du centre de l'administration, ainsi que (dans certains domaines), celui du contrôle. Dans le domaine de la protection diplomatique – dont on rappellera qu'il est étranger à la question ici examinée, celle du sens de la Convention CIRDI, la Cour Internationale de Justice, dans la célèbre affaire de la *Barcelona Traction, Light & Power, Limited*,⁴⁹⁷ a écarté la possibilité de « *percer le voile corporatif* » pour définir la nationalité de la société en prenant en compte celle des actionnaires. En l'espèce un tel « *voile* » n'existe pas. La composition des organes de la Fondation est inscrite au Registre du Ministère espagnol de la Culture, lequel est d'accès public, selon la législation relative aux Fondations soumises à la protection de l'État dont il est fait état dans le dossier.

549. Le critère de la nationalité a été adopté par l'article 25 (2) (b) de la Convention CIRDI et il a été appliqué, en conséquence, par les Tribunaux arbitraux CIRDI.⁴⁹⁸ C'est ainsi que dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*, le Tribunal arbitral a considéré que : « *As a general rule, States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality* »⁴⁹⁹ (et non pas celui de la nationalité des actionnaires, sinon dans des circonstances exceptionnelles). De même, le Tribunal arbitral dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*⁵⁰⁰ a justement retenu que : « *the concept of nationality is there a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place of incorporation and the place of the social seat...* » tout en notant que les parties contractantes peuvent prévoir des exceptions (comme le montre l'article 25 para 2 *in fine* de la Convention CIRDI).
550. Par conséquent, la Fondation Presidente Allende, étant incorporée et ayant son siège en Espagne, remplit à l'évidence la condition de la nationalité au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI.

⁴⁹⁷ 2ième phase, jugement du 5 février 1970, C.I.J., Recueil 1970.

⁴⁹⁸ Christoph H. Schreuer, « *Commentary* », ICSID Review Foreign Investment Law Journal 1997, 59, p. 82.

⁴⁹⁹ Affaire n° ARB/82/1, Décision sur la compétence du 1er août 1984, ICSID Report 175-2, pp. 180-181.

⁵⁰⁰ Affaire n° ARB/81/1, Décision sur la compétence du 25 septembre 1983, 1 ICSID Report 396 ; cf. Schreuer op. cit., ICSID Review Foreign Investment Law Journal 12, 1997, 59, pp. 120-121.

3. La condition de consentement

551. En ce qui concerne la condition de consentement, les demanderesses ont soutenu que, pour le successeur ou le cessionnaire d'un investissement, le consentement écrit à la juridiction du Centre n'est pas nécessaire.⁵⁰¹ L'investisseur ayant accordé son consentement, ce consentement étend au cessionnaire la faculté d'être partie à l'arbitrage. Les demanderesses ont également fait référence à la déclaration de M. Pey Casado en date du 2 octobre 1997,⁵⁰² dans lequel M. Pey Casado affirme expressément son consentement pour la Fondation (en tant que président et partie du directoire de la Fondation).⁵⁰³ De plus, en tout état de cause, et malgré le fait qu'aucun consentement de la part de la Fondation n'aurait été nécessaire, la Fondation aurait donné formellement son consentement le 6 octobre 1997.⁵⁰⁴
552. La défenderesse, elle, a soutenu que le Chili n'avait pas consenti à l'arbitrage concernant la demande de la Fondation Allende. De plus, la Fondation, elle, n'aurait pas donné son consentement selon la forme établie par la Convention CIRDI non plus⁵⁰⁵ (il s'agit ici surtout de l'argument concernant l'absence allégué de consultations amiables, argument que le Tribunal arbitral va discuter dans la partie « *Fins de Non-Recevoir* » ci-dessous).
553. De l'avis du Tribunal arbitral, il est clair que la Fondation Presidente Allende a consenti à l'arbitrage (à l'exclusion de ce qui concernait la rotative Goss) le 6 octobre 1997.⁵⁰⁶

⁵⁰¹ Requête d'arbitrage, p. 4 : « *La doctrine admet l'accès à l'arbitrage du CIRDI dans l'hypothèse d'une cession spontanée de droits de la part d'un Investisseur personne physique.* » ; mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, p. 30 ; réponse des demanderesses au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, pp. 127-128 ; réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence du 7 février 2000, p. 21 ; transcription de l'audience du 4 mai 2000, pp. 77-78 (Me Garcés).

⁵⁰² Annexe 10 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

⁵⁰³ Réponse des demanderesses au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, pp. 128-129.

⁵⁰⁴ Requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 4 ; mémoire des demanderesses du 17 mars 1999, p. 36 ; réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, p. 128 ; réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence du 7 février 2000, p. 21.

⁵⁰⁵ Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, pp. 117-120.

⁵⁰⁶ V. annexe 2 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

554. Le consentement de la défenderesse à l'arbitrage étant donné par l'API, il convient de vérifier si les conditions d'application de l'API sont réunies.

a) La condition d'investissement au sens de l'API

555. La première question à examiner est celle de savoir si la Fondation Presidente Allende possède la qualité d'investisseur au sens de l'API. Comme l'a affirmé dans cette procédure le Professeur Dolzer :

*« Unlike a commercial contract, a BIT is a treaty between States containing the host State's a priori consent to resolve by international arbitration disputes with a strictly circumscribed group of persons, described in the Chile-Spain BIT as ' l'investisseur de l'autre Partie.' If the claimant does not fall within this group, its claim simply is not covered by the host State's consent ».*⁵⁰⁷

556. Il convient de rappeler que l'article 1.2 de l'API prévoit une notion très large d'« *investissement* » en stipulant :

« Par ' investissements ' on désigne toutes sortes d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement et en particulier, encore que non exclusivement, les suivants :

Actions et autres formes de participation dans les sociétés. [...]»

557. Au regard de cette définition très large, incluant « *toutes sortes d'avoirs* », et vu le fait que l'API stipule expressément que les « *actions et autres formes de participation dans les sociétés* » constituent un « *investissement* », la Fondation Presidente Allende peut, de l'avis du Tribunal arbitral, être considérée comme « *investisseur* » en vertu de l'API, et cela même en examinant la position de la Fondation de manière « *indépendante* » et en soi, c'est-à-dire abstraction faite de la cession de droits opérée en sa faveur par M. Pey Casado. Le seul fait d'être propriétaire des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda justifie la qualité d'investisseur de la Fondation.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ Avis de droit du Professeur Rudolf Dolzer, soumis par la défenderesse au soutien de son contre-mémoire du 3 février 2003, p. 44.

⁵⁰⁸ L'article 1.1 de l'API n'exclut pas de la définition d'investisseur les personnes morales dont les activités ne seraient pas à caractère lucratif, et que les parties demanderesses ont invoqué la clause de la nation la plus favorisée en rapport avec des API ratifiés par le Chili ayant défini les Fondations comme des « *investisseurs* » (par exemple avec l'Allemagne, article 4). Selon cette thèse, la Fondation a au Chili des intérêts à portée économique, culturelle, sociale et humanitaire. Elle aurait donc en elle-même la qualité d'investisseur en vertu de l'article 1er de l'API et, à titre subsidiaire, de la clause de la nation la plus favorisée

558. Cette conclusion est renforcée par le fait que, en tout état de cause, la Fondation Allende a obtenu la qualité d'investisseur par la cession de la part de l'investisseur initial, M. Pey Casado, d'une grande partie de son investissement. A ce propos, les mêmes règles que le Tribunal arbitral a énoncées quant à la notion d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI s'appliquent. Compte tenu de la rédaction très large de l'API, une interprétation plus stricte ne se justifierait pas. En particulier, l'API ne requiert pas que l'investisseur ait fait l'investissement lui-même, ce qui laisse ouverte la possibilité qu'un investissement (et la qualité d'investisseur) puisse résulter d'une cession de la part de l'investisseur initial.

559. Le Tribunal arbitral note, en passant, qu'une solution très similaire a été appliquée par le Tribunal arbitral dans l'affaire *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic* qui a trouvé que :

« The acquired shares, including all rights and legal entitlements, are protected under the Treaty. Upon the acquisition, the Claimant's predecessor became the owner of the investment in the Czech Republic. The Treaty does not distinguish as to whether the investor made the investment itself or whether the investor acquired the predecessor's investment. In this respect, Article 8 of the Treaty defines an investment dispute as existing if a dispute concerns an investment of the investor. Article 1 of the Treaty clearly spells out that an investment comprises every kind of asset invested either directly or through an investor of a third State, which makes it clear that the investor need not make the investment himself to be protected under the Treaty. »

560. Pour ces raisons, de l'avis du Tribunal arbitral, la deuxième partie demanderesse satisfait la condition d'investissement au sens de l'API.

b) La condition de nationalité au sens de l'API

561. L'article 1.1 de l'API définit le terme « investisseur » comme :

« [...] les personnes physiques ou ressortissants nationaux, selon le droit de la Partie correspondante, et les personnes morales, y compris les compagnies, associations de compagnies, sociétés commerciales et autres organisations qui se trouveraient constituées ou, selon le cas, dûment organisées conformément

de l'API Espagne-Chili en rapport avec l'article 1.2.b de l'API Chili-Australie. L'argument ne saurait prospérer, la satisfaction des conditions d'application du traité sur le fondement duquel l'action est introduite devant être constatée avant même que l'investisseur ne puisse se prévaloir de la clause de la nation la plus favorisée.

au droit de cette Partie et qui auraient leur siège dans le territoire de cette dernière, nonobstant le fait qu'elles appartiennent à des personnes physiques ou juridiques étrangères. »

562. L'API Espagne-Chili a donc retenu le double critère de l'incorporation et du siège. Ces critères sont réunis en ce qui concerne la Fondation Presidente Allende.

c) La condition d'application *ratione temporis* de l'API

563. Le Tribunal arbitral a analysé la question d'applicabilité *ratione temporis* de l'API en détail ci-dessus et il a conclu que les trois différends invoqués par les parties demanderesses sont bien survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API. Il est en conséquence compétent *ratione temporis* pour en connaître.

564. Il convient de rappeler brièvement que les trois différends en questions sont : (i) le différend de 1995 concernant la demande en restitution des 40.000 actions de la société CPP S.A. ; (ii) le différend de 2000 concernant la Décision n°43 ; et (iii) le différend de 2002 concernant le déni de justice allégué par les parties demanderesses.

565. Le Tribunal arbitral considère que les conclusions auxquelles il est arrivé ci-dessus quant à sa compétence *ratione temporis* pour connaître des demandes de la première partie demanderesse s'appliquent également aux demandes faites par la seconde partie demanderesse, la Fondation Presidente Allende. Les trois différends en question ont été introduits dans cette instance par les deux parties demanderesses et ils sont nés aux mêmes dates pour la Fondation Allende que pour M. Pey Casado. Cela est évident à propos des différends de 2000 et de 2002, qui sont nés après que la présente instance avait été introduite. En ce qui concerne le différend de 1995, concernant la demande en restitution des 40,000 actions de la société CPP S.A., il convient de rappeler les faits suivants, qui montrent que le différend est bien surgi en même temps pour M. Pey Casado et pour la Fondation Presidente Allende.

566. M. Pey Casado revendiquait le 20 novembre 1995 et le 10 janvier 1996 100% des droits de CPP S.A., ce qui incluait le pourcentage transféré à la Fondation. Ainsi le Ministre des biens nationaux avait répondu le 20 novembre 1995 en tenant compte du fait que la réclamation de M. Pey Casado portait sur la totalité des biens de CPP S.A., M. Pey Casado agissait de la sorte en vertu de l'accord du 20 décembre 1994, intervenu entre lui-même et

le Conseil des Fondateurs de la Fondation, accord incorporé aux minutes d'un notaire à Madrid. Cet accord avait été communiqué au Centre le 19 décembre 1997. Le Tribunal arbitral observe que la mise à exécution de cet accord a bien été faite. C'est ainsi que :

- La Requête introduite par M. Pey Casado en 1995 avait été faite avec l'accord de la Fondation, auprès de la Huitième Chambre criminelle de Santiago, pour la restitution de la totalité des 40.000 titres originaux de CPP S.A., de leur transfert signé en blanc et des justificatifs de leur paiement.⁵⁰⁹
- La Requête introduite par M. Pey Casado avait été faite avec l'accord de la Fondation, auprès de la Première Chambre civile de Santiago, en 1995, en réclamation de la restitution de la totalité de la puissante rotative GOSS.⁵¹⁰

567. Pour ces raisons, le Tribunal estime que les conclusions auxquelles il est arrivé quant à sa compétence *ratione temporis* pour connaître des demandes de M. Pey Casado s'appliquent également aux demandes faites par la Fondation Presidente Allende et qu'il est donc compétent *ratione temporis* pour connaître des trois différends invoqués par la Fondation Presidente Allende.

4. Conclusion

568. En résumé, la seconde partie demanderesse a établi, aux yeux du Tribunal arbitral, qu'elle remplissait bien les conditions posées pour la compétence tant par l'article 25 de la Convention CIRDI que par l'API. Il en résulte dès lors que le Tribunal arbitral est compétent pour statuer sur le fond du litige pour ce qui concerne la deuxième partie demanderesse, la Fondation Presidente Allende.

⁵⁰⁹ V. annexe 21 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

⁵¹⁰ V. annexes C-105 et C-106, et les extraits de ladite procédure produits par le Chili après la clôture de la procédure orale le 5 mai 2000 et dont la version française a été produite après les audiences des 29 et 30 octobre 2001.

VI. LES FINS DE NON-RECEVOIR - L'ABSENCE ALLEGUEE DE CONSULTATIONS AMIABLES DE LA PART DE LA FONDATION PRESIDENTE ALLENDE

569. Il y a lieu de mentionner brièvement un dernier argument soulevé par la défenderesse, de manière quelque peu subsidiaire, relativement à l'absence alléguée des consultations amiables de la part de la Fondation Presidente Allende, consultations qui, à son avis, auraient dû constituer un préalable au dépôt de la requête d'arbitrage.⁵¹¹

570. L'argument de la défenderesse est fondé sur l'article 10 de l'API qui dispose :

« 1. Toute controverse relative aux investissements, au sens du présent Traité, entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante sera, dans la mesure du possible, résolue par des discussions amiables entre les deux parties à la controverse.

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

Soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans la controverse ;

Soit à un arbitrage international dans les conditions décrites au paragraphe 3. [...] »

571. De l'avis du Tribunal arbitral, l'objection de la défenderesse ne peut pas être retenue pour deux raisons. En fait et d'abord parce que M. Pey Casado a tenté de diverses manières de telles consultations. La défenderesse a soutenu à ce propos que lesdites tentatives avaient été faites par M. Pey Casado « à titre exclusivement personnel » et que les lettres en question « n'ont en aucune façon agi au nom, ou pour le compte de la Fondation Allende, laquelle n'est même pas mentionnée dans ledit courrier ». ⁵¹² D'après les demanderesse, « M. Casado a agi non seulement pour lui, mais pour la Fondation Allende, comme il l'a toujours fait depuis que la Fondation a existé et, ceci en vertu d'un pouvoir parfaitement enregistré et connu ». ⁵¹³

⁵¹¹ V., par exemple, mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, pp. 112-126, 142-143 ; contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 205-208.

⁵¹² Transcription de l'audience du 3 mai 2000, p. 47 (Me Brower).

⁵¹³ Transcription du 4 mai 2000, p. 98-99 (Me Malinvaud) ; v. aussi pp. 74-77 (Me Garcés).

572. De l'avis du Tribunal arbitral, les tentatives de consultations ont bien été faites de la part de M. Pey Casado pour les deux parties demandereses. Il est pourtant superflu d'entrer en cette discussion vu que, en tout état de cause, compte tenu du nombre et de la nature des mesures (de dépossession et autres) prises contre M. Pey Casado et de l'absence de réponse de la Présidence et d'autres autorités chiliennes à ses demandes,⁵¹⁴ compte tenu enfin de la politique générale du Gouvernement chilien à son égard (tant avant qu'après novembre 1997, date du dépôt de la requête), M. Pey Casado et la Fondation Président Allende étaient tous deux en droit de considérer que des consultations amiables n'auraient aucune chance de succès et seraient à l'évidence vouées à l'échec (« *obviously futile* ») (pour transposer ici une formule classique en matière d'épuisement des recours internes).
573. Ensuite, en droit, l'objection de la défenderesse ne peut pas être retenue parce que l'exigence de consultations préalables amiables ou de tentatives de conciliation (selon une formule souvent incluse dans les traités bilatéraux d'investissement comme en maints accords comportant des clauses d'arbitrage) n'a en général et dans le présent litige aucun caractère impératif ou contraignant, mais plutôt et seulement le caractère d'une simple recommandation procédurale, voire d'une clause de style diplomatique.⁵¹⁵

VII. RESPONSABILITE DE L'ETAT POUR LES VIOLATIONS DE L'API

574. Avant d'examiner le bien fondé des violations alléguées par les demandereses, le Tribunal arbitral doit encore se déterminer sur l'application dans le temps des dispositions de fond de l'API.

⁵¹⁴ V. aussi à ce sujet la section consacrée au déni de justice et à l'absence de « *traitement juste et équitable* » ci-dessous.

⁵¹⁵ Cf. par exemple la décision du Tribunal CIRDI dans l'affaire *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Islamic Republic of Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/01/03, où il est dit notamment que « *compliance with such a requirement is...not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction.* » V. aussi la sentence dans l'affaire *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Algérie*, affaire CIRDI n°ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005, para. 32, où il est dit que « [...] *la condition examinée n'a pas un caractère absolu et [...] l'on devrait pouvoir en faire abstraction dans des cas où il apparaîtrait à l'évidence qu'une tentative de conciliation serait d'emblée vouée à l'échec, en raison de l'attitude manifestée de manière définitive par l'autre partie* » ; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi S.A. c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/03/29, décision du 15 novembre 2005, où le Tribunal arbitral « *agrees with the view that the notice requirement does not constitute a prerequisite to jurisdiction. Contrary to Pakistan's position, the non-fulfillment of this requirement is not 'fatal to the case of the claimant.'* »

A. Application dans le temps des dispositions de fond de l'API

575. Bien que les écritures et les explications orales des parties sur ce point n'aient pas toujours été d'une parfaite clarté, le Tribunal constate que les parties s'opposent sur les conditions d'application dans le temps des dispositions de fond de l'API. Les demanderesses soutiennent à titre principal qu'il suffit que la controverse entre les parties soit survenue postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API pour que les dispositions de fond de ce dernier soient applicables rétroactivement à des violations antérieures à son entrée en vigueur. Elles prétendent à titre subsidiaire que les violations alléguées antérieures à l'entrée en vigueur du traité constituent un fait illicite continu ou des éléments d'un fait illicite composite dont la durée s'étend au-delà de l'entrée en vigueur du traité et auxquels les dispositions de fond du traité sont applicables.⁵¹⁶

576. Le Tribunal examinera tour à tour chacune de ces deux prétentions.

1. La survenance d'une controverse postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API suffit-elle pour que les dispositions de fond de ce dernier s'appliquent rétroactivement à la cause ?

a) Position des parties

577. Après avoir rappelé la nécessité de distinguer la compétence *ratione temporis* du Tribunal de l'applicabilité *ratione temporis* des obligations de fond contenues dans l'API, la défenderesse pose en principe que « *tout acte supposé d'expropriation qui serait intervenu avant l'entrée en vigueur de l'API reste hors de l'application de [cet] API, même s'il y a au sein de l'API une [clause] des investissements préexistants [i.e. article 2.2]* ». ⁵¹⁷ Elle demande au Tribunal de distinguer « *l'application rétroactive d'un traité* » de ce qu'elle appelle « *l'aspect rétrospectif d'une obligation dans un traité* » et dont relèvent les dispositions de l'article 2.2. La défenderesse estime ainsi que l'article 2.2 n'a pour autre objet que de prévoir que les investissements réalisés avant l'entrée en vigueur de l'API sont protégés par ce dernier de la même manière que les investissements réalisés postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API ; le fait que les conditions de l'article 2.2

⁵¹⁶ V. le résumé de l'argumentation des parties demanderesses présenté lors de l'audience du 15 janvier 2007 (transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 84 (Me Malinvaud)).

⁵¹⁷ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 12 et 13 (Me Di Rosa).

puissent être satisfaites ne confère aucun effet rétroactif à l'API.⁵¹⁸ L'emploi du futur dans le traité militerait en outre contre l'application des dispositions de fond à des actes antérieurs à son entrée en vigueur.⁵¹⁹ La défenderesse considère enfin que les dispositions de fond de l'API ne pourraient être applicables à des actes de l'Etat antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API que si celui-ci contenait une disposition expresse prévoyant son application rétroactive, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.⁵²⁰

578. Selon les demanderesses, l'article 2.2 de l'API constitue une dérogation au principe de non-rétroactivité énoncé par l'article 28 de la Convention de Vienne puisqu'il permet d'appliquer l'API « *aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur* ». ⁵²¹ L'application combinée des paragraphes 2.2 et 2.3 permettrait de conclure que « *le Traité [l'API] peut s'appliquer à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité* » ⁵²² car l'API ne contient « *aucune date butoir excluant de son champ d'application des faits (actes de dépossession) à l'origine d'une controverse* ». ⁵²³ Dès lors qu'une controverse est née entre les parties en 1995, postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, les dispositions de fond de ce dernier sont applicables à des faits antérieurs à son entrée en vigueur. ⁵²⁴

b) Conclusions du Tribunal

579. Le paragraphe 2.2 de l'API Espagne-Chili dispose simplement que les investissements antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API peuvent être couverts par ce dernier. Il ne préjuge

⁵¹⁸ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 138 et p. 140. Lors de l'audience du 15 janvier 2007, la défenderesse a fait valoir que l'article 2.2 ne concerne pas en réalité la compétence *ratione temporis* mais plutôt la compétence *ratione materiae* du Tribunal (v. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 9 (Me Di Rosa)).

⁵¹⁹ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 14 (Me Di Rosa).

⁵²⁰ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 14 et p. 11 (Me Di Rosa). La défenderesse affirme également que « *le Traité ne s'applique pas à des actes de l'Etat antérieurs à l'entrée en vigueur de l'accord* » (transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 8 (Me Di Rosa)).

⁵²¹ Réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 24. V. également la réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 237, note 430.

⁵²² Réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 24.

⁵²³ Dossier de plaidoiries des parties demanderesses relatif aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, pp. 21-22.

⁵²⁴ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 84 (Me Malinvaud).

pas de l'applicabilité des dispositions de fond de l'API aux violations alléguées et ne peut être interpréter comme conférant un effet rétroactif à l'API permettant de l'appliquer aux violations antérieures à son entrée en vigueur.

580. Ainsi que l'a relevé le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire *SGS c. Philippines* :

*« According to Article II of the BIT, it applies to investments 'made whether prior to or after the entry into force of the Agreement'. Article II does not, however, give the substantive provisions of the BIT any retrospective effect. The normal principle stated in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties applies: the provisions of the BIT 'do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty' ».*⁵²⁵

581. L'interprétation selon laquelle l'article 2.2 de l'API conférerait un effet rétroactif aux dispositions de fond de l'API serait contraire au principe de non-rétroactivité posé par la Convention de Vienne (art. 28) :

« [à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ».

582. Si, conventionnellement, les parties sont autorisées à déroger au principe de non-rétroactivité, cette dérogation ne saurait être présumée. Elle signifie en effet que l'Etat accepte de protéger les investissements postérieurs et antérieurs au traité et surtout que l'Etat s'engage à avoir respecté les obligations du traité vis-à-vis des investissements accomplis sur son territoire, avant même la date l'entrée en vigueur du traité.⁵²⁶ Un tel

⁵²⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, affaire CIRDI n° ARB/02/6, décision sur la compétence du 29 janvier 2004, para. 166. L'Article II de l'Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, intitulé « *Champ d'application* », est rédigé dans les termes suivants : « *Le présent Accord est applicable aux investissements effectués sur le territoire d'une Partie contractante, conformément à ses lois et règlements, par des investisseurs de l'autre Partie contractante, avant ou après son entrée en vigueur* ».

⁵²⁶ Le Tribunal relève que l'investisseur ne pouvait pas compter sur la possibilité d'un recours fondé sur un API qui n'existait pas à l'époque de son investissement ni à celle des violations alléguées de 1973-1977. V. la remarque du Tribunal dans l'affaire *Lucchetti* à propos de l'investisseur: « *[The investor] cannot say that it made its investment in reliance on the BIT, for the simple reason that the treaty did not exist until years after Lucchetti had acquired the site, built its factory, and was well into the second year of full production. It cannot conceivably contend that it invested in reliance on the existence of this international remedy* » (*Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/03/4, sentence du 7 février 2005, para. 61).

engagement de se reconnaître responsable d'agissements qui ont déjà eu lieu au moment où le traité entre en vigueur ne saurait être présumé.⁵²⁷

583. La partie demanderesse voit pourtant dans l'article 2.3 de l'API « *une dérogation expresse à ce que l'on pourrait appeler une application rétroactive du Traité* ». ⁵²⁸ Le Tribunal ne partage pas cette analyse. Le fait d'affirmer expressément à l'article 2.3 que l'API ne s'applique pas aux *différends* survenus antérieurement à son entrée en vigueur ne signifie pas, même implicitement, que l'API pourrait s'appliquer à toutes les *violations* commises avant son entrée en vigueur. Cela reviendrait à renverser le principe posé à l'article 28 de la Convention de Vienne et constamment réaffirmé en jurisprudence.
584. Comme l'a justement rappelé le Tribunal constitué dans l'affaire *Mondev*, « *The basic principle is that a State can only be internationally responsible for breach of a treaty obligation if the obligation is in force for that State at the time of the alleged breach. The principle is stated both in the Vienna Convention on the Law of Treaties and in the ILC's Articles on State Responsibility, and has been repeatedly affirmed by international tribunals* ». ⁵²⁹ Le Tribunal ne voit en l'espèce aucune raison de déroger à ce principe. La formulation au futur des obligations de fond de l'API⁵³⁰ est du reste un indice supplémentaire de l'inapplicabilité de ces obligations à des faits survenus lorsqu'elles n'existaient pas.⁵³¹
585. Au total, l'argument de la partie demanderesse ne tient pas compte de la distinction, pourtant essentielle, entre la compétence *ratione temporis* du Tribunal et l'applicabilité *ratione temporis* des dispositions de fond du traité. Ces deux exigences doivent être satisfaites l'une et l'autre pour que la responsabilité internationale de l'Etat puisse être engagée sur le fondement du traité. L'existence d'une controverse postérieure à l'entrée en

⁵²⁷ Ainsi que le relève l'auteur du commentaire des articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, « *les cas d'acceptation rétroactive de la responsabilité sont très rares* » (James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, Pedone, 2003, p. 159).

⁵²⁸ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 84 (Me Malinvaud).

⁵²⁹ *V. Mondev International Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/2, sentence finale du 11 octobre 2002, para. 68.

⁵³⁰ V. par exemple, les articles 3, 4, 5 et 6 de l'API Espagne-Chili.

⁵³¹ *V. Tradex Hellas S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/94/2, décision sur la compétence du 24 décembre 1996, para. 65, *JDI*, 2000.151, spéc. p. 155 et ss. V. également *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB (AF)/00/2, sentence finale du 29 mai 2003, para. 65.

vigueur de l'API ne peut à elle seule entraîner l'application rétroactive automatique des dispositions de fond de l'API en question. L'API Espagne-Chili ne contient aucun article de nature « *dérogatoire* », susceptible de permettre l'application de ses dispositions de fond à des faits antérieurs à son entrée en vigueur.

586. Les demanderesses font valoir cependant à titre subsidiaire que les violations que l'Etat défendeur aurait commises avant l'entrée en vigueur de l'API ont un caractère continu ou constituent un élément d'un fait composite illicite et se seraient poursuivies au-delà de l'entrée en vigueur. Elles en concluent que les dispositions de fond de l'API seraient applicables au fait illicite continu ou au fait illicite composite allégués.

2. Les violations alléguées antérieures à l'entrée en vigueur de l'API constituent-elles un fait illicite continu ou des éléments d'un fait illicite composite auxquels les dispositions de fond de ce traité sont applicables ?

587. Avant d'exposer la position des parties et les conclusions du Tribunal sur ce point, il convient de procéder à un bref rappel des principaux faits pertinents.

a) Rappel des faits pertinents

588. Le 11 septembre 1973, les biens de M. Pey Casado, y compris les biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda, sont saisis par les forces armées chiliennes.⁵³² Une série de décrets est ensuite adoptée sur la période 1973-1977.

589. Ainsi, le décret-loi n°77 du 13 octobre 1973 déclare illicites et dissouts « *les partis, entités, groupements, factions ou mouvements [d'affiliation marxiste], 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* ». ⁵³³ Le décret prévoit également que les biens des entités dissoutes passeront en pleine propriété de l'Etat. ⁵³⁴ Un décret suprême n°1726 du 3 décembre 1973 est adopté en

⁵³² V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 65. V. également la transcription de l'audience du 6 mai 2003, p. 453, Me Di Rosa qui estime que « *la confiscation [et non pas seulement la saisie] a eu lieu en 1973* ».

⁵³³ Décret loi n°77 du 8 octobre 1973 déclarant illicites et dissolvant les partis politiques indiqués, article 1 (annexe 17 au mémoire des demanderesses, du 17 mars 1999).

⁵³⁴ *Id.*

vue de l'application de l'article 1 du décret-loi n°77 et prévoit que le Ministre de l'intérieur est chargé d'identifier les entités visées par le décret-loi. S'agissant des personnes physiques, le Ministre de l'intérieur déclarera de la même façon la mise à l'étude de leur situation patrimoniale⁵³⁵. C'est le décret exempté n°276 du 21 octobre 1974 qui applique les dispositions du décret-loi n°77 aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Il déclare également la mise à l'étude de la situation patrimoniale de MM. Dario Sainte Marie, Osvaldo Sainte Marie, Victor Pey Casado, Mario Osses Gonzalez, Emilio Gonzalez Gonzalez, Jorge Venegas Venegas et Ramon Carrasco Peña.⁵³⁶

590. Se référant notamment au décret exempté n°276,⁵³⁷ le décret suprême n°165 du 10 février 1975 déclare dissoutes les sociétés CPP S.A. et EPC Ltda⁵³⁸ et prévoit que leurs biens meubles et immeubles, dont une liste est dressée dans le décret, passent en pleine propriété à l'Etat.⁵³⁹
591. Le décret suprême n°580 du 24 avril 1975, d'une part, modifie le décret suprême n°165 pour y ajouter un bien immeuble⁵⁴⁰ et, d'autre part, déclare que M. Pey Casado se trouve dans la situation prévue à l'article 1.2 du décret-loi n°77.⁵⁴¹ Ce décret transfère également à l'Etat la propriété de certains fonds déposés auprès de l'Association d'épargne et de prêts Ahorromet appartenant à M. Pey Casado.⁵⁴²

⁵³⁵ Décret suprême n°1726 approuvant le règlement en vue de l'application de l'article 1 du décret-loi n°77 de 1973 (annexe 73 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003).

⁵³⁶ Décret exempté n°276 du 9 novembre 1974 (annexe 74 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003).

⁵³⁷ Décret suprême n°165 du Ministère de l'intérieur du 10 février 1975, para. 5 du préambule (annexe 1 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999). Le décret suprême n°165 vise également les dispositions des décrets-lois n°1, 77, 128 de 1973 et 527 de 1974.

⁵³⁸ Décret suprême n°165 du Ministère de l'intérieur du 10 février 1975, article 1 (annexe 1 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999).

⁵³⁹ Décret suprême n°165 du Ministère de l'Intérieur du 10 février 1975 (annexe 1 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999), articles 2, 3 et 4. Le Tribunal note que l'article 3 prévoit non pas l'expropriation d'un bien immeuble mais celui du droit à indemnisation prévu par le décret-loi n°93 du 20 octobre 1973 pour compenser l'expropriation d'un immeuble qui appartenait à la société CPP S.A. (v. décret-loi n°93 du 20 octobre 1973, articles 3 à 9, annexe 3 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999).

⁵⁴⁰ Décret suprême n°580 du 24 avril 1975, article 1 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

⁵⁴¹ Décret suprême n°580 du 24 avril 1975, article 3 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

⁵⁴² Décret suprême n°580 du 24 avril 1975, article 4 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

592. Enfin, le décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977 vient compléter le décret suprême n°580 en déclarant que « *passent en pleine propriété à l'Etat les biens meubles et immeubles, droits et actions, appartenant audit Pey Casado, et en particulier, la totalité des fonds investis en certificats d'épargne indexés de la Banque centrale du Chili* ». ⁵⁴³ Ce même décret transfère en outre la propriété de tous les droits et actions de M. Pey Casado dans la société Socomer Ltda et ses filiales. ⁵⁴⁴
593. Le Tribunal relève qu'un certain nombre de ces décrets a été annulé par les juridictions internes chiliennes. Ainsi, dans un jugement du 13 janvier 1997, la 21^{ème} Chambre civile de Santiago a déclaré « *atteints de nullité de droit public* » pour violation de l'article 4 de la Constitution de 1925 le décret exempté n°276 du 9 novembre 1974, le décret suprême n°580 du 24 avril 1975 et le décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977. ⁵⁴⁵ La Cour a en conséquence ordonné la « *restitution au demandeur [M. Pey Casado] des biens qui lui furent pris et mis sous séquestre* ». Ces biens sont distincts de ceux des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. A la connaissance du Tribunal, le décret suprême n°165 est toujours en vigueur.
594. M. Pey Casado ayant été contraint de quitter le Chili et n'ayant pu y retourner qu'en 1989⁵⁴⁶, il ne formule sa première demande de restitution des biens confisqués qu'en septembre 1995. ⁵⁴⁷ Le 4 octobre 1995, il se porte par ailleurs devant les tribunaux chiliens pour obtenir la restitution de la rotative Goss. ⁵⁴⁸ Le 20 novembre 1995, le ministère des

⁵⁴³ Décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977, article 2 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

⁵⁴⁴ Décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977, article 2 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997). V. également la communication secrète entre le Ministre des terres et de la colonisation et le Ministre de l'intérieur du 10 novembre 1977 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

⁵⁴⁵ Jugement du 13 janvier 1997 de la 21^{ème} Chambre civile de Santiago (Produit avec la communication des parties demanderesse du 19 décembre 1997). Les biens en question sont distincts de ceux des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour suprême du Chili du 14 mai 2002 (annexe C-138). La défenderesse remarque que le décret suprême n°16 du 8 janvier 1979 prévoyait déjà que le Décret suprême n°1200 ne produirait dorénavant pas d'effet en ce qui concerne les droits et les actions qui correspondent à Victor Pey Casado dans l'entreprise Socomer Ltda et ses entreprises associées (annexe 78 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003).

⁵⁴⁶ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 26 : « *Le 4 mai 1989, M. Pey revient pour la première fois au Chili depuis son départ en 1973* ».

⁵⁴⁷ Annexe 22 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

⁵⁴⁸ Demande initiale de M. Pey Casado du 4 octobre 1995 devant la 1^{ère} Chambre civile du Tribunal de Santiago (annexe 48 au contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003). V. *supra* paras.459 et ss.

biens nationaux informe M. Pey Casado que la loi d'indemnisation qui permettra de traiter les situations comparables à celle de M. Pey Casado n'a pas encore été promulguée.⁵⁴⁹ Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République, sans obtenir de réponse.⁵⁵⁰ Le 3 novembre 1997, les demanderesse déposent leur requête d'arbitrage auprès du CIRDI.⁵⁵¹

595. Le 25 juin 1998 est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'Etat à travers les décrets-lois n°12, 77 et 133 de 1973, n°1697 de 1977 et n°2436 de 1978. Les parties demanderesse vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (*fork-in-the-road*) contenue dans l'API Espagne-Chili.⁵⁵²
596. Le 28 avril 2000, Le Ministre des biens nationaux rend 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 Ltda.⁵⁵³ Cette décision accepte cependant d'indemniser des requérants autres que

⁵⁴⁹ Annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

⁵⁵⁰ V. requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 8 et annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

⁵⁵¹ Après l'échec de l'offre de consultations amiables formulée par M. Pey Casado le 30 avril 1997 (annexes 11 et 12 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997), M. Pey Casado et la Fondation Président Allende ont exprimé leur consentement à l'arbitrage respectivement le 2 et le 6 octobre 1997 (annexe 10 et 2 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997). Dans la lettre exprimant son consentement à l'arbitrage, M. Pey a bien précisé que la question relative à la restitution de la rotative était exclue : « [...] le présent consentement inclut dans son champ d'application toutes et chacune des controverses juridiques découlant de la confiscation de mes investissements commerciaux cités [ci-dessus], à la seule exception de celle relative à la restitution pure et simple – ou, à défaut, [paiement] de la valeur de remplacement correspondante – de la machine rotative GOSS, achetée en 1972 et installée au siège du journal CLARIN. Le consentement inclut toutefois la controverse juridique relative à tous les préjudices découlant de la mainmise sur ladite rotative, consistant en *damnum emergens*, *lucrum cessans* et *intérêts compensatoires* ».

⁵⁵² Lettre des parties demanderesse au Ministre des biens nationaux du 24 juin 1999 (annexe C-32).

⁵⁵³ Le Ministre des biens nationaux a pu considérer que « les biens identifiés ci-dessus furent confisqués à CPP SA, propriétaire à 99% de EPC Ltée., ainsi qu'à cette dernière, en application du D.L. N°77 de 1973 pris par le Ministère de l'Intérieur, lequel a dissous les sociétés considérées prête-noms de partis politiques déterminés qui y étaient spécifiés, et a disposé de leur biens. Ce qui vient d'être exposé est confirmé par la lecture d'une copie des décrets confiscatoires eux-mêmes : N°165 du Ministère de l'Intérieur, en date du 10 février 1975, et N°580 du même Ministère en date du 24 avril, de cette même année, et d'une copie des inscriptions respectives des immeubles indiqués au nom du Fisc du Chili dans le Registre de la Propriété du conservateur des Hypothèques compétent » (décision n°43 du 28 avril 2000, produite avec la communication des parties demanderesse au CIRDI du 11 mai 2000).

les parties demandereses pour la confiscation des biens en question. Le Ministre des biens nationaux maintiendra la Décision n°43 que les demandereses contesteront en vain.⁵⁵⁴

597. Le Tribunal se propose, après ce bref rappel des faits pertinents, d'examiner les prétentions des parties relatives à l'applicabilité des dispositions de fond de l'API.

b) Position des parties

598. Dans le dernier état de leur argumentation, les demandereses font valoir que le Tribunal se trouve en présence soit d'un fait illicite continu, soit d'un fait illicite composite et auxquels seraient applicables les dispositions de fond de l'API.⁵⁵⁵ Se fondant essentiellement sur des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, les demandereses qualifient « l'expropriation de 1975-1977 »⁵⁵⁶ et la Décision n°43⁵⁵⁷ de violations continues, contraires notamment à l'article 5 de l'API.⁵⁵⁸ Les demandereses prétendent ainsi que le caractère continu de l'expropriation des biens litigieux résulte de la nullité du décret n°165 adopté en 1975. Le décret litigieux serait nul au regard du droit interne, la Cour suprême ayant elle-même déclaré nuls un certain nombre d'autres décrets de la même époque et relatifs à d'autres biens de M. Pey Casado.⁵⁵⁹ Les demandereses avancent également que

⁵⁵⁴ V. la correspondance entre les parties demandereses, le Ministre des biens nationaux et le *Contralor general*: lettre de J. Garcés au nom de Victor Pey Casado et de la Fondation Président Allende au Ministre des biens nationaux du 24 juin 1999 (annexe C-32), lettre des parties demandereses au Ministère des biens nationaux et au *Contralor* du 6 mai 2000 (communication des parties demandereses au CIRDI du 4 janvier 2001), lettre du Ministre des biens nationaux aux parties demandereses du 14 juillet 2000 relative à la légalité de la décision n°43 (communication des parties demandereses au CIRDI du 27 avril 2001), lettre des parties demandereses au Ministre des biens nationaux du 18 juillet 2000 (communication des parties demandereses au CIRDI du 27 avril 2001), lettre des parties demandereses au *Contralor* du 25 juillet 2000 (communication des parties demandereses au CIRDI du 27 avril 2001), et lettre du *Contralor* aux parties demandereses du 22 novembre 2000 relative à la légalité de la décision n°43 (communication de la défenderesse au CIRDI du 18 décembre 2000).

⁵⁵⁵ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 87 et ss (Me Malinvaud).

⁵⁵⁶ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 90-91 (Me Malinvaud). V. réplique des demandereses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 237 et ss (l'argumentation des parties demandereses a parfois manqué de clarté : elles ont ainsi invoqué la qualification de « *fait illicite composite continu* »).

⁵⁵⁷ Réplique des demandereses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 20. La décision n°43 a également été qualifiée de violation des articles 3, 4 et 5 de l'API par les parties demandereses : « *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* » (exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 125).

⁵⁵⁸ V. mémoire des demandereses du 17 mars 1999, p. 39 et la réplique des demandereses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003.

⁵⁵⁹ V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 77. Il s'agit des décrets n°276 de 1974, n°580 de 1975 et n°1200 de 1977 (v. Jugement du 13 janvier 1997 de la 21ème Chambre Civile de

le décret n°165 serait contraire au droit international et insistent notamment sur la solution adoptée dans l'arrêt *Loizidou* qu'elles estiment applicable à la présente affaire.⁵⁶⁰ Le fait illicite composite allégué engloberait quant à lui « *les décrets de 1975 et 1977* », « *le refus d'indemnisation de 1995* » et la Décision n°43 du 28 avril 2000.⁵⁶¹ Les demanderessees prétendent enfin être victimes d'un déni de justice pour la période 1995-2002, en violation de l'article 4 de l'API.⁵⁶² Lors des audiences de janvier 2007, les demanderessees ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice en alléguant que « *c'est à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral que s'applique, de notre point de vue, le déni de justice subi par M. Pey* ». ⁵⁶³

599. Selon la défenderesse, l'expropriation opérée par le décret de 1975 est un acte instantané, antérieur à l'entrée en vigueur du traité, auquel les obligations de fond du traité de l'API ne sont pas applicables.⁵⁶⁴ S'appuyant sur la décision du Tribunal du 25 septembre 2001⁵⁶⁵, la défenderesse fait également valoir que la Décision n°43 ne peut quant à elle être considérée comme un acte illicite ; elle n'est qu'une conséquence d'une expropriation qui s'est achevée bien avant l'entrée en vigueur de l'API.⁵⁶⁶ La défenderesse considère qu'il n'existe pas non plus d'acte composite illicite en l'espèce et qu'en toute hypothèse, seuls les dommages qui auraient été subis après l'entrée en vigueur pourraient être examinés par

Santiago, produit avec la communication du 19 décembre 1997 et l'arrêt de la Cour suprême du Chili du 14 mai 2002 (annexe C-138)). V. également réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, pp. 42 et ss.

⁵⁶⁰ V. réplique des demanderessees au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 236 et ss. V. également la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 90 et la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 38-39 (Me Malinvaud).

⁵⁶¹ V. l'argumentation développée à titre subsidiaire par les parties demanderessees dans la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 87-88 (Me Malinvaud).

⁵⁶² V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 42 et ss, spéc. p. 45 : « *le fondement juridique du déni de justice se trouve à l'évidence dans l'article 4 de l'API Espagne-Chili* » (Me Garcés).

⁵⁶³ Transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 46 (Me Garcés). V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 47 (Me Malinvaud) : « *le refus répété d'indemnisations 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* ».

⁵⁶⁴ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 15 (Me Di Rosa). V. également contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 144-146.

⁵⁶⁵ Décision sur les mesures conservatoires sollicitées par les parties du 25 septembre 2001.

⁵⁶⁶ V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 16 (Me Di Rosa).

le Tribunal.⁵⁶⁷ Enfin, la défenderesse ne s'est pas prononcée sur l'applicabilité des dispositions de fond de l'API au déni de justice allégué par les demanderesses.⁵⁶⁸

c) Conclusions du Tribunal

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. En revanche, les dispositions de fond de l'API sont applicables *ratione temporis* à la violation résultant de la Décision n°43 et au déni de justice allégué par les demanderesses, ces actes étant postérieurs à l'entrée en vigueur du traité.

i. *Les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables ratione temporis à l'expropriation prononcée par le décret n°165 du 10 février 1975*

601. Pour tenter de démontrer que les dispositions de fond de l'API, et notamment celles de l'article 5 relatives à l'expropriation, sont applicables *ratione temporis* à l'expropriation de 1975, les parties demanderesses se fondent sur la prétendue nullité *ab initio* du décret n°165⁵⁶⁹ au regard du droit interne et sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pour en déduire le caractère continu de l'acte litigieux. La violation alléguée, bien antérieure à 1994, se serait ainsi poursuivie au-delà de la date d'entrée en vigueur de l'API.

602. En l'espèce, aucun des arguments avancés par les demanderesses ne convainc le Tribunal.

603. L'argumentation développée par les demanderesses sur la nullité du décret n°165 au regard du droit interne ne suffit pas à justifier leur position. En effet, les demanderesses 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

⁵⁶⁷ V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 23-24 (Me Di Rosa).

⁵⁶⁸ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 182 et ss. La défenderesse a formulé une objection aux développements des parties demanderesses sur le déni de justice lors de l'audience du 16 janvier 2007 (v. transcription de l'audience du 16 janvier, p. 45 (Me Goodman)).

⁵⁶⁹ V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 152. V. également réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 254.

serait lui-même contraire à l'article 4 de la Constitution de 1925.⁵⁷⁰ 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.

604. Pour tenter d'établir que le décret n°165 constitue une violation à caractère continu au regard du droit international, les demanderesse invoquent certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment l'arrêt *Loizidou*.⁵⁷¹
605. Le Tribunal estime que la jurisprudence invoquée ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce et ne peut servir de fondement pour qualifier de fait illicite continu une expropriation qui, en l'espèce, a été condamnée avant l'entrée en vigueur du traité.
606. En effet, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour est parvenue à la conclusion que la Turquie avait commis une violation continue du droit de propriété de la partie demanderesse au motif que la Constitution de la République turque de Chypre nord de 1985, norme antérieure à l'entrée en vigueur de la Convention vis-à-vis de l'Etat défendeur et sur laquelle était fondée le transfert de propriété litigieux, ne pouvait se voir attribuer de validité juridique. En adoptant un raisonnement implicite,⁵⁷² la Cour n'a toutefois pas vérifié l'existence des deux composantes du concept de violation continue, à savoir « *un événement critique constituant la violation première, et sa continuation* », ⁵⁷³ ne distinguant pas notamment une situation d'occupation *de facto* de celle où a lieu un transfert de propriété.⁵⁷⁴ La solution retenue par la Cour revêt, aux yeux du présent Tribunal, un caractère exceptionnel⁵⁷⁵ que reflète la vigueur des opinions dissidentes sur la question de l'application de la Convention *ratione temporis*.⁵⁷⁶ Elle repose sur une interprétation

⁵⁷⁰ V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, pp. 76-78, spéc. p. 77. V. également réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 237, note 430.

⁵⁷¹ V. réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 238 et la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 90 (Me Malinvaud).

⁵⁷² La Cour n'affirme pas expressément qu'il s'agit d'une violation continue. V. sur ce point les observations de P. Tavernier, *JDI* 1997.273, spéc. p. 274.

⁵⁷³ V. *Loizidou c. Turquie*, fond, C.E.D.H., Recueil 1996-VI, opinion dissidente du juge Jambrek, para. 5.

⁵⁷⁴ V. *Loizidou c. Turquie*, fond, C.E.D.H., Recueil 1996-VI, opinion dissidente du juge Baka, pp. 30-31.

⁵⁷⁵ V. James Crawford (ed.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, Pedone, 2003, p. 163.

⁵⁷⁶ V. *Loizidou c. Turquie*, fond, C.E.D.H., Recueil 1996-VI, opinions dissidentes des juges Bernhardt, Baka, Jambrek, Pettiti et Gölcüklü.

particulièrement large de la notion de violation continue que ne partage pas le présent Tribunal.

607. L'arrêt *Papamichalopoulos*, également invoqué à plusieurs reprises par les demanderessees au soutien de leur thèse sur l'expropriation comme acte continu, doit lui aussi être distingué de la présente affaire. L'arrêt ne concerne pas un transfert de propriété nettement identifié dans le temps mais l'occupation *de facto* de terrains par l'armée au moyen d'actes successifs. Le gouvernement grec n'avait en outre pas soulevé d'exception d'incompétence *ratione temporis* et la Cour a pu se borner « à noter que les griefs des intéressés ont trait à une situation continue, qui subsiste à l'heure actuelle ».⁵⁷⁷ Les autres affaires citées brièvement par les demanderessees lors des audiences de janvier 2007 (*SGS c. Philippines*, *Ilascu c. Moldavie et Russie*, *Broniowski c. Pologne*⁵⁷⁸) ne concernent pas des cas d'expropriation et ne permettent pas de conclure que les actes de confiscation commis en l'espèce avant l'entrée en vigueur de l'API sont des actes continus qui se seraient poursuivis au-delà de l'entrée en vigueur de l'API.
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 demanderessees 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* ».
609. Dans l'affaire *Malhous*, la Cour a en effet rappelé :

⁵⁷⁷ *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, C.E.D.H., Série A, n°260-B (1993), para. 40.

⁵⁷⁸ L'affaire *SGS c. Philippines* concernait un simple refus de payer une dette en application d'un contrat (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, affaire CIRDI n° ARB/02/06, décision sur la compétence du 29 janvier 2004) ; l'arrêt *Ilascu* concernait un cas de détention illégale, l'expropriation n'ayant pas été discutée (v. paras.404-405) (*Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, C.E.D.H., 8 juillet 2004) ; l'arrêt *Broniowski* portait sur la mise en œuvre d'un droit à une mesure compensatoire que le droit interne avait conféré au demandeur avant la date d'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme et continué à lui accorder après cette date (*Broniowski c. Pologne*, C.E.D.H., décision sur la recevabilité du 19 décembre 2002).

« qu'elle ne peut examiner une requête que dans la mesure où elle se rapporte à des événements s'étant produits après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Partie contractante concernée. En l'espèce, les biens du père du requérant ont été expropriés en juin 1949 et attribués à d'autres personnes physiques en 1957, soit bien avant le 18 mars 1992, date à laquelle la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la République tchèque (*Kuchař et Štis c. République tchèque* (déc.), n°37527/97, 23 mai 2000, non publiée). La Cour n'est donc pas compétente *ratione temporis* pour examiner les circonstances de l'expropriation ou les effets continus produits par elle jusqu'à ce jour. A ce propos, elle rappelle et confirme la jurisprudence bien établie de la Commission selon laquelle la privation d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel constitue en principe un acte instantané et ne crée pas une situation continue de « privation d'un droit » (voir, par exemple, *Mayer et autres c. Allemagne*, requêtes n°s 18890/91, 19048/91, 19342/92 et 19549/92, décision de la Commission du 4 mars 1996, Décisions et rapports (DR) 85-B, p. 5, et *Brežny c. Slovaquie*, requête n°23131/93, décision de la Commission du 4 mars 1996, DR 85-A, p. 65) ». ⁵⁷⁹

610. La Cour a repris ce raisonnement dans sa jurisprudence ultérieure, confirmant, d'une part, que la Convention n'est pas applicable *ratione temporis* à des faits qui sont antérieurs à son entrée en vigueur et, d'autre part, que l'expropriation constitue en principe un acte instantané et qu'elle n'est pas créatrice d'une situation continue. ⁵⁸⁰ Il en va de même dans

⁵⁷⁹ *Malhous c. République tchèque*, C.E.D.H., décision sur la recevabilité du 13 décembre 2000, p. 16 (B 2° c).

⁵⁸⁰ V. par exemple *Smoleanu c. Roumanie*, C.E.D.H., arrêt du 3 décembre 2002, paras.45-46 : « [...] la Cour rappelle, premièrement, qu'elle ne peut examiner une requête que dans la mesure où elle se rapporte à des événements s'étant produits après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Partie contractante concernée. En l'espèce, la maison de la requérante a été nationalisée en 1950, soit bien avant le 20 juin 1994, date à laquelle la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la Roumanie. La Cour n'est donc pas compétente *ratione temporis* pour examiner les circonstances de la nationalisation ou les effets continus produits par elle jusqu'à ce jour. Elle rappelle et confirme sa jurisprudence bien établie selon laquelle la privation d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel constitue en principe un acte instantané et ne crée pas une situation continue de « privation d'un droit » (voir, par exemple, *Lupuleț c. Roumanie*, requête no 25497/94, décision de la Commission du 17 mai 1996, Décisions et Rapports (DR) 85-A, p. 126) . V. *Bergauer c. République Tchèque*, C.E.D.H., décision sur la recevabilité, 13 décembre 2005, p. 10 : « The Court notes that the expropriation of the applicants' or their predecessors' property occurred shortly after the Second World War almost fifty years ago, long before the entry into force of the Convention with respect to the Czech Republic. Moreover, according to the Convention case-law, a deprivation of ownership or other rights in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of the "deprivation of a right" (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references) ». V. également *Abbasov c. Azerbaïdjan*, C.E.D.H., décision partielle sur la recevabilité du 24 octobre 2006, p. 5, para. 4 : « Assuming that the complaint falls within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 of the Convention, the Court notes that the applicant's property was confiscated prior to 15 April 2002 [date of the Convention's entry into force with respect to Azerbaijan]. According to the Court's case-law, a deprivation of ownership or other rights in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of "deprivation of a right" (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.), no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references). It follows that this complaint is also incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4 ».

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.

611. Une fois le traité en vigueur, il n'est toutefois pas interdit au Tribunal de prendre en considération des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du traité pour examiner le contexte dans lequel sont intervenus les actes que les demanderesse estiment devoir être qualifiés de violations postérieures à l'entrée en vigueur du traité. C'est ce qu'a rappelé le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire *MCI c. Ecuador* qui estimait n'être compétent qu'à l'égard des actes postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API lorsque ces actes sont présentés comme des violations de l'API :

*« Prior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force ».*⁵⁸¹

612. En conséquence, même si en l'espèce les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables aux actes d'expropriation antérieurs à son entrée en vigueur, le Tribunal pourra examiner les violations de l'API qui se sont produites après son entrée en vigueur, en prenant en compte au titre du contexte des événements qui ont eu lieu avant cette date. Il convient dès lors de déterminer si les autres violations invoquées par les demanderesse peuvent effectivement se voir appliquer les dispositions de fond de l'API *ratione temporis*.

ii. *Les dispositions de fond de l'API sont applicables à la Décision n°43 du 28 avril 2000*

613. Selon les parties demanderesse, la Décision n°43 du 28 avril 2000 serait en elle-même contraire aux articles 3, 4 et 5 de l'API.⁵⁸² La Décision n°43 a été rendue en application de la loi n°19.568, promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API. Cette loi dispose dans son article 1 que *« les personnes physiques ou les personnes morales, incluant les partis politiques, qui [ont] été privé[s] du domaine de leurs biens par l'application des décrets-lois N°12, 77 et 133, de 1973 ; 1.687, de 1977, et 2.346, de 1978, auront le droit de solliciter leur restitution ou de réclamer le paiement d'une*

⁵⁸¹ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Equateur*, affaire CIRDI n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, para. 93.

⁵⁸² See footnote 557.

indemnisation, conformément aux normes établies dans cette loi » (souligné par nous). L'Etat défendeur a ainsi créé un droit à indemnisation, défini et délimité par la loi interne, et ayant vocation à s'appliquer à des personnes visées par une législation adoptée pendant la période 1973-1978.

614. La Décision n°43, qui autorise l'indemnisation de personnes autres que les parties demanderesses pour l'expropriation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda en application de la loi de 1998, est qualifiée par les parties demanderesses de « *nouvelle dépossession* »⁵⁸³ contraire aux dispositions de fond de l'API. Cette décision étant intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API, le Tribunal conclut que les dispositions de fond de ce dernier lui sont applicables *ratione temporis*, sans toutefois préjuger à ce stade de sa décision au fond sur la violation alléguée.
615. Le Tribunal estime en revanche que le fait illicite composite invoqué par les parties demanderesses n'existe pas en l'espèce.
616. Le Tribunal rappellera que les demanderesses prétendent regrouper au sein d'un fait composite « *les décrets de 1975 et 1977* », « *le refus d'indemnisation de 1995* » et la Décision n°43 du 28 avril 2000.⁵⁸⁴
617. Or, l'existence d'un fait illicite composite implique la réunion « *d'une série d'actes ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite* ». La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une telle série d'actes ou d'omissions, n'a lieu que lorsque se produit « *l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite* ».⁵⁸⁵
618. Le Tribunal rappellera également que l'allégation de fait composite illicite ne permet pas, en toute hypothèse, de s'affranchir du principe de non-rétroactivité. Ainsi, « *[d]ans le cas où l'obligation en question n'existait pas au début de la conduite mais est née par la suite, la « première » des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des*

⁵⁸³ V. par exemple la transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 226 (Me Malinvaud).

⁵⁸⁴ V. l'argumentation développée à titre subsidiaire par les parties demanderesses dans la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 87-88 (Me Malinvaud).

⁵⁸⁵ Article 15 des articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat.

*Etats, sera la première à s'être produite après la naissance de l'obligation. Cela n'exclut pas pour autant que les tribunaux puissent prendre en considération des actions ou omissions antérieures à d'autres fins (par exemple, pour établir la base factuelle de violations ultérieures ou pour prouver l'intention) ».*⁵⁸⁶

619. De l'avis du Tribunal, la qualification d'acte illicite composite ne peut pas être retenue en l'espèce car les faits litigieux allégués par les demanderessees ne correspondent ni à une série d'actes constitutive d'une infraction distincte des manquements invoqués ni à une pratique de l'Etat chilien découlant de l'« *accumulation de manquements de nature identique ou analogue assez nombreux et liés entre eux* ». ⁵⁸⁷ Il n'y a pas dans la présente affaire de « *système* » ou d'« *ensemble* » d'actes illicites qui, pris de manière globale, apparaîtrait comme un fait illicite.
620. La saisie et le transfert de la propriété à l'Etat des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda sont constitutifs d'un fait consommé et distinct des violations postérieures à l'entrée en vigueur de l'API dont font état les demanderessees. Le Tribunal en a conclu que les dispositions de fond de l'API n'étaient pas applicables à l'expropriation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda.
621. Les autres actes présentés par les demanderessees comme éléments du fait composite allégué se sont tous produits postérieurement à l'entrée en vigueur du traité. Il s'agit essentiellement, selon les demanderessees, du refus d'indemnisation opposé à Monsieur Pey Casado en 1995 et de la Décision n°43. Le refus d'indemnisation se rapporte à une expropriation qui a eu lieu dans les années 70, à une époque où l'API n'était pas en vigueur. Ce refus d'indemnisation n'est pas en lui-même contraire au traité, le seul droit d'indemnisation postérieur au traité n'ayant été créé par le législateur chilien qu'en 1998 ; il ne peut davantage être relié à une violation survenue postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, l'expropriation ayant eu lieu bien avant cette date. Présenter le refus d'indemnisation comme l'élément d'un fait composite revient à confondre la notion de

⁵⁸⁶ James Crawford (ed.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, Pedone, 2003, p. 172.

⁵⁸⁷ *Irlande c. Royaume Uni*, C.E.D.H., Série A, n°25 (1978), p. 64, para. 159 in James Crawford (ed.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, Pedone, 2003, p. 170.

différend avec les faits qui en sont à l'origine, ce que les demanderesses ont par ailleurs reproché à la défenderesse.

622. La Décision n°43 du 28 avril 2000 revêt quant à elle un caractère différent. Les demanderesses l'ont qualifié de « *nouvelle dépossession* », notamment dans le but d'accréditer la thèse d'un fait composite comprenant une série de manquements identiques et analogues. Il est pourtant impossible d'exproprier deux fois de suite les mêmes biens. Les biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda ont fait l'objet d'une expropriation définitive en 1975. Sans anticiper sur le traitement de la violation alléguée, le Tribunal observe que la Décision n°43 paraît devoir s'analyser davantage en une application discriminatoire d'une loi postérieure au traité et des droits que celle-ci a créés. Il s'agit d'une question distincte et non pas d'un fait identique à l'expropriation susceptible de former l'un des ingrédients du fait composite allégué. L'argument des demanderesses ne peut donc être retenu par le Tribunal.

623. En réalité, la seule qualification susceptible d'être retenue serait celle d'un acte composite comprenant une série d'atteintes au traitement juste et équitable de l'investissement des parties demanderesses, résidant essentiellement dans la Décision n°43 et le déni de justice allégué qui lui est lié concernant la rotative Goss. Ces faits sont tous postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API. Cette hypothèse n'a toutefois pas été présentée par les demanderesses et son éventuel bien-fondé ne changerait pas la position du Tribunal sur la question de l'applicabilité des dispositions de fond de l'API *ratione temporis* que le Tribunal arbitral estime applicables tant à la Décision n° 43 qu'au déni de justice allégué relatif à la rotative Goss. Que ces faits soient envisagés ensemble, en tant qu'éléments d'un acte composite, ou séparément n'est pas de nature à modifier en quoi que ce soit les conclusions du Tribunal arbitral.

iii. *Les dispositions de fond du traité sont applicables au déni de justice allégué*

624. Les parties demanderesses prétendent être victimes d'un déni de justice qui aurait eu lieu durant une période commençant en 1995 et allant à tout le moins jusqu'en 2002. Le déni de justice allégué comportait initialement deux aspects : l'impossibilité d'obtenir une décision sur le fond en première instance au bout de sept ans de procédure dans l'affaire concernant la restitution de la rotative Goss et l'intervention de la Décision n°43, dont

l'incompatibilité avec la procédure judiciaire a été en vain contestée par les demanderesse, présentées comme une violation de l'article 4 de l'API.⁵⁸⁸ Lors des audiences de janvier 2007, les demanderesse ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice « à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral [...] ».⁵⁸⁹

625. La défenderesse n'a pour sa part pas développé d'arguments sur l'éventuelle applicabilité des dispositions de fond de l'API au déni de justice allégué par les demanderesse.⁵⁹⁰

626. Après examen des faits⁵⁹¹ et des prétentions des parties, il ne fait pas de doute que le déni de justice allégué par les demanderesse s'étend sur une période postérieure à l'entrée en vigueur de l'API. L'article 4 de l'API lui est donc bien applicable *ratione temporis*.

B. Le bien-fondé des violations alléguées

627. Ayant constaté que les dispositions de fond de l'API sont applicables à la Décision n°43 du 28 avril 2000 ainsi qu'au déni de justice allégué, le Tribunal doit à présent examiner le bien-fondé des deux violations alléguées.

1. Rappel des faits

628. Les faits concernant la Décision n°43 et le déni de justice allégué par les demanderesse ont été résumés en détail dans la partie IV.C.3. de la présente sentence, dans le contexte de la discussion de la compétence *ratione temporis* du Centre et du Tribunal arbitral. Au risque de répétition, il convient néanmoins de rappeler les éléments factuels principaux concernant ces deux violations alléguées, en introduction de la présente partie sur le fond des demandes, sans pour autant répéter les références détaillées au dossier qui se trouvent ci-dessus.

⁵⁸⁸ V. réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, pp. 103 et ss. V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 42 et ss, spéc. p. 45 : « *le fondement juridique du déni de justice se trouve à l'évidence dans l'article 4 de l'API Espagne-Chili* » (Me Garcés).

⁵⁸⁹ Transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 46 (Me Garcés). V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 47 (Me Malinvaud) : « *le refus répété d'indemnisations 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* ».

⁵⁹⁰ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 182 et ss. La défenderesse a formulé une objection aux développements des parties demanderesse sur le déni de justice lors de l'audience du 16 janvier 2007 (v. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 45 (Me Goodman)).

⁵⁹¹ V. notamment *supra* paras.459 et ss.

a) Décision n°43 - Indemnisation de personnes non-proprétaires

629. La première violation potentielle concerne l'indemnisation de personnes non-proprétaires par le Ministre chilien des biens nationaux par la Décision n°43 du 28 avril 2000.
630. En septembre 1995, M. Pey Casado a formulé sa première demande de restitution des biens confisqués. Le 20 novembre 1995, le ministère des biens nationaux informe M. Pey Casado que la loi d'indemnisation qui permettra de traiter les situations comparables à celle de M. Pey Casado n'a pas encore été promulguée. Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République, sans obtenir de réponse. Le 3 novembre 1997, les demanderesse déposent leur requête d'arbitrage auprès du CIRDI.
631. Le 25 juin 1998 est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'Etat à travers les décrets-lois n°12, 77 et 133 de 1973, n°1697 de 1977 et n°2436 de 1978. Les demanderesse vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (*fork-in-the-road*) contenue dans l'API Espagne-Chili.
632. 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 Ltda.⁵⁹² Cependant, comme le Tribunal l'a expliqué ci-dessus, la Décision n°43 indemnise des requérants autres que les demanderesse pour la confiscation des biens en question et le Ministre des biens nationaux maintiendra cette décision que les demanderesse contesteront en vain.

b) L'absence de décision concernant la rotative Goss

633. La deuxième violation potentielle concerne l'absence de décision des tribunaux chiliens concernant la restitution de la rotative Goss.

⁵⁹² Décision n°43 du 28 avril 2000, produite avec la communication des parties demanderesse au CIRDI du 11 mai 2000.

634. Les demanderessees ont introduit une procédure judiciaire le 4 octobre 1995 devant la Première Chambre civile de Santiago visant à obtenir la restitution de la rotative Goss. Comme le Tribunal l'a indiqué de manière plus détaillée en plus ci-dessus, même si certaines décisions concernant des questions d'ordre probatoire ont été rendues dans cette procédure, la Première Chambre civile ne s'était pas prononcée sur le fond lorsqu'est intervenue la Décision n°43 et lorsque les demanderessees ont déposé leur demande complémentaire devant le Tribunal arbitral le 4 novembre 2002.
635. Les demanderessees ont tenté en vain de faire reconnaître l'incompatibilité de la Décision n°43 avec cette procédure judiciaire. Le 2 octobre 2001, la Première Chambre civile de Santiago s'est déclarée incompétente pour juger de l'incompatibilité entre la Décision n°43 et la procédure engagée devant elle depuis le 4 octobre 1995. Seule la Cour suprême serait compétente. Après avoir informé le *Contralor* de l'incompatibilité de la Décision n°43 avec l'action portée devant la Première Chambre civile de Santiago depuis le 4 octobre 1995, les demanderessees lui ont reproché d'avoir entériné les 22 et 23 juillet 2002 le paiement d'une indemnisation au profit des bénéficiaires de la Décision n°43, cette indemnisation comprenant notamment le préjudice subi du fait de la confiscation de la rotative Goss.
636. Finalement, comme le Tribunal arbitral a récapitulé ci-dessus, les demanderessees ont intenté des nombreux recours auprès du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire contre ces décisions en 2002 et visant à mettre en cause la comptabilité de la Décision n°43 avec la procédure judiciaire introduite en 1995, recours qui ont tous été rejetés.

2. Positions des parties

a) Position des demanderessees

637. En ce qui concerne la Décision n°43, les demanderessees ont soutenu qu'elle « *constitue en tout état de cause [...] un nouvel élément constitutif du différend* ». ⁵⁹³ D'après les

⁵⁹³ Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 174.

demandereses, la Décision n°43 serait illégale au regard du droit chilien et engagerait la responsabilité de l'Etat chilien en droit interne.⁵⁹⁴

638. De plus, qualifiant la Décision n°43 de « *fait internationalement illicite* », les demanderesses ont soutenu que cette décision constituait « un fait nouveau ayant un effet similaire à une dépossesion puisqu'elle a reconnu la propriété des actions de CPP et EPC à des tiers alors même que ces biens font l'objet du présent arbitrage ».⁵⁹⁵ D'après les demanderesses, la Décision n°43 violerait trois des garanties incluses dans l'API, notamment dans l'article 3 (protection), l'article 4 (traitement juste et équitable) et l'article 5 (expropriation).⁵⁹⁶
639. Pour ce qui est la rotative Goss, alors que sa restitution avait fait l'objet d'une demande d'indemnisation devant les juridictions chiliennes et avait, en conséquence, été exclue de la requête d'arbitrage du 7 novembre 1997, il n'en allait pas initialement de même pour la demande d'indemnisation pour le manque à gagner. Dans leur demande complémentaire du 4 novembre 2002, les demanderesses ont fourni une demande d'indemnisation tendant à voir réparer la perte de la rotative Goss en alléguant avoir été victimes d'un déni de justice au sens du droit international au motif que, de 1995 à 2002, « *aucune décision n'avait été adoptée au Chili par rapport à la valeur de restitution stricto sensu de la rotative ou sa valeur de remplacement* ».⁵⁹⁷
640. Les demanderesses ont invoqué à plusieurs reprises la clause de la nation la plus favorisée. Il est pourtant superflu de résumer ces arguments ici étant donné que les demanderesses semblent ne vouloir tirer aucune conséquence précise de cette clause, comme l'a confirmé Me Garcés à l'audience du 16 janvier 2007.⁵⁹⁸ En revanche, sa position sur le fond peut être résumée de la manière suivante.

⁵⁹⁴ V. Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, pp. 112-124.

⁵⁹⁵ Réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse du 23 février 2003, p. 18.

⁵⁹⁶ V. Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, pp. 125-130.

⁵⁹⁷ Demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002. V. aussi la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 92.

⁵⁹⁸ V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 48, où la réponse donnée par Me Garcés à la question du Président du Tribunal arbitral se lit comme suit :

641. Les demanderesses insistent sur le fait que plus de dix ans après la requête originale aux tribunaux civils du Chili concernant la rotative Goss, il n'y a pas eu de résolution en première instance. Sur la base des faits résumés ci-dessus, les demanderesses ont soutenu que le délai important de la procédure devant la Première Chambre civile de Santiago pour la restitution de la rotative Goss ou l'indemnisation de sa valeur de remplacement et l'absence de décision depuis plus de dix ans constituaient un déni de justice la part du Chili.⁵⁹⁹
642. En outre, les demanderesses, qui notent au passage que la « *fork-in-the-road* » et le déni de justice sont des notions incompatibles, soulignent que la « *répudiation du droit d'accès au Tribunal arbitral [...]* » est tout-à-fait différente des exceptions d'incompétence prévues dans le Règlement d'arbitrage et la Convention CIRDI.
643. Il s'agirait donc, selon cette argumentation, d'un déni de justice résultant non seulement de l'attitude des juridictions chiliennes sur le traitement de la question de la rotative Goss mais aussi, plus largement, de l'attitude générale des diverses autorités chiliennes à l'égard du CIRDI et à l'égard du présent Tribunal arbitral.⁶⁰⁰

M. Le Président. – Si vous me le permettez, vous estimez – vous venez de le dire – qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée à toutes les questions. Est-ce à dire qu'il est nécessaire, selon vous, de l'appliquer à certaines questions ?

Dr. Juan E. Garcés. – A aucune question, et merci de poser la question. Elle ne doit s'appliquer à aucune question car la seule fois que nous avons évoqué la clause de la nation la plus favorisée, hier, c'était à titre subsidiaire dans l'affaire de la restitution Goss. Pourquoi à titre subsidiaire ? Parce que, de notre point de vue, le déni de justice prévaut.

⁵⁹⁹ Les parties demanderesses ont résumé leur position lors de l'audience du 15 janvier comme suit : « *En l'espèce, la Chili a commis un acte de déni de justice, d'un côté, par le délai extraordinaire à établir une vraie solution. A l'heure où nous parlons, nous nous situons plus de dix ans après la requête originale et, à ce jour, il n'y a pas eu de résolution en première instance. Le délai de résolution d'un différend porté à la connaissance des cours est en soit un motif de déni de justice si ce délai est irraisonnable.* »⁵⁹⁹ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 93, para. 10-16 (Me Garcés). V. aussi réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 107 ; Transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 47 (Me Malinvaud) : « [...] le refus répété d'indemnisations 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. » En outre, selon les demanderesses, dans le cas où la Première Chambre civile de Santiago rendrait une décision au fond dans cette affaire, l'adoption de la Décision n°43 priverait d'effet le jugement de la juridiction chilienne dans la mesure où les bénéficiaires de la Décision n°43 ont déjà été indemnisés pour la rotative en question (demande complémentaire des demanderesses, du 4 novembre 2002, p. 6.)

⁶⁰⁰ Cette allégation a été appuyée notamment par des références à la décision rendue le 24 janvier 2004 dans l'affaire CIRDI *SGS c. Philippines* et à l'ouvrage du Professeur Jan Paulsson consacré au *Denial of Justice in International Law*, lequel se réfère à son tour aux opinions des juges S. Schwebel et Charles de Visscher (V. Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 92-93). D'après les demanderesses, « *le point central qui*

644. C'est ainsi que, parmi plusieurs exemples de cette attitude de refus du « *droit d'accès à l'arbitrage international* », les demanderesses relèvent en particulier :

- 1997 : l'opposition du Chili à l'enregistrement de la requête d'arbitrage ;
- 1998 : la demande chilienne au Gouvernement espagnol tendant à modifier, sous couvert d'interprétation, le contenu de l'API invoqué par la requête d'arbitrage ;
- 1999 : l'ordre donnée par le Ministre de l'Intérieur aux fins de modifier l'inscription qualifiant M. Pey Casado d'étranger dans le registre chilien de l'état civil ;
- 2000 : la Décision no. 43 précitée, prise à la veille d'une audience du Tribunal arbitral et en défaveur des demanderesses ;
- 2002 : la résolution du pouvoir législatif chilien (Chambre des députés) déclarant que le Chili n'exécutera pas une éventuelle décision arbitrale défavorable ;
- le rejet des recours formés par M. Pey Casado.⁶⁰¹

645. En résumé, les allégations de « *déni de justice* » semblent bien revêtir des formes diverses et/ou être fondées sur des faits très différents, qu'il s'agisse de l'absence ou de la lenteur de décisions attendues d'autorités (judiciaires et exécutives) chiliennes, ou de violation des articles de l'API concernant l'expropriation ou la nationalisation illicite (article 5 de l'API), ou le comportement procédural de la défenderesse.

b) Position de la défenderesse

646. La défenderesse n'a pas jugé nécessaire de développer une analyse très complète des concepts, invoqués par les demanderesses, de déni de justice ou de traitement juste et équitable, ce qui s'explique peut-être par sa position fondamentale, précédemment

nous intéresse ici, dans cette étude, c'est celui de savoir à quel point on peut considérer comme un « déni de justice » le fait qu'un Etat répudie les droits d'un étranger à accéder à un arbitrage qu'il a reconnu dans un Traité international. » (Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 92 (Me Garcés)). V. aussi la transcription du 15 janvier 2007, pp. 58-59 (Me Muñoz) : « *En réalité, tant les mesures internes prises par le Chili, que ses agissements dans le cadre de la présente procédure tendant à s'opposer à la compétence du présent Tribunal et du Centre, ont pour unique objectif de priver M. Pey de toute réparation et si le Chili parvenait à atteindre cet objectif, il commettrait, à l'égard de M. Pey, le délit de déni de justice.* »

⁶⁰¹ V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 117-118.

exposée, quant à la nationalité de M. Pey Casado et son absence prétendue d'investissement et de propriété des biens meubles ou immeubles confisqués par les autorités militaires.

647. En ce qui concerne la Décision n°43, la défenderesse a soutenu, comme le Tribunal l'a rappelé ci-dessus, que « *les réclamants n'ont jamais été propriétaires des biens confisqués.* »⁶⁰² De plus, elles ont suggéré qu'il serait pervers de :

*« décourager les pays de faire ce qu'a fait le Chili, c'est-à-dire indemniser les personnes qui ont subi un préjudice. Si toutes les personnes qui n'ont pas été indemnisées pour telle et telle raison, avaient accès au CIRDI du fait de la non application du traitement juste et équitable, j'ai l'impression que cela reviendrait à miner le système ».*⁶⁰³

648. Comme le Tribunal arbitral l'a rappelé ci-dessus, pour la partie défenderesse,

*« la Décision N°43 ne se référerait qu'à des tiers et non aux Demanderesses, et qu'en tout cas elle n'avait causé aucun préjudice aux Demanderesses compte tenu du fait qu'elle avait simplement donné un avis sur la compensation à des tiers, sans prétendre se prononcer sur un quelconque droit de propriété que pourraient avoir les Demanderesses ».*⁶⁰⁴

649. En ce qui concerne les demandes relatives au déni de justice, la défenderesse a formulé une objection aux développements des demanderesses lors de l'audience du 16 janvier 2007,⁶⁰⁵ sans pour autant développer cette position.

3. Conclusions du Tribunal

650. La requête d'arbitrage et les conclusions prises par les demanderesses – ainsi que, dans une mesure bien moindre, par la défenderesse vu sa position fondamentale sur les faits, la compétence, et sur le fond – ont soulevé, expressément et implicitement, la question juridique de savoir si le Chili avait ou non violé les principes posés par l'API quant à la protection des investissements.

⁶⁰² Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 13.

⁶⁰³ Transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 51 (Me Di Rosa).

⁶⁰⁴ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 144. V. aussi la transcription de l'audience du 6 mai 2003, p. 399 (Me Di Rosa).

⁶⁰⁵ V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 45 (Me Goodman).

651. En ce qui concerne les fondements juridiques spécifiques de ces violations alléguées, les demanderesses ont conclu que la Décision n°43 du 28 avril 2000 serait contraire aux articles 3, 4, et 5 de l'API,⁶⁰⁶ tandis que l'impossibilité d'obtenir une décision sur le fond des tribunaux chiliens dans l'affaire concernant la restitution de la rotative Goss constituerait une violation de l'article 4 de l'API.⁶⁰⁷
652. Comme le Tribunal l'a expliqué ci-dessus, ayant décidé que les biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda ont fait l'objet d'une expropriation définitive en 1975, et ayant rejeté la thèse d'un fait illicite composite, la Décision n°43 doit s'analyser en une application discriminatoire d'une loi postérieure à l'API et des droits que celle-ci a créés. Par conséquent, il convient pour le Tribunal d'analyser les violations alléguées, au moins en premier lieu, sur la base de l'article 4 de l'API, les articles 3 et 5 ayant été invoqués par les demanderesses dans le cadre de leur thèse de l'acte illicite continu, qui a été rejetée.⁶⁰⁸ Le même fondement, l'article 4 de l'API serait applicable au déni de justice allégué des parties demanderesses.
653. La question se pose en particulier de savoir si le comportement des autorités chiliennes, législatives, administratives et judiciaires, peut ou non être considéré comme constituant un « *déni de justice* » et une violation du devoir d'accorder à l'investissement étranger une protection suffisante, soit plus précisément, un « *traitement juste et équitable* » au sens de l'article 4 (1) de l'API ainsi conçu :

⁶⁰⁶ V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 125 : « *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.* »

⁶⁰⁷ V. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse du 23 février 2003, pp. 103 et ss. V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 42 et ss, spéc. p. 45 : « *le fondement juridique du déni de justice se trouve à l'évidence dans l'article 4 de l'API Espagne-Chili* » (Me Garcés) : p. 47 (Me Malinvaud), qui a précisé que « *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, elle prévaudront, même sur le Traite lui-même.* »

⁶⁰⁸ L'article 3 de l'API dispose, sous le titre « *protection* » : « *1. Chacune des Parties protégera dans son territoire les investissements effectués conformément à sa législation, par des investisseurs de l'autre Partie et il n'entravera pas, au moyen de mesures injustifiées ou discriminatoires, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance, l'extension la vente ni, le cas échéant, la liquidation de tels investissements. [...].* »

« 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 ».

654. On notera que les deux notions (de « *traitement juste et équitable* » et de « *déni de justice* »), parfois distinguées et parfois confondues dans la doctrine et la jurisprudence, présentent ce caractère commun d'être, sinon indéfinissables, du moins peu susceptibles d'une définition qui fasse l'objet d'un consensus quant à son contenu. Cela bien que la majorité des traités relatifs à la protection des investissements aient jugé inutile de se référer non pas (ou non pas seulement) au standard minimum de droit international mais à l'obligation d'accorder aux investissements couverts par le traité (c'est-à-dire de leurs ressortissants respectifs) un « *traitement juste et équitable* ».

655. Selon une étude récente de l'OCDE :

*« l'obligation d'accorder un 'traitement juste et équitable' est souvent énoncée concurremment avec d'autres normes visant à assurer la protection de l'investissement direct étranger par les pays d'accueil. Il s'agit d'une norme de caractère 'absolu' et 'non contingent', c'est-à-dire une norme qui définit le traitement qui doit être accordé selon des termes dont le sens exact reste à déterminer en fonction d'un contexte spécifique d'application, à l'inverse des normes 'relatives' intégrées dans les principes du 'traitement national' et de 'la nation la plus favorisée' qui définissent le traitement requis eu égard au traitement accordé à d'autres investissements ».*⁶⁰⁹

656. Néanmoins, il est clair que, au titre des manifestations des obligations qui sont couvertes par la nécessité de réserver à l'investissement un traitement juste et équitable, figurent incontestablement celle de ne pas commettre un déni de justice. Comme il a récemment été résumé :

*« The cases on fair and equitable treatment fall into two broad categories. The first set of cases are concerned with the treatment of investors by the courts of the host State. The second, and more numerous, set of cases deal directly with administrative decision-making ».*⁶¹⁰

⁶⁰⁹ C. Yannaka-Small, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, document de travail sur l'investissement international, OCDE numéro 2004/3, septembre 2004 .

⁶¹⁰ Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 227.

657. Par conséquent, des demandes invoquant un déni de justice de la part des tribunaux de l'Etat d'accueil sont, avec raison, faites sur le fondement juridique d'une violation de l'obligation de garantir un « *traitement juste et équitable* ». ⁶¹¹
658. Dans le contexte spécifique du présent litige, tel qu'il a été résumé dans la présente sentence dans sa partie Faits et dans les considérations juridiques qui précèdent, l'application de la notion de « *déni de justice* » et celle de l'obligation de « *traitement juste et équitable* » n'appellent pas de longue analyse. Elles se laissent résumer à deux questions relativement simples :
- La première est celle de savoir si l'absence de toute décision par les juridictions chiliennes pendant une période de sept années (1995-2002), d'une part, et l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice.
 - La seconde est celle de savoir si les investissements reconnus par le Tribunal arbitral comme ayant été faits par M. Pey Casado ont bénéficiés du « *traitement juste et équitable* » prescrit par l'API.

⁶¹¹ V., par exemple, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 Octobre 2002, 6 ICSID Report 181, où le déni de justice allégué de la part du Massachusetts Supreme Judicial Court a été invoqué sur la base de l'article 1105(1) du traité NAFTA qui prévoit : « *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.* » De même, dans l'affaire *Loewen Group Inc et al c. Etats-Unis*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, le tribunal arbitral a trouvé que l'article 1105 du traité NAFTA, comme l'ont résumé McLachlan/Shore/Weiniger, « *informed by customary international law, was concerned with denials of justice in litigation.* » (Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 230.) V. aussi l'affaire *Waste Management Inc. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, p. 35, para. 98, où le tribunal arbitral conclut que « *Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process..* » V. aussi le résumé par Stephan W. Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, International Law and Justice Working Papers, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2006, p. 26 : « *The rule of law elements derived from fair and equitable treatment also influence the institutional structure of the host state's judiciary and the procedural law they apply. Fair and equitable treatment requires that host states provide a fair and efficient system of justice, comprising effective judicial dispute settlement procedures for the review of administrative acts and dispute settlement between private parties.* »

659. Sur la première question, la réponse ne peut être que positive, au regard 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. En effet, l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demandereses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (moment de l'introduction de la demande complémentaire dans la présente procédure) doit être qualifié comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens. En fait, des délais procéduraux importants constituent bien une des formes classiques de déni de justice. Ainsi l'a trouvé le tribunal arbitral dans l'affaire *Robert Azinian et al. c. Mexique*, en *obiter dicta* :

« *A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. [...] There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law* ». ⁶¹²

660. Comme l'a écrit Jan Paulsson, avec raison, : « [...] delays may be 'even more ruinous' than absolute refusal of access [to justice], because in the latter situation the claimant knows where he stands and take action accordingly, whether by seeking diplomatic intervention or exploring avenues of direct legal action ». ⁶¹³

661. De même, la Commission des Réclamations Anglo-Mexicaine a considéré que le délai de neuf ans écoulé depuis le dépôt de la demande de compensation devant une juridiction étatique devait être qualifié de déni de justice mettant en cause la responsabilité de l'Etat sur le plan international :

« *Nine years have elapsed since the Company applied to the Court to which the law directed it, and during all those years no justice has been done. There has*

⁶¹² *Robert Azinian, Kenneth Daviatian & Ellen Baca c. The United Mexican States*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/2, sentence du 1^{er} novembre 1999.

⁶¹³ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 177. Paulsson se réfère également à la décision de l'Arbitre unique dans l'arbitrage *Fabiani* entre la France et le Venezuela en 1896, qui a décidé que les délais importants et les reports constants par les tribunaux vénézuéliens dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale constituaient bien un déni de justice : « *Upon examining the general principles of international law with regard to denial of justice, that is to say, the rules common to most bodies of law or laid down by doctrine, one finds that denial of justice includes not only the refusal of a judicial authority to exercise his functions and, in particular, to give a decision on the request submitted to him, but also wrongful delays on his part in giving judgment.* » No.1 (*France v. Venezuela*), Moore, *Arbitrations*, p. 4878.

*been no hearing ; there has been no award. ... [I]t is ... obvious that a period of nine years by far exceeds the limit of the most liberal allowance that may be made. Even those cases of the very highest importance and of the most complicated character can well be decided within such an excessively long time. A claimant who has not, during so many years, received any word or sign that his claim is being dealt with is entitled to the belief that his interests are receiving no attention, and to despair of obtaining justice ».*⁶¹⁴

662. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée dans le même sens, en estimant que les sept ans que les juridictions étatiques ont mis pour examiner une demande en compensation à la suite d'une expropriation étaient bien supérieurs à un délai raisonnable, ce qui constitue une violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui compte, au rang de ces droits fondamentaux, le droit d'être entendu « dans un délai raisonnable ». ⁶¹⁵

663. Le déni de justice résultant des délais importants est également envisagé d'une manière expresse par la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements qui le classe parmi les risques couverts par l'Agence :

« Article 11. Covered Risks

*(a) ... the Agency may guarantee eligible investments against a loss resulting from one or more of the following types of risk : ... (iii) any repudiation or breach by the host government of a contract with the holder of a guarantee, when (a) the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation or breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such a reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency's regulations, or (c) such a decision cannot be enforced ; ... »*⁶¹⁶

664. Quant aux comportements procéduraux chiliens dont se plaignent les demanderesse, certains relèvent seulement des droits et moyens à la disposition d'une partie défenderesse qui conteste la compétence ; d'autres ne peuvent s'analyser en un déni de justice à

⁶¹⁴ *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, Décision No. 55, 18 juin 1931, Recueil des sentences arbitrales, Vol. V, 191-199.

⁶¹⁵ CEDH, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, Arrêt de la Cour plénière du 26 juin 1993, Requête n°12952/87, série A n°262.

⁶¹⁶ Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, article 11(a)(iii). V. également F. I. Shihata, *MIGA and Foreign Investment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 132-134. I. Shihata souligne que les cas évoqués par l'article susvisé « represent situations which the Regulations correctly group under the term 'denial of justice.' »

proprement parler, quel que puisse être leur caractère discutable ou leur compatibilité avec l'obligation de bonne foi qui s'impose aux Etats parties à la Convention CIRDI de participer à une procédure arbitrale fût-ce en niant la compétence.

665. Sur la seconde question, celle de savoir si les investissements des demanderesses ont bénéficié d'un traitement juste et équitable, une réponse négative s'impose de l'avis du Tribunal arbitral, compte tenu des conclusions auxquelles il est parvenu précédemment aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique. En bref, il s'agit de la conclusion selon laquelle M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne.
666. On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées ainsi que le fait que les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes formulées par les demanderesses.
667. Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure.⁶¹⁷
668. Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire. Comme la défenderesse l'a souligné :

«[...] les gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990, au moyen d'élection libres, le Gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'état du 11 septembre 1973. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation avec les confiscations, a été approuvée une

⁶¹⁷ V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo) : « *La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur la plan matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés soufferts par des personnes pendant cette période* » ainsi qu'à la page 264 : « *Il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de bien de CPP S.A. et Clarin Ltée. Bien au contraire, la République du Chili est constante [sic ; devrait dire « consciente »] des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes.* »

loi qui dispose de la restitution ou indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l'initiative de l'Exécutif ». ⁶¹⁸

669. Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au Gouvernement chilien. Malheureusement, cette politique ne s'est pas été traduite dans les faits, en ce qui concerne les demandresses, pour des raisons diverses qui, au moins pour partie, n'ont pas été révélées ou clairement expliquées par les témoignages ou les autres preuves fournies au Tribunal arbitral. Ainsi qu'on a pu le constater, il n'a nullement été établi, ni même rendu vraisemblable, que M. Pey Casado n'aurait joué qu'un rôle d'intermédiaire voire de prête-nom et que MM. Venegas, Gonzalez ou Carrasco auraient été les véritables propriétaires des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. En particulier, les déclarations ou autres affirmations de ces derniers (par exemple quant à l'attribution à une fondation scientifique – avec le concours de Me Ovalle, un proche de la junte militaire – des biens confisqués) laissent subsister de nombreux points obscurs, compte tenu des circonstances de l'époque. Quoi qu'il en soit de la pertinence et de la valeur des éléments qui ont été retenus à cet égard en droit interne chilien, ces éléments ne peuvent prévaloir sur les considérations qui ont conduit le Tribunal arbitral aux conclusions précédemment énoncées, en application des dispositions de l'API.

670. Il est constant dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine qu'un traitement discriminatoire de la part d'autorités étatiques envers ses investisseurs étrangers constitue une violation de la garantie de traitement « *juste et équitable* » inclus dans des traités bilatéraux d'investissement. Comme l'a décidé le Tribunal arbitral dans l'affaire *Waste Management v. Mexico* :

« fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice ». ⁶¹⁹

671. Un comportement discriminatoire sera couvert comme violation du traitement « *juste et équitable* » notamment dans les cas où le traité bilatéral en question ne contient pas de

⁶¹⁸ Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 11.

⁶¹⁹ *Waste Management Inc. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, pp. 35-36.

garantie expresse contre des actes arbitraires ou discriminatoires. Comme l'a récemment résumé un commentateur :

*« The protection of foreign investors against arbitrary and discriminatory treatment also plays a major role in the operation of fair and equitable treatment. While sometimes international investment treaties contain a specific provision prohibiting such treatment, arbitral tribunals also ground this aspect in free-standing guarantees of fair and equitable treatment ».*⁶²⁰

672. Même dans les cas où le traité bilatéral contient une interdiction expresse de comportement arbitraire et discriminatoire, les tribunaux arbitraux ont décidé qu'un tel comportement violerait, en même temps, l'obligation de traiter ses investisseurs de manière « juste et équitable ». Par exemple, dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le tribunal arbitral a jugé que :

*« The standard of protection against arbitrariness and discrimination is related to that of fair and equitable treatment. Any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment ».*⁶²¹

673. De même, M. Vasciannie explique :

*« [...] if there is discrimination on arbitrary grounds, or if the investment has been subject to arbitrary or capricious treatment by the host State, then the fair and equitable standard has been violated. This follows from the idea that fair and equitable treatment inherently precludes arbitrary and capricious actions against investors ».*⁶²²

674. Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable..

⁶²⁰ Stephan W. Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, International Law and Justice Working Papers, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2006, p. 19.

⁶²¹ *CMS Gas Transmission Company c. La République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, p. 84.

⁶²² S. Vasciannie, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, 70 *The British Yearbook of International Law* 133 (1999).

VIII. DOMMAGES

675. Le Tribunal arbitral a constaté précédemment, outre sa compétence pour statuer sur la demande d'arbitrage formulée auprès du CIRDI par la première et par la seconde demanderesse, que, sur le fond, M. Pey Casado était bien le propriétaire des biens confisqués par les autorités chiliennes et que l'investissement n'avait pas fait l'objet du « *traitement juste et équitable* » prescrit par l'API. En d'autres termes, il a constaté que la défenderesse avait commis un déni de justice et violé, avec la Décision n°43 du 28 avril 2000 et son application, l'obligation d'accorder à l'investissement un traitement juste et équitable.
676. On rappellera aussi à ce propos que, dans l'analyse *ratione temporis* de sa compétence et celle de l'applicabilité des dispositions de fond applicables, le Tribunal arbitral est parvenu à la conclusion que l'article 4 API était bien applicable (après son entrée en vigueur) au déni de justice allégué par les demanderesses.
677. On observera enfin, toujours sur le fond, que la réalité des violations alléguées - ou, plus précisément, en son principe, l'illégalité des confiscations opérées par l'autorité militaire chilienne sur les biens litigieux, n'est pas contestée par la défenderesse.⁶²³ Pas plus que cette dernière ne conteste l'obligation d'indemniser les victimes de confiscations contraires au droit. Ce qu'elle conteste en revanche, ainsi qu'on l'a vu, c'est la qualité pour agir des demanderesses, découlant de leur qualité de propriétaire ou d'investisseur.
678. On se référera à ce propos, par exemple, aux déclarations des représentants de la partie chilienne devant le Tribunal arbitral. Celle-ci a expliqué que la Décision n°43 « *est née d'une procédure établie par une loi chilienne de 1998 selon laquelle l'Etat se proposait d'indemniser les personnes qui avaient été expropriées durant la période de la dictature militaire* ». En novembre 1995, l'Etat chilien a indiqué à M. Pey Casado « *qu'une loi était en cours d'élaboration et que celle-ci, une fois votée, permettrait d'indemniser les personnes qui avaient fait l'objet d'une expropriation* ». ⁶²⁴ On notera en passant qu'il s'est

⁶²³ V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo), cité ci-dessus.

⁶²⁴ V. la lettre du Ministère des Biens Nationaux du 20 novembre 1995 : « *Compte tenu de ce qui vient d'être exposé, je me permets de porter à votre connaissance le fait que, pour le moment, il n'est pas possible d'accéder à ce qui est demandé, dès lors que la loi qui va régler la situation par vous décrite n'a pas encore été promulguée.* » (annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

abstenu alors d'indiquer à M. Pey Casado s'il entrerait ou non dans la catégorie des personnes ainsi visées. Selon les demanderesse, cette législation, inexistante en 1995, « *prendra trois années avant d'être finalement votée* ». ⁶²⁵

679. Ces faits ainsi rappelés, et la question de la qualité pour agir des demanderesse ayant été tranchée par le Tribunal arbitral, il reste à ce dernier à tirer les conséquences de ce qui précède, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant.

A. Le dommage souffert par les parties demanderesse

680. L'existence même de dommages résultant de la confiscation n'appelle aucune analyse particulière. Cette existence résulte à la fois, à l'évidence, de la nature des choses, d'une part, et de sa reconnaissance par la défenderesse d'autre part, et cela du seul fait des décisions prises en faveur de MM. Gonzalez, Vinegas, Carrasco et Sainte-Marie. On ne conçoit pas, en effet, l'octroi d'une quelconque indemnité par l'autorité chilienne - fût-ce à d'autres que le véritable propriétaire des biens confisqués, par erreur ou intentionnellement - sans l'admission de dommages causés par la confiscation.

681. Et il est superflu d'ajouter que cette constatation élémentaire est indépendante du droit applicable, qu'il soit interne (chilien) ou international. Quelle qu'ait pu être la base juridique retenue par la défenderesse dans sa décision d'indemniser, le Tribunal arbitral, lui, ne peut que se fonder sur le droit international pour constater le déni de justice et le dommage résultant nécessairement du traitement (non "*juste et équitable*") ⁶²⁶ réservé à l'investissement.

1. Position des demanderesse

682. Dans leurs mémoires et dans la procédure orale, les demanderesse ont exposé (en tenant compte de la décision du Tribunal du 8 mai 2002 joignant les exceptions au fond) les raisons pour lesquelles elles avaient « *droit à réparation conformément aux principes généraux du droit international, aux principes dégagés par la jurisprudence internationale*

⁶²⁵ V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 52 et ss (Me Malinvaud).

⁶²⁶ V. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 50 et ss (Me Di Rosa).

et au droit chilien ». ⁶²⁷ On notera à ce propos que les demanderesse ont fondé leur réclamation principalement sur la notion d'expropriation et l'article 5 de l'API - alors que le Tribunal arbitral, compte tenu aussi des limites temporelles de sa compétence, a estimé que la base juridique correcte de la réclamation se trouvait (et ne pouvait se trouver que) dans l'article 4 de l'API relatif au traitement juste et équitable. Les demanderesse ont souligné que « la Décision N° 43 et le mécanisme mis en oeuvre... pour régler la somme d'environ USD 9 millions à des tiers non propriétaires » constituaient « également » une violation de l'API du 2 octobre 1991. ⁶²⁸

683. Enfin, elles ont chiffré leur préjudice à USD 52'842'081.-- pour ce qui concerne le *damnum emergens* et à USD 344'505'593.-- pour le *lucrum cessans*, sommes à parfaire et à augmenter, en particulier, de la réparation des dommages moraux infligés à M. Pey Casado. ⁶²⁹ La question des intérêts et de leur calcul sera évoquée plus loin.

2. Position de la défenderesse

684. Ainsi qu'il résulte des faits et de l'exposé qui précède, dès lors qu'elle dénie, pour divers motifs exposés et discutés précédemment, toute légitimité à M. Pey Casado et à son cessionnaire, la Fondation Allende, pour présenter des revendications et pour réclamer réparation, la défenderesse n'a pas jugé nécessaire ou utile de discuter ou de réfuter les thèses des demanderesse quant à l'évaluation d'un préjudice (à son avis inexistant). Elle a cependant contesté fermement les méthodes d'évaluation des dommages et intérêts employées par ses parties adverses. Dans ce contexte, elle a produit un important rapport d'expertise ⁶³⁰ contre le rapport d'évaluation émis par les demanderesse portant sur le groupe d'entreprises « Clarín ». ⁶³¹

⁶²⁷ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire, du 11 septembre 2002, p. 2.

⁶²⁸ *Id.*

⁶²⁹ *Id.*

⁶³⁰ Evaluation établie par M. Brent C. Kaczmarek, du 3 février 2003, soumis par la défenderesse au soutien de son contre-mémoire du 3 février 2003.

⁶³¹ Rapport émis par « Alejandro Arraez et Associés, S.A. » sur l'évaluation du groupe d'entreprises chilien « Clarín », du 3 septembre 2002 ; rapport complémentaire émis par « Alejandro Arraez et Associés, S.A. » à celui émis le 3 septembre 2002 sur l'évaluation du groupe d'entreprises chilien « Clarín », du 28 octobre 2002 ; et les commentaires sur le rapport en réplique émis par M. Kaczmarek, du 19 février 2003.

3. Conclusions du Tribunal arbitral

685. Le Tribunal arbitral estime superflu en l'espèce d'entrer dans une discussion de détail de l'argumentation soutenue par les demanderessees quant à l'évaluation des divers préjudices qu'elles allèguent avoir subis, et cela à la fois pour des raisons de fait et de preuve et en raison du comportement de la défenderesse. Il rappellera cependant que des autorités chiliennes avaient reconnu que M. Pey Casado était propriétaire des titres confisqués⁶³² et que la défenderesse n'ignorait pas la revendication par M. Pey Casado d'une compensation, au moment où elle a décidé d'indemniser d'autres que lui - un acte constituant de l'avis du Tribunal une claire violation du droit à un « *traitement juste et équitable* » prévu par l'API.
686. Il y a lieu de relever d'abord que l'argumentation des demanderessees concernant l'évaluation du dommage (ainsi du reste, par voie de conséquence, que la réfutation esquissée par la défenderesse par exemple avec le rapport de l'expert Kaczmarek) se réfère à l'expropriation intervenue au Chili dans la période 1973-1977, notamment en 1975, et confirmée par la suite.
687. Or le Tribunal arbitral a conclu précédemment que l'expropriation de 1975 ne pouvait « *se voir appliquer les dispositions de fond de l'API* », celles-ci (par exemple en ce qui concerne le « *traitement juste et équitable* ») n'étant applicables qu'aux actes postérieurs à l'entrée en vigueur du traité.
688. L'expropriation survenue avant l'entrée en vigueur du traité ayant été écartée de l'examen du Tribunal arbitral, il en résulte que, pour cette raison déjà, les allégations, discussions et preuves relatives au dommage subi par les demanderessees du fait de l'expropriation,⁶³³ manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un « *traitement juste et équitable* ».
689. Dans l'exercice de son droit et pouvoir d'appréciation des preuves, le Tribunal arbitral ne peut que constater que les demanderessees n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve

⁶³² V., par exemple, le Décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997).

⁶³³ Laquelle était « *consommée* », de l'avis du Tribunal arbitral, « *avec l'entrée en vigueur du décret N° 165 du 10 février 1975* ».

convaincante, ni par pièces, ni par témoignage, ni par expertise, des importants dommages allégués et causés par les faits relevant de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral, et cela qu'il s'agisse du *damnum emergens*, du *lucrum cessans*, ou encore d'un dommage moral - la simple vraisemblance d'un dommage dans les circonstances concrètes de l'espèce ne suffisant évidemment pas.

690. Le Tribunal arbitral ne sous-estime pas les difficultés pratiques pouvant confronter les demanderesses, le cas échéant, dans la recherche et l'obtention des preuves, dont la charge leur incombe, des dommages allégués et de leur montant. Il ne saurait pour autant prendre l'initiative de recourir à une ou plusieurs expertises au motif que ces dernières seraient susceptibles d'apporter ou de faciliter les preuves nécessaires, que les demanderesses n'ont pu fournir jusqu'ici.
691. Il est clair aussi, quoi qu'il en soit, que tout recours à une expertise, l'expérience arbitrale le montre, est en soi généralement de nature à augmenter, parfois fortement, la durée et les coûts d'un arbitrage. En tout état de cause, le Tribunal arbitral est conscient de son devoir de mettre un terme, dès que l'état du dossier le permet, à une procédure d'une durée qui, dépassant la moyenne, a été allongée, ainsi qu'on l'a vu, pour des raisons diverses, dont la complexité inhabituelle des questions litigieuses et l'attitude même des parties.
692. En l'absence de preuves convaincantes apportées par les demanderesses et le recours à une ou plusieurs expertises devant être exclu, le Tribunal arbitral est cependant en mesure de procéder à une évaluation du dommage à l'aide d'éléments objectifs dès lors que, selon les données incontestées résultant du dossier, les autorités chiliennes elles-mêmes, à la suite de la Décision n° 43, ont fixé le montant de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à une indemnisation.
693. Il convient de rappeler dans ce contexte que le préjudice à indemniser n'est pas celui souffert à la suite de l'expropriation (demande qui n'est pas couverte par les dispositions de fond de l'API), mais celui souffert en raison des violations de l'API que le Tribunal arbitral a constatées et à propos desquelles il est compétent pour rendre une décision. Notamment, l'indemnisation doit servir à mettre les demanderesses 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 demanderesses, 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 demanderesse dans la présente instance, celles-ci étant, le Tribunal arbitral l'a constaté, les véritables propriétaires des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Par conséquent, c'est le montant payé comme indemnisation en vertu de la Décision n°43 qui correspond au préjudice souffert par les demanderesse.

694. L'indemnisation décidée par la Décision n°43 du 28 avril 2000 a été alloué par le Ministère des Biens Nationaux en vertu des décrets d'indemnisation n° 76-79, en date du 11 avril 2002. Il s'agit d'un montant global d'indemnisation de USD 10 millions, bien que le montant exact soit contesté entre les parties. .
695. La demanderesse a communiqué, par une lettre en date du 19 juillet 2007, au Tribunal les documents qui, selon elles, lui permettent de connaître les montants précis alloués aux bénéficiaires de la Décision n°43 adoptée par Ministère chilien des biens nationaux le 28 avril 2000 et des décrets n°76-79.
696. Selon les demanderesse, le montant précis alloué a été de 196.736,603 UTM,⁶³⁴ montant qui aurait été calculé par des experts nommés par l'administration chilienne comme montant de l'indemnisation, approuvé en tant que tel par l'ordre ministériel n°165 du 2 avril 2002,⁶³⁵ et inclus dans les décrets d'indemnisation n°76-79 du 11 avril 2002.
697. D'après l'article 13 de la Loi n°19.518, « *le montant de l'indemnisation sera exprimé en unités tributaires mensuelle [UTM] et sera payé en cinq quotas annuelles successives* ». Les demanderesse expliquent en outre que « *l'UTM est une unité de compte interne du Chili mise à jour selon l'inflation* » dont la « *valeur est publié on-line par la Banque Centrale du Chili* ».
698. En ce qui concerne la conversion du montant UTM en Dollars, les demanderesse, se basant sur l'article 8 de la Loi n°19.518 (publiée au Journal Officiel le 23 juillet 1998) portant sur la restitution où l'indemnisation de bien confisqués, ont soutenu que la valeur de biens immobiliers devait être indemnisée « *à la date de la publication de la présente*

⁶³⁴ V. la lettre des demanderesse du 19 juillet 2007.

⁶³⁵ V. lettre des demanderesse du 29 octobre 2007.

loi. » D'après les demanderesse, à cette date, soit en juillet 1998, « l'équivalent des 196.736,603 UTM était de 4.949.105.985 pesos ». ⁶³⁶ Le cours du dollar à ce jour aurait été de 465,16. Sur cette base, les demanderesse ont prétendu que le montant précis alloué aux bénéficiaires de la Décision n°43 était d'USD 10.639.577,74. De plus, les demanderesse ont remarqué que la contrevaletur des 196.736,603 UTM à la date du 18 octobre 2007 était d'USD 13.264.471,02.

699. La défenderesse a fourni son analyse dans des lettres du 18 octobre 2007 et du 9 novembre 2007. Produisant une lettre de la Trésorerie Générale de la République en date du 17 août 2007, la défenderesse a soutenu que l'indemnisation en question n'aurait pas été faite en unités UTM, mais en une autre unité comptable, notamment l' « *Unidad de Fomento* » (UF ; d'après les demanderesse, il s'agit d'une « *Inflation-Indexed Accounting Unit* »). D'après la défenderesse, le montant de l'indemnisation aurait été de 343.578,61 UF ; l'équivalent des montants en dollars payés pendant les années 2003 à 2007 serait d'USD 10.132.690,18. ⁶³⁷ Par contre, l'équivalent de 343.578,61 UF à la date du 11 avril 2002, date de décrets d'indemnisation, aurait été d'USD 8.674.750,91.
700. Les demanderesse ont fourni des remarques supplémentaires dans une lettre en date du 29 octobre 2007, réitérant leur position que la date critique pour la conversion serait le 23 juillet 1998, date de la publication de la Loi n°19.518 portant sur la restitution où l'indemnisation de bien confisqués. A cette date, l'équivalent en dollars de 343.578,61 UF aurait été d'USD 10.607.830,77.
701. La défenderesse, elle, a fourni des commentaires additionnels par lettre reçu le 9 novembre 2007 (mais erronément datée du 18 octobre 2007).
702. Le Tribunal estime qu'il n'a pas à se prononcer sur les modalités des paiements (calculs, taux de conversion entre UTM/UF et USD, etc.) décidés et effectués au Chili par les autorités. Il considère devoir se fonder seulement sur le montant effectivement payé pendant les années 2003 à 2007, dont l'équivalent en Dollars est de USD 10.132.690,18. Le Tribunal arbitral estime que la condamnation de la défenderesse au paiement d'un tel

⁶³⁶ V. la précision apportée par les demanderesse dans leur courriel du 19 juillet 2007.

⁶³⁷ V. lettre de la défenderesse du 18 octobre 2007.

montant est de nature à placer les demandereses dans la situation dans laquelle elles se seraient retrouvées si elles avaient fait l'objet, après l'entrée en vigueur de l'API, d'un traitement juste et équitable, en l'absence de tout déni de justice.

703. Le déni de justice retenu par le Tribunal arbitral sur la question de la rotative Goss n'entraîne aucune indemnisation supplémentaire. En effet, cette rotative a été la propriété des sociétés dont les titres, appartenant aux demandereses, ont fait l'objet de l'indemnisation décidée par le Tribunal arbitral.

704. Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne la demande relative au dommage moral. Outre le fait que les demandereses n'ont pas apporté de preuves permettant l'évaluation d'un tel préjudice le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demandereses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante.

B. Intérêts

1. Position des parties

705. Dans leur exposé complémentaire sur le fond de l'affaire, les demandereses ont conclu à ce que le Tribunal arbitral « condamne l'Etat défendeur à payer aux demandereses des intérêts moratoires à partir de la date du 11 septembre 2002 et jusqu'à son exécution intégrale ». ⁶³⁸ D'après les demandereses, le Tribunal arbitral aurait à appliquer des intérêts composés. Au soutien de cet argument, les demandereses ont fait référence à plusieurs sentences arbitrales, au rapport d'expert de « Alejandro Arráez y Asociados, S.A. », ainsi qu'à de diverses références doctrinales. ⁶³⁹

706. Quant au moment à partir duquel le paiement d'intérêts serait dû, les demandereses ont distingué :

- le « *dies a quo des dommages-intérêts compensatoires* », qui serait dû depuis la date de l'évènement dommageable (d'après les demandereses, celle de la saisie des biens

⁶³⁸ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 152,

⁶³⁹ V. *id.* pp. 148-150.

de CPP S.A. et d'EPC Ltda en septembre 1973) et qui est inclut directement dans le calcul des dommages des demandresses⁶⁴⁰ ; et

- le « *dies ad quem des intérêts moratoires* » qui consisterait en les intérêts dûs depuis le 11 septembre 2002 (date du mémoire incluant les conclusions des demandresses) jusqu'à la date d'exécution de la Décision.⁶⁴¹

707. Quant au taux d'intérêt à appliquer, les demandresses ont demandé que le Tribunal arbitral applique un taux de 10%, étant le taux d'intérêt appliqué dans le rapport d'expert « Alejandro Arráez y Asociados, S.A. ». D'après les demandresses, ce taux serait « *extrêmement raisonnable* » au vu de la pratique suivie dans l'arbitrage international.⁶⁴²

708. La défenderesse a conclu sur la question des intérêts comme suit :

*« Dans le cas où le Tribunal déciderait que des dommages et intérêts sont dus, la République du Chili se réserverait alors le droit d'étudier plus en détail la question du taux d'intérêt et de son calcul, étant donné que ledit taux et son calcul peuvent dépendre des dommages et intérêts octroyés et de la date à partir de laquelle ils le seront. Pour l'information du Tribunal, le montant maximum des dommages s'élevant à 7 002 629 dollars à la date du 31 décembre 2002, tel qu'il a été calculé dans le Rapport Kaczmarek, supposerait un taux d'intérêt maximum de 5,8% basé sur le calcul de rendement de l'actif fourni dans ce même Rapport Kaczmarek. Les dommages maximums s'élevant à 4 852 973 dollars à la date du 31 décembre 2002 (dans prendre en compte la valeur de la presse d'imprimerie Goss) supposeraient un taux d'intérêt maximum de 4,7%, également basé sur le calcul du rendement de l'actif ».*⁶⁴³

2. Conclusions du Tribunal

709. De l'avis du Tribunal arbitral, les demandresses ont droit au paiement d'intérêts composés annuellement sur la somme principale, intérêts courant à partir de la reconnaissance de la créance d'indemnisation par le Chili en vertu des décrets d'indemnisation n° 76-79 des bénéficiaires de la Décision n°43 du 28 avril 2000, soit le 11 avril 2002, jusqu'à la date de la présente sentence.

⁶⁴⁰ *Id.*, pp. 145-147.

⁶⁴¹ *Id.*, pp. 147.148.

⁶⁴² *Id.*, pp. 150-151.

⁶⁴³ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 406.

710. Le principe même de l'intérêt n'est en effet ni contesté ni contestable. Comme l'a souligné le Tribunal arbitral dans l'affaire *CIRDI Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, « *in accordance with a long established rule of international law expressed since 1872 by the Arbitral Tribunal which adjudicated the Alabama case between the U.K. and U.S.A., 'it is just and reasonable to allow interest at a reasonable rate'* ». ⁶⁴⁴
711. Sur les modalités de ce principe (caractère simple ou composé de l'intérêt, taux, dates à retenir, etc.), ni la Convention CIRDI, ni l'API ne fournissent d'indications. Le Tribunal arbitral ne peut que se référer à des principes généraux, à la coutume, la pratique et la jurisprudence internationale (aucune recherche de droit national applicable ne se justifiant en l'espèce vu la nature présent du litige).
712. Quant au taux d'intérêt applicable, s'agissant d'un litige international, il apparaît approprié d'appliquer un taux d'intérêt de 5% qui reflète un taux commercial raisonnable pendant la période considérée vu la nature du présent litige.
713. L'indemnité à accorder aux victimes de la violation, constatée précédemment, de l'obligation internationale liant l'investisseur à l'Etat d'accueil, est-elle due avec des intérêts simples ou des intérêts composés ? Si la première solution paraît dominante dans le domaine des litiges commerciaux, il n'en est pas de même en matière d'investissements internationaux, où la question, d'abord controversée et incertaine, a subi à une époque récente une nette évolution, comme l'atteste la jurisprudence et la doctrine.
714. Ainsi, dans l'affaire *Wena Hotels Limited c. Egypte*, le Tribunal arbitral, se ralliant à la sentence *Metalclad*, ⁶⁴⁵ a déclaré que l'intérêt composé :

« will best 'restore the Claimants to a reasonable approximation of the position in which it would have been if the wrongful act had not taken place.' Although the Metalclad tribunal awarded compound interest without comment, this panel feels that a brief explanation of its decision is warranted. This Tribunal believes that an award of compound (as opposed to simple) interest is generally appropriate in most modern, commercial arbitrations. As Professor Gotanda has observed 'almost all financing and investment vehicles involve compound interest ... If the claimant could have received compound interest

⁶⁴⁴ Affaire CIRDI n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, para. 112.

⁶⁴⁵ *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, para. 128.

*merely by placing its money in a readily available and commonly used investment vehicle, it is neither logical nor equitable to award the claimant only simple interest.' For similar reasons, Professor Mann has 'submitted that ... compound interest may be and, in absence of special circumstances, should be awarded to the claimant as damages by international tribunals' ».*⁶⁴⁶

715. De même, dans l'affaire *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, le Tribunal arbitral, citant plusieurs sentences CIRDI dans la même sens, a exprimé l'opinion que « *application of compound interest is justified as part of the integral compensation owed to the Claimant as a result of the loss of its investment* ». ⁶⁴⁷
716. Le Tribunal arbitral partage pleinement cette opinion pour les raisons générales indiquées, et compte tenu des circonstances de la présente espèce.

C. Conclusion sur les dommages et intérêts

717. Par conséquent, la défenderesse doit payer aux demandereses un montant total de USD 10.132.690,18, portant intérêt au taux de 5%, composé annuellement, à compter du 11 avril 2002 jusqu'à la date d'envoi de la présente sentence.

⁶⁴⁶ *Wena Hotels Limited c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000, para. 129.

⁶⁴⁷ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, para. 196. V. aussi *Azurix Corp. c. République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, para. 440 où le Tribunal arbitral a conclu que « *compound interest reflects the reality of financial transactions, and best approximates the value lost by an investor* ». *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. République du Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, para. 251 : « [...] *compound interest is more in accordance with the reality of financial transactions and a closer approximation to the actual value lost by an investor.* », faisant référence à la décision du Tribunal arbitral dans l'affaire *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. République du Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, para. 104 : « *Where an owner of property has at some earlier time lost the value of his asset but has not received the monetary equivalent that then became due to him, the amount of compensation should reflect, at least in part, the additional sum that his money would have earned, had it, and the income generated by it, been reinvested each year at generally prevailing rates of interest.* » V. aussi *Middle East Shipping and Handling Co. S.A. c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002, paras. 174-175. Le Comité ad hoc dans l'affaire *Wena Hotels Ltd. c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/98/4, décision du Comité ad hoc du 28 janvier 2002, a décidé que, même dans un cas où la demanderesse n'a pas expressément demandé des intérêts composés, « *both parties must have been aware of the possibility that the Tribunal, referring to international practice might consider compound interest as 'appropriate' in the particular case* ». Pour des exemples dans la doctrine, il suffira de rappeler les travaux de G. Arangio Ruiz, Rapporteur spécial de la Commission du Droit international de l'ONU, *State Responsibility*, [1989] 2 Y.B. Int'l Comm'n 1, 29, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1989/Add.1), et les études du juge S. Schwebel, *Compound Interest in International Law*, Transnational Dispute Management, Vol. 2/5, novembre 2005, et du Professeur J.Y. Gotanda, *Compound Interest in International Disputes*, Oxford University Comparative Law Forum (2004).

718. La République du Chili doit faire ce paiement dans un délai de 90 jours à compter de la date de la date d'envoi de la présente sentence. Si le paiement n'est pas fait dans ce délai, le montant portera intérêts composés annuellement au taux de 5%, à compter de la date d'envoi de la présente sentence jusqu'à celle du parfait paiement.

IX. COÛTS DE LA PROCÉDURE

A. Position des parties

719. En ce qui concerne les coûts de l'arbitrage, les deux parties ont conclu à ce que l'autre soit condamnée au paiement de l'intégralité des coûts de l'arbitrage, y compris les « *frais et honoraires des Membres du Tribunal, les frais relatifs à l'utilisation des installations du CIRDI, les frais de traduction, ainsi que les frais et honoraires de conseils à raison des avocats, experts et autres personnes appelées à comparaître devant le Tribunal ou à lui soumettre leur opinion* ». ⁶⁴⁸ D'après les demanderesses, devrait être ajoutés à ces coûts les :

« frais encourus pour retrouver les titres de propriété de CPP S.A. et EPC Ltée, saisis illégalement dans les bureaux de M. Pey le 11 septembre 1973, ainsi que pour leur récupération par décision de la 8^{ème} Chambre Criminelle de Santiago le 19 mai 1995, sans lesquels il aurait été impossible de saisir la juridiction internationale ». ⁶⁴⁹

720. Selon les demanderesses, la condamnation de la défenderesse aux frais se justifierait en outre par le « *manque flagrant de coopération de la défenderesse avec le CIRDI et son obstruction à la formation et au fonctionnement du Tribunal [...]* ». ⁶⁵⁰

721. La défenderesse a conclu à ce que « *tous les coûts qu'elle a dû payer lors de l'arbitrage lui sont remboursés par les Demanderesses* », y inclus « *[l]es vacations et dépenses professionnelles, y compris celles des avocats, des experts, des témoins et du Tribunal, des frais administratifs du CIRDI et des autres coûts administratifs divers dont a dû s'acquitter la République de Chili durant le procès* ». ⁶⁵¹

⁶⁴⁸ Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 151.

⁶⁴⁹ *Id.*, p. 151.

⁶⁵⁰ *Id.*, pp. 151-152.

⁶⁵¹ Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 407.

722. Les parties ont soumis leurs coûts par lettres en dates du 23 octobre 2007 (pour les demanderessees) et du 3 novembre 2007 (pour la défenderesse).
723. Les demanderessees ont soutenu que leurs coûts encourus serait d'USD 1.730.000 en tant que comme coûts de procédure ; et de € 8.835.996, plus USD 1.032.253 comme coûts exposés pour sa représentation et les honoraires de ses conseils, experts, etc.⁶⁵²
724. La défenderesse a déclaré avoir payé un total d'USD 4.389.111,56, ce qui exclut pourtant les coûts de procédure proprement dit.⁶⁵³
725. Dans une lettre en date du 20 novembre 2007, la défenderesse a exprimé ses objections contre la soumission des coûts de la part des demanderessees, concluant à ce que le Tribunal ne prenne pas en compte la documentation fournie par les demanderessees au soutien de leur lettre concernant les coûts. D'après la défenderesse, les demanderessees auraient, *inter alia*, manqué à leur obligation d'expliquer et de prouver les taux de change appliqué entre les différentes monnaies en question, ainsi que les dates auxquelles elles auraient procédé à la conversion. Plus fondamentalement, la défenderesse a soutenu que les coûts allégués par les demanderessees seraient excessifs et que les demanderessees auraient manqué à leur obligation de rapporter la preuve que les coûts allégués étaient des coûts réels, c'est-à-dire que les montants en question ont en fait été payés par les demanderessees.⁶⁵⁴

B. Conclusions du Tribunal

726. Il est constant qu'en fixant les coûts de la procédure ainsi qu'en décidant de leur répartition, en application de l'article 61(2) de la Convention CIRDI,⁶⁵⁵ le Tribunal arbitral dispose d'un large pouvoir d'appréciation.⁶⁵⁶

⁶⁵² V. les annexes à la lettre des demanderessees du 23 octobre 2007 et le rectificatif dans la lettre des demanderessees du 7 novembre 2007.

⁶⁵³ V. lettre de la défenderesse du 3 novembre 2007.

⁶⁵⁴ Voir la lettre de la défenderesse du 9 novembre 2007 (datée par erreur du 18 octobre 2007).

⁶⁵⁵ « *Dans les cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposés par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence.* »

⁶⁵⁶ V., par exemple, *Consortio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, affaire CIRDI n° ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005, p. 42.

727. Il y a lieu de distinguer les coûts de la procédure arbitrale proprement dite (qui comprennent les frais de l'institution qu'est le Centre et les honoraires et frais des Arbitres) des coûts exposés par chaque partie pour la présentation de sa cause et les honoraires de ses conseils, experts, etc.
728. Pour les premiers, le Tribunal arbitral tiendra compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, de l'issue de la cause ainsi que des attitudes respectives des parties. A cet égard, il est constant que, comme le montrent les analyses et conclusions qui précèdent, les demanderesses ont eu gain de cause pour l'essentiel, qu'il s'agisse de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral, du principe de la responsabilité de la République du Chili et de la violation de l'obligation internationale d'accorder à l'investissement un « *traitement juste et équitable* », ainsi que, sur le fond, de leur qualité de propriétaire des investissements visés par les diverses mesures prises par les autorités chiliennes. Cela en dépit de la contestation déterminée opposée dès le début à la compétence internationale et à leurs réclamations. Au regard de ces faits, il apparaît relativement secondaire que le montant de l'indemnisation finalement allouée aux demanderesses ne représente qu'un faible pourcentage des dommages-intérêts sollicités par elles.
729. En outre, le Tribunal arbitral estime approprié de prendre en considération l'attitude des parties et leur degré de coopération à la procédure et à la mission confiée au Tribunal. De ce point de vue, force est de constater que la durée de la présente procédure, et par conséquent ses coûts pour toutes les parties et pour le Centre, ont été notablement augmentés par la politique adoptée par la défenderesse consistant, au-delà des exceptions usuelles ou « normales » à la compétence, à multiplier objections et incidents parfois incompatibles avec les usages de l'arbitrage international.
730. Cela étant, la solution couramment adoptée par les tribunaux arbitraux internationaux consistant à prescrire à chaque partie de supporter le coût de ses frais et dépens⁶⁵⁷ ne serait pas appropriée de l'avis du Tribunal arbitral, pour qui il se justifie de mettre à la charge de

⁶⁵⁷ Ainsi, par exemple, dans les cas *Maffezini c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7, sentence du 9 novembre 2000, paras. 98-99 ; *Middle East Shipping and Handling Co. S.A. c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002, paras. 176 ; *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, para. 130.

la défenderesse une contribution aux frais et dépens exposés par les demanderesses, que le Tribunal arbitral estime approprié de fixer à USD 2.000.000,- (deux millions).

731. Quant aux frais de procédure proprement dit, le Tribunal arbitral estime approprié, compte tenu des circonstances et des observations qui précèdent, qu'ils soient supportés par les parties dans la proportion de : 3/4 du montant total (soit USD 3.136.893,34) pour la défenderesse et 1/4 du montant total (soit USD 1.045.631,11) pour les demanderesses. En conséquence, le Tribunal arbitral ordonne à la défenderesse de payer aux demanderesses la somme de USD 1.045.579,35.⁶⁵⁸
732. La République du Chili doit effectuer ces paiements dans un délai de 90 jours à compter de la date de la date d'envoi de la présente sentence. Si ces paiements ne sont pas faits dans ce délai, les montants porteront intérêts composés annuellement au taux de 5%, à compter de la date d'envoi de la présente sentence jusqu'à celle du parfait paiement.

⁶⁵⁸ Le montant total des frais de la procédure (USD 4.182.524,45) contient une estimation des frais d'expédition de la sentence et peut donc être sujet à une variation minime. Un état financier sera émis par le CIRDI lorsque le compte sera clos. En outre, le montant total des frais de la procédure dépasse le montant des avances payées par les parties (USD 4.109.900). La différence est couverte par les intérêts engendrés par le compte de l'affaire, à savoir USD 72.627,97 (montant déterminé à la date d'envoi de la sentence qui pourra accroître jusqu'à la clôture du compte). La somme de USD 1.045.579,35, qui doit être remboursée par la partie défenderesse aux parties demanderesses, est le résultat de la différence entre les 3/4 du montant total des frais de la procédure (USD 3.136.893,34) et les avances effectuées par la partie défenderesse (USD 2.055.000,-) ajoutées à la moitié des intérêts accrus (USD 36.313,99).

X. DISPOSITIF

Par ces motifs

Le Tribunal arbitral, à l'unanimité,

1. décide qu'il est compétent pour connaître du litige entre les demanderessees et la République du Chili ;
2. constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderessees d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ;
3. constate que les demanderessees ont droit à compensation ;
4. ordonne à la République du Chili de payer aux demanderessees le montant de USD 10.132.690,18, portant intérêt au taux de 5%, composé annuellement, à compter du 11 avril 2002 jusqu'à la date d'envoi de la présente sentence ;
5. met à la charge de la défenderesse une contribution aux frais et dépens exposés par les demanderessees, d'un montant de USD 2.000.000,- (deux millions) ;
6. décide que les frais de procédure seront supportés par les parties dans la proportion de : 3/4 du montant total (soit USD 3.136.893,34) pour la défenderesse et 1/4 du montant total (soit 1.045.631,11) pour les demanderessees ; ordonne en conséquence à la défenderesse de payer aux demanderessees la somme de USD 1.045.579,35 ;
7. ordonne à la République du Chili de procéder au paiement dans un délai de 90 jours à compter de la date d'envoi de la présente sentence, des sommes figurant dans le présent dispositif (points 4, 5 et 6), faute de quoi le montant portera intérêts composés annuellement au taux de 5%, à compter de la date d'envoi de la présente sentence jusqu'à celle du parfait paiement ;
8. rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

/signé/
Pierre Lalive, Président
Date : 22 avril 2008

/signé/
Mohammed Chemloul, Arbitre
Date : 18 avril 2008

/signé/
Emmanuel Gaillard, Arbitre
Date : 16 avril 2008