

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

**VICTOR PEY CASADO ET FONDATION**

**PRÉSIDENT ALLENDE**

CONTRE

**LA RÉPUBLIQUE DU CHILI**

*Affaire N° ARB/98/2*

**MEMOIRE EN DUPLIQUE À LA REPLY ON**  
**ANNULMENT DE LA SENTENCE DU 8 MAI 2008**

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

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

Washington, le 28 février 2011



## TABLE DES MATIERES

1. I. LA DEMANDE D'ANNULATION DE LA REPUBLIQUE DU CHILI EST SANS FONDEMENT .....	12
1. LES FONDEMENTS D'ANNULATION RELATIFS À LA CONDUITE DE LA PROCEDURE PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL .....	18
1.1 Le prétendu droit de « contre-interroger » le Demandeur Monsieur Pey .....	18
1.2 Le prétendu manquement au traitement juste et équitable de la République du Chili à l'occasion des demandes de communication de documents .....	19
1.3 La prétendue partialité du Tribunal arbitral.....	22
2. LES FONDEMENTS D'ANNULATION RELATIFS AUX POINTS 1 À 7 DE LA SENTENCE.....	24
2.1 Les fondements d'annulation concernant la compétence du Tribunal arbitral.....	24
2.1.1 Le droit de propriété de Monsieur Pey Casado sur les actions de CPP SA et EPC Ltée : la condition de l'investissement au sens de la Convention .....	24
(a) Le Tribunal n'a pas excédé ses pouvoirs en qualifiant la transaction entre Monsieur Pey et Monsieur Sainte-Marie de contrat de vente .....	25
(b) Le Tribunal arbitral a appliqué le droit chilien à la question du transfert des actions.....	27
2.1.2 La nationalité espagnole exclusive de Monsieur Pey Casado : la condition de nationalité au sens de la Convention.....	29
(a) Le Tribunal arbitral n'a pas renversé la charge de la preuve .....	29
(b) Le Tribunal a appliqué à la détermination de la nationalité de Monsieur Pey le droit chilien, dont la CDN fait partie, et les principes pertinents de droit international .....	33
(c) Le Tribunal arbitral a motivé sa décision sur la renonciation à la nationalité par Monsieur Pey .....	41
2.1.3 Les conditions du consentement au sens de l'API : l'existence d'un investissement.....	42
(a) Le Tribunal arbitral a qualifié l'investissement de Monsieur Pey d'investissement étranger conformément au droit chilien .....	42
(b) La prétendue disparition de l'investissement de Monsieur Pey.....	47
2.2 Les fondements d'annulation concernant les violations par la République du Chili des dispositions de l'API : le déni de justice et le traitement juste et équitable .....	51
2.3 Les fondements d'annulation concernant le calcul du dommage.....	58
<b>2. II. .... L'EXCES DE POUVOIR MANIFESTE DU TRIBUNAL SUR UNE PARTIE DU 8<sup>E</sup> POINT DU</b>	

<b>3. DISPOSITIF DE LA SENTENCE AU SENS DE L'ARTICLE 52(1)(B) DE LA CONVENTION .....</b>	<b>61</b>
1. SUR LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'ANNULATION PARTIELLE.....	61
2. L'EXCES DE POUVOIR MANIFESTE DU TRIBUNAL ARBITRAL.....	66
<b>4. III. LES COUTS DE LA PROCEDURE .....</b>	<b>70</b>
1. FRAIS DE L'INCIDENT SUR L'ADMISSIBILITÉ DU RECOURS EN ANNULATION .....	70
2. FRAIS DE L'INCIDENT SUR LA SUSPENSION PROVISoire DE LA SENTENCE ARBITRALE.....	71
3. FRAIS DE LA PROCÉDURE DE NULLITÉ.....	72
<b>5. IV. CONCLUSION .....</b>	<b>73</b>
<b>PIECES ANNEXÉES</b>	<b>75</b>

1. Conformément à l'Ordonnance de Procédure n°1, les Demanderesses à l'arbitrage (ci-après les "Demanderesses") ont l'honneur de soumettre leur mémoire en duplique (ci-après la Duplique) au mémoire en réplique (ci-après la "Réplique") de la République du Chili (ou la "Défenderesse") communiqué le 23 décembre 2010.
  
2. En tout premier lieu, avant de répondre aux arguments de la République du Chili au soutien de sa demande d'annulation, les Demanderesses contestent la position adoptée par le Chili sur la traduction espagnole de sa Réplique. En effet, en adressant cette version au Centre - *Réplica de anulaci3n* - la République du Chili a indiqué que seul sa version en anglais faisait foi<sup>1</sup>, faisant fi non seulement des règles du Centre et de l'accord des parties lors de la session du 29 janvier 2010 mais surtout empêchant, en pratique, le demandeur, Monsieur Pey<sup>2</sup>, de participer à la préparation de la Duplique. En effet, comme indiqué au Comité *ad hoc* lors de l'audience de janvier 2010, Monsieur Pey ne comprend pas l'anglais et, compte tenu de l'affirmation de la Défenderesse, il ne peut pas véritablement s'appuyer sur la traduction en espagnol communiquée. C'était pour anticiper ces difficultés, entre autres, que les Demanderesses s'étaient opposées à l'introduction d'une nouvelle langue dans la procédure.
  
3. Ceci étant, les Demanderesses constatent que la République du Chili a encore opté pour une Réplique d'une extrême longueur, choisissant de répéter ses arguments, même inexacts ou sans fondement, sans véritablement répondre aux arguments des Demanderesses, faisant sien l'adage "*répéter, c'est prouver*". Dans le cadre de cette stratégie, elle a choisi d'ignorer, voire de travestir certains arguments de la Sentence et/ou des Demanderesses se contentant d'affirmer que son recours n'était pas un appel au fond.
  
4. Le Comité *ad hoc* ne se laissera pas distraire de l'essentiel par des éléments hors sujet ou sans pertinence.
  
5. Dans leur Duplique, les Demanderesses résisteront à la tentation de répondre à chaque argument présenté par la Défenderesse, en particulier, lorsque cette dernière se contente de réaffirmer ses prétentions sans plus de justification que dans sa Demande. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles en reconnaissent la pertinence ou qu'elles acceptent les affirmations du Chili, bien au contraire. Les Demanderesses font ainsi objection à tous les arguments, affirmations ou prétentions présentés par la République du Chili dans la Réplique qu'elles n'auraient pas expressément identifiés et acceptés ci-après. Un commentaire plus détaillé des *specific bases for annulment* est néanmoins proposée au Comité en annexe aux pièces DP-

---

<sup>1</sup> Le 6 janvier 2011, la République du Chili a adressé une *Réplica de anulaci3n* en indiquant "**Spanish Translation; English language shall govern**"

<sup>2</sup> Lors de l'audience de procédure du 29 janvier 2010, les Demanderesses avaient indiqué au Comité *ad hoc* que "*M. Pey joue un rôle très important dans nos travaux, dans notre équipe, or il ne comprend pas l'anglais. Toute communication qui serait faite en langue anglaise nous obligerait à faire, de notre part, un effort de traduction pour qu'il puisse suivre la procédure*" (transcription en français de l'audience de procédure du 29 janvier 2010, page 40, lignes 24 et suivantes, et page 47)

A, DP-B et DP-C. Le manque de consistance de ces *specific bases for annulment* entraînant celui des motifs corrélatifs d'annulation, la réfutation de ces bases s'applique également à tous et chacun des motifs d'annulation qui en découlent, sans qu'il soit besoin de nous répéter

6. Les Demanderesses se concentreront sur l'essentiel, à savoir que, contrairement à l'affirmation du Chili, le présent recours est sans fondement et constitue un appel au fond déguisé (I). Pour ce faire, les Demanderesses suivront le même plan que celui de leur Réponse<sup>3</sup>, afin d'éviter les répétitions et de permettre au Comité *ad hoc* de suivre le raisonnement du Tribunal arbitral, la mission première du Comité étant, au-delà de vérifier le respect des règles fondamentales de procédure, de s'assurer de l'intégrité de la Sentence en analysant le raisonnement suivi par les arbitres pour parvenir à leur décision.
  
7. Il sera ainsi rappelé que la procédure n'a pas été altérée par une quelconque violation d'une règle fondamentale de procédure, *a fortiori*, une violation grave. Par ailleurs, contrairement à l'affirmation de la République du Chili, le Tribunal arbitral n'est pas sorti du cadre fixé par la Convention CIRDI que ce soit en se reconnaissant compétent, ou en condamnant la République du Chili pour avoir manqué à ses obligations au titre de l'API à l'égard de Monsieur Pey Casado et de la Fondation espagnole Président Allende.
  
8. Il sera également démontré que le Tribunal arbitral :
  - a appliqué les normes de droit applicables, en particulier les normes de droit chilien pertinentes pour décider que les conditions de compétence du Tribunal de la Convention CIRDI et de l'API - relatives à la nationalité et à l'investissement - étaient remplies ;
  - n'a pas manifestement excédé ses pouvoirs pour reconnaître sa compétence ;
  - a fait un travail considérable d'analyse et de rédaction en énonçant le raisonnement l'ayant conduit à sa décision.
  
9. Dans une seconde section, elles expliqueront les raisons pour lesquelles leur demande en annulation partielle de la Sentence est recevable et fondée (II), et évoqueront enfin la question des frais de la procédure en annulation (III).

---

<sup>3</sup> La République du Chili reproche à demi-mots le choix des Demanderesses de suivre un plan qui correspond à la structure de la Sentence (voir Mémoire en Réplique §6). C'est pourtant ce même plan qu'avait adopté la Défenderesse dans sa Requête en annulation

10. A titre préliminaire, les Demanderesses constatent que la demande d'annulation du Chili s'inscrit dans la continuité de ses agissements et constitue "*una truffa processuale*".
11. Comme il a été maintes fois mis en évidence lors de la procédure qui s'est achevée par la Sentence du 8 mai 2008, dès la communication de la Requête d'arbitrage le 7 novembre 1997, la délégation chilienne a ignoré les obligations de l'État chilien tentant d'entraver l'accès des investisseurs espagnols à l'arbitrage par tous les moyens imaginables, licites ou non, entraînant des conséquences équivalentes à la confiscation du droit à l'arbitrage<sup>5</sup>. La fraude que constitue l'opération autour de la Décision n°43 en a été un des piliers, la Défenderesse imaginant par ce moyen s'absoudre de toute condamnation.
12. Le recours constant à de tels procédés tout au long de l'arbitrage a conduit les Demanderesses à soulever des objections et protestations tant l'emprise de ces agissements a pesé sur la procédure, en multipliant, plus de dix années durant, fausses pistes et entraves. Leur résumé jusqu'au 19 septembre 2005 figure dans la pièce CN180f. C'est également les agissements du Chili qui ont conduit les Demanderesses à solliciter auprès du Président du Conseil administratif du Centre la levée de l'immunité de l'arbitre désigné par la Défenderesse, en raison de la violation des obligations au titre des articles 6(2)<sup>6</sup> et 15(1)<sup>7</sup> du Règlement d'arbitrage, et de l'article 44<sup>8</sup> de la Convention de Washington.<sup>9</sup> Le Président du Conseil administratif du CIRDI y a répondu le 19 avril 2007:
- Nous avons pris note des raisons exposées dans votre communication et de leur caractère sérieux et par conséquent nous traiterons avec la plus grande diligence votre requête au moment procédural opportun pour la déposer, à savoir quand les délais pour exercer les recours prévus par la Convention contre la sentence du Tribunal seront expirés.*<sup>10</sup>
13. Le Comité *ad hoc* constatera que la conduite dilatoire et peu coopérative du Chili s'est poursuivie pendant la procédure de recours en annulation<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> Terme italien signifiant *fraude procesal* (esp.) ou *fraude de la procédure* (fr.)

<sup>5</sup> La possibilité d'expropriation du droit à l'arbitrage, une variante du déni de justice et de l'abus de droit, a été acceptée dans la Sentence du 30 juin 2009 *Saipem SpA c/ Bangladesh*, CIRDI No. ARB/05/7, prononcée par les Professeurs G. Kaufmann-Kohler et Ch. H. Schreuer et Sir Ph. Otton, pp.121-122, 149-191, accessible sur [http://ita.law.uvic.ca/documents/SaipemBangladeshAwardJune3009\\_002.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/SaipemBangladeshAwardJune3009_002.pdf)

<sup>6</sup> « Je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le Tribunal »

<sup>7</sup> « Les délibérations du Tribunal ont lieu à huis clos et demeurent secrètes ».

<sup>8</sup> « Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente Section et, sauf accord des parties, au Règlement d'Arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. »

<sup>9</sup> Pièce DP42f

<sup>10</sup> Pièces DP43f et DP44f

<sup>11</sup> Les membres du Comité *ad hoc* se souviendront de la sortie très tardive du Décret Suprême n°111 daté du 21 avril 2008 auquel le Chili a attribué l'autorisation de déposer le recours du 5 septembre 2008. Le Comité se

14. Dès avant l'enregistrement de la Requête d'arbitrage le 24 avril 1998 la République du Chili a maintenu qu'elle n'accepterait pas une sentence arbitrale la condamnant. Ce recours en annulation s'imposait d'autant plus que la condamnation s'appuie sur la Décision n°43 du 28 avril 2000, acte administratif pris par la Défenderesse en vue de mettre un terme à la procédure.
15. Pour ces raisons, la République du Chili soutient l'annulation de l'intégralité de la Sentence quand bien même les positions doctrinales et décisions jurisprudentielles sur lesquelles elle fonde ses prétentions n'ont, pour la plupart, pas vocation à s'appliquer et ses affirmations sont largement contredites par les pièces et arguments juridiques du dossier, et les normes que la République du Chili prétend applicables ne le sont pas. A titre d'illustration, le Comité *ad hoc* se référera :
- aux paragraphes 280 et suivants de la Réplique dans lesquels, s'agissant du droit à renoncer à la nationalité chilienne, la République du Chili affirme que le Tribunal aurait spéculé sur les raisons ayant conduit à la réforme constitutionnelle de 2005, alors même que son raisonnement s'appuyait sur l'intervention des Demanderesses lors de l'audience de janvier 2007 venant contredire les propos tenus par le président de la Cour constitutionnelle chilienne<sup>12</sup> ;

---

souviendra également que ce Décret avait été dévoilé lors de l'audience du 29 janvier 2010 après que les Demanderesses aient épuisé leur temps de parole et en dépit de leur sollicitude en début d'audience de présenter une telle autorisation. Cette audience intervenait d'ailleurs après de nombreux échanges écrits entre les parties, échanges qui ont débuté dès après le 5 septembre 2008. En outre, la Défenderesse a présenté ce Décret comme un document confidentiel afin de "caviarder" une large partie de ce Décret. Il ne s'agissait que d'une mascarade, toute personne pouvait disposer librement de ce Décret auprès de l'administration chilienne comme les Demanderesses l'ont démontré ultérieurement

<sup>12</sup> Voir la réfutation des pp. 280 à 282 de la Réplique du 22.12.2010, dans l'extrait de l'intervention des Demanderesses lors de l'audience du 15 janvier 2007 : "(...) Or, M. le Président [du Conseil Constitutionnel] nous a lu ce matin un texte de l'expert du Chili, M. Nogueira, pour soutenir sa thèse. Et bien, nous avons produit ici le texte intégral de M. Nogueira dont le contenu a été dénaturé par M. le Président de la Cour constitutionnelle. Pour cela, je vais vous lire ce que M. Nogueira dit à propos de cette réforme en ce qui concerne la Convention Panaméricaine des Droits de l'Homme qui est celle que nous sommes en train d'invoquer. Je cite le professeur Nogueira, expert du Chili, dans son article sur la réforme de 2005, page 77, (citation) : 'Il y a lieu de mettre l'accent sur le fait que la réforme possède également un fondement implicite, à savoir l'harmonisation du texte constitutionnel avec la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906 [elle figure dans la pièce C27 du dossier arbitral] publiée au Journal Officiel du 20 juillet 1909, qui s'impose seulement aux pays d'Amérique qui en sont signataires et qui, dans le cas où la personne possédant la double nationalité rétablit sa résidence dans son pays d'origine et l'y maintient durant plus de deux ans, détermine l'abandon de la nationalité acquise par naturalisation si elle [cette personne] l'exprime'. Voilà encore une manière de perdre la nationalité chilienne qui n'est pas prévue dans l'article 11 de la Constitution et qui est en vigueur au Chili (...). 'Cela se trouve encore renforcé'- c'est toujours Nogueira qui parle – 'si nous prenons en considération que l'article 20 de la Convention américaine interdit aux États parties de priver arbitrairement les personnes du droit de changer de nationalité, qui fait partie constitutive essentielle du droit à la nationalité. Cette norme affecte directement la matière qui fait l'objet de notre analyse en ce que la réforme constitutionnelle de 2005 rétablirait une pleine harmonie avec l'article 1 de la Convention panaméricaine de Rio en vigueur entre États américains et avec l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'Homme de 1990, évitant la responsabilité internationale qui pourrait potentiellement encourir l'État du Chili en interdisant la renonciation volontaire à la nationalité chilienne aux Chiliens ayant une double nationalité d'un autre pays panaméricain, ou à toute personne depuis la ratification de la Convention

- la Défenderesse ne fait pas la moindre mention du Décret ayant Force de Loi (DFL) N°258 du 30 mars 1960 (« Statut de l'Investisseur ») ni des termes dans lesquels les Demanderesses l'ont invoqué dès leur réponse du 19-12-1997<sup>13</sup> à une question du Secrétaire Général du CIRDI, M. Shihata, du 10-12-1997<sup>14</sup> (avant l'enregistrement de la Requête d'arbitrage)<sup>15</sup> ;
- aux paragraphes 396 et suivants, dans lesquels la République du Chili continue d'affirmer que la Décision n°24 est la norme de droit chilien qui était appliquée aux investissements étrangers en 1972, alors même qu'un Rapport officiel du Ministère de l'Économie chilien publié en décembre 1972 relatifs aux investissements étrangers montre que, pour les investissements prévus jusqu'en 1976, le statut de l'investissement étranger était régi par le Décret ayant Force de Loi n°258 de 1960<sup>16</sup>, comme l'ont soutenu les Demanderesses tout au long de la procédure arbitrale et retient la Sentence. La non-application de la Décision n°24 est d'ailleurs confirmée par différentes études contemporaines telle que *The Andean Legal Order*<sup>17</sup> ou encore *The Andean Foreign Investment Code : a*

---

*américaine des droits de l'Homme*” (fin de a citation de M. Nogueira, soulignement ajouté) (Pièces CN213, page 79, et C286 (CN168): Prof. Nogueira "*Consideraciones sobre la reforma de 2005 respecto del Capítulo II de la Constitución* ", publié dans *La constitución reformada de 2005*, Talca, Universidad de Talca, Librotecnia, 2005, pages 53 à 81

<sup>13</sup> Pièce DP15f

<sup>14</sup> Pièce DP14f

<sup>15</sup> «L'investissement est également de nature étrangère d'après la législation en vigueur dans la République en 1972 (...) **le Décret ayant Force de Loi (DFL) N°258 du 30 mars 1960 a (...) [réaffirmé] son caractère optionnel** (...) de façon à se prévaloir des franchises qu'il stipule. (...) Une autre altération importante que le DFL N°258 introduit en relation avec le DFL N° 437 de 1954 consiste à faire abstraction de la nationalité de l'investisseur pour que l'investissement [réalisé] avec des capitaux étrangers puisse participer au système d'incitations. La règle antérieure au DFL N° 258 faisait référence aux « nouveaux capitaux que des personnes physiques ou morales étrangères apporteraient au pays... », et la nouvelle législation, en vigueur en 1972, énonce: « les personnes qui apporteraient au pays de nouveaux capitaux provenant de l'extérieur... ».

<sup>16</sup> Pièce DP03f qui indique en page 4 : "investissements autorisés par le Comité [des Investissements Étrangers] durant la période de 1966 à 1971 et en ce qu'il était possible [de le prévoir] pour la période de cinq années 1972-1976, ont eu recours aux dispositions optionnelles du Statut de l'Investisseur (DFL n° 250 de 1960)"; en pages 14-16, que pour la période de 1972 à 1976 le Programme des entrées d'apports de capitaux en cours de réalisation ont eu recours au DFL n° 258 de 1960, ou encore en page 46 que le Programme de réexportation de capital a eu recours au DFL n° 258 de 1960 pour la période de cinq ans 1972-1976, et sa composition en machines et équipements, devises et frais d'ingénieurs pour le quinquennat 1972-1976

<sup>17</sup> Étude réalisée par Monsieur Garcia-Amador, Secrétaire Général de l'Inter American Institute of Legal Studies, membre de la Commission de Droit International de l'ONU, publiée en 1978, dans laquelle l'auteur indique : "68. Except for the probable case that the Board wished to say something else in using the expression "enter into force" (entrar en vigencia), it is evident that such an expression is not consistent with the statement of the Board itself, cited in subsection 1 c), in the sense that "the decisions of the Commission are binding for the member states from the very moment they are approved". Furthermore, on that same opportunity the Board made the following observations: "what has been stated in the preceding point does not signify that in the opinion of the Board all of the decisions of the Commission are automatically and immediately applicable in the territory of each one of the member states starting from the date of their approval. The difference is known between the so - called self executing obligations, that is, those that are immediately applicable, and others that require certain procedures, varying according to the constitutions, to be incorporated into the legal order of the states. Those of the first type will be applied immediately. The others must be received in that legal order, but whatever the branch of the state called upon to accomplish the necessary procedures, it must put them into effect by virtue of the principle already stated: "Pacta sunt servanda". From these observations it would appear to clearly follow that, also in the opinion of the Board, what is in question is not always the binding nature or validity of the decisions, but the time, conditions and form in which they are "applicable" .

*new phase in the quest for normative order as to direct foreign investment*<sup>18</sup>. Les pays membres ayant mis en application la Décision 24 ont dû édicter préalablement les Ordonnances nécessaires à cette fin, par exemple l'Équateur le 12.07.1971<sup>19</sup>, le Venezuela le 29.04.1974<sup>20</sup> ou la Colombie après le 21.03.1973<sup>21</sup> ;

- aux paragraphes 218 à 236, dans lesquels la République du Chili cite à maintes reprises une prétendue "*Decision on jurisdiction*" du 8 mai 2002 comme fondement de sa demande d'annulation. Or, la décision du 8 mai 2002 n'est pas une décision sur la compétence du Tribunal mais une ordonnance prononçant la jonction des questions de compétence aux questions de fond ;
- aux paragraphes 300 et suivants, dans lesquels la République du Chili continue de contester la propriété des actions de CPP SA et EPC Ltd. par Monsieur Pey alors que cette propriété a été constatée par les juridictions chiliennes dans les années 70<sup>22</sup> et encore aujourd'hui, comme viennent de l'apprendre les Demanderesses<sup>23</sup>, dans le cadre de la procédure initiée le 4 octobre 1995 auprès de la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago en vue de la restitution des presses Goss<sup>24</sup>.

16. On relèvera à cet égard que la République du Chili, qui conteste l'existence d'un traitement discriminatoire à l'égard de Monsieur Pey et du déni de justice, a persisté dans ses agissements à son encontre en omettant de notifier Monsieur Pey - alors demandeur à la

---

*Cf. Document cited in footnote 13, p.2. Pièces DP070 et DP07e1; voir également pp.13; 65-66; 71; 92-93; 117; 120; 128-129; 144; 152-153, 154-156; 161-165; 169-170; 175; 178-186; 188; 190; 193-196; 198; 200; 201; 203; 205; 206; 214; 216-217; 219-223*

<sup>18</sup> Pr. Covey T. Oliver "*The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Foreign Investment*", *American Journal of International Law*, vol. 66, October 1972, n° 5, pages 765-766 note 12, Pièce DP04, dans laquelle l'auteur écrit : "*As of mid May 1972, Decision 24 is not in effect, although some member states in their national legislation and other governmental procedures have partially implemented it; D. Gantz Esquire, Attorney Adviser, Office of the Legal Adviser, Department of State, USA, informs that the implementation has been partial in Ecuador and Peru, regulations are pending in Bolivia, and in Chile an implementing decree is expected to follow an official study now in progress [le premier décret édicté au Chili a été le n°600 de 1974, pièce CN19f]. In all these countries the Code is stated to be "in force", presumably in the sense that the Code as legislation has been approved for application where the administrative arrangements therefore are completed. In Latin America legal systems it is not uncommon for approved legislation not to be actively applied until it has been "reglamented" by the issuance by the executive of what we would call administrative regulations*" (soulignement ajouté)

<sup>19</sup> Pièce DP02f

<sup>20</sup> Pièce DP06

<sup>21</sup> Pièce DP05f

<sup>22</sup> Sentence §§202-217

<sup>23</sup> Les Demanderesses viennent en effet d'être informées le 31 janvier 2011 de ce que la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago, saisie en 1995 de la demande de Monsieur Pey en restitution des presses Goss (dont la suspension avait été sollicitée le 4 novembre 2002, notamment en raison du déni de justice et de la discrimination dont se plaignait Monsieur Pey), a rendu son jugement le 24 juillet 2008 sans que le demandeur en soit notifié (pièces DP48f et DP62 à DP65). Les Demanderesses ne peuvent s'empêcher de voir une corrélation entre, d'une part, l'abstention de la juridiction locale à rendre sa décision, pourtant annoncée depuis le 3 janvier 2001, et les avatars de la procédure arbitrale. A cette fin, les Demanderesses ont établi un tableau récapitulatif de l'historique des procédures devant le Centre et devant la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago, que la Comité *ad hoc* trouvera en annexe [pièce DP65]

<sup>24</sup> Dans son jugement du 24 juillet 2008, la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile a bien admis la propriété des actions de Monsieur Pey en indiquant cependant qu'il appartenait à Monsieur Pey d'agir en qualité de représentant de la société propriétaire des presses Goss et non en qualité d'actionnaire (pièces DP48f et DP63)

procédure - du jugement rendu par la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago en 2008 ainsi que des démarches entreprises par le représentant de l'État contre cette décision judiciaire<sup>25</sup>, alors que celle-ci présente un intérêt certain à plusieurs égards (même si elle déboute Monsieur Pey de sa demande). Ainsi, notamment, elle confirme qu'en droit chilien le décret confiscatoire n°165 de 1975 est entaché de « *nullité de droit public* » *ab initio*, à déclarer *ex officio* en vertu des articles 4 de la Constitution de 1925 et 7 de la Constitution de 1980<sup>26</sup>.

17. Ces quelques développements sont l'illustration de ce que la République du Chili demande l'annulation de la Sentence dans un but dilatoire, refusant toujours de réparer le préjudice subi par Monsieur Pey Casado. Comme il le sera démontré ci-après, l'annulation demandée n'est justifiée par aucun des fondements de l'article 52(1) de la convention et n'est qu'un appel au fond déguisé.

---

<sup>25</sup> Les Demanderesses ont également découvert le 31 janvier 2011 qu'en juin 2009 le Fisc (représentant de l'État chilien) a présenté une demande pour que soit dénuée de toute efficacité un jugement en date du 7 août 2008 - dont les Demanderesses n'ont toujours pas eu connaissance- pour abandon présumé de la procédure par Monsieur Pey. Cette intervention n'a pas été notifiée à Monsieur Pey. Le Tribunal de première instance ayant rejeté cette demande du Fisc, ce dernier a porté l'affaire devant la Cour d'Appel de Santiago, qui a accueilli favorablement la demande et a déclaré que Monsieur Pey avait abandonné sa demande devant la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago dans un arrêt de fin 2009 (pièces DP50 à DP53, DP63 p.106). Comme la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile, la Cour d'Appel de Santiago s'est abstenue de notifier Monsieur Pey de cette intervention et de cet arrêt.

<sup>26</sup> Sur l'ensemble des questions soulevées par ce jugement de la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago voir annexe DP65

## I. LA DEMANDE D'ANNULATION DE LA REPUBLIQUE DU CHILI EST SANS FONDEMENT

18. Avant de répondre aux arguments de la République du Chili, il est utile de rappeler l'objet et donc les limites du recours en annulation dans le système CIRDI.
19. En effet, si la République du Chili reconnaît que le recours en annulation ne doit pas être un moyen détourné d'interjeter appel de la Sentence, les Parties n'ont pas la même conception de ce que le Comité *ad hoc* est en droit ou non de faire.
20. Les comités *ad hoc* qui ont eu à connaître d'un recours en annulation dans le système CIRDI reconnaissent à l'unanimité que la procédure d'annulation est une voie de recours extraordinaire et qu'elle ne doit pas devenir un moyen de réformer au fond la sentence, ce recours étant exclu du système CIRDI. Certains comités *ad hoc* ont été d'une grande clarté dans leur décision à cet égard. On citera à titre d'illustration la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *RFCC* qui reprenait nombre de principes énoncés dans d'autres décisions :

*L'annulation dans le système CIRDI est une voie de recours extraordinaire, limitée aux griefs d'annulation énoncés à l'article 52, et dont l'objectif est de garantir la légitimité du processus de décision et non la justesse de la sentence au fond. Il n'existe pas par ailleurs de présomption ni pour, ni contre l'annulation. (..)*

*La procédure d'annulation n'est pas une procédure d'appel. Elle s'en diffère à deux égards. [...]*

*D'autre part, un Comité ad hoc n'a pas compétence pour se prononcer sur le fond de l'affaire, tel qu'il a été jugé par le Tribunal arbitral dont la sentence fait l'objet d'un recours. L'annulation ne peut être fondée que sur un nombre très limité de griefs fondamentaux, énumérés de manière exhaustive à l'article 52 (1). Un Tribunal arbitral ne peut pas réformer une sentence au fond sous couleur de l'application de l'article 52. Même l'erreur de fait la plus flagrante dans une sentence n'est pas en soi un grief d'annulation.*

*Un autre élément que doit prendre en considération le Comité ad hoc est le souci que la sentence CIRDI ait un caractère définitif. En principe, les décisions rendues dans les arbitrages de droit international public ne sont pas susceptibles de recours. La possibilité d'annulation dans le système CIRDI est une concession à la nature partiellement privée de l'arbitrage CIRDI. Le souci que le litige connaisse une solution définitive est considéré comme plus important que la justesse au fond de la décision. L'article 52 n'a pour objectif que de proposer une voie de recours exceptionnelle dans les hypothèses de violation manifeste et substantielle d'un certain nombre de principes*

fondamentaux, énoncés par cet article. Les Comités ad hoc doivent bien se garder d'annuler pour des raisons mineures. (...) <sup>27</sup> (soulignement ajouté).

21. On retrouve dans cet énoncé les grandes lignes de ce que doit être le recours en annulation.
22. En premier lieu, c'est le "*processus de décision*" qui est soumis à l'examen du Comité ad hoc et non la sentence elle-même. Ce point a d'ailleurs été rappelé par le comité ad hoc dans l'affaire *Lucchetti* en ces termes :
- In turn, the task of the Ad hoc Committee is to consider whether the manner in which the Tribunal approached and accomplished that task opened its Awards to annulment under the Convention, as Lucchetti argues, or adequately met the requirements of the Convention, as the Republic of Peru responds. The word "manner" is specifically used here in order to emphasize that it is no part of the Committee's function to review the decision itself which the Tribunal arrived at, still less to substitute its own views for those of the Tribunal, but merely to pass judgment on whether the manner in which the Tribunal carried out its functions met the requirements of the ICSID Convention*<sup>28</sup>.
23. Ainsi, le mandat du Comité ad hoc est limité au contrôle "*of the fundamental integrity of the ICSID arbitral process in all its facets*"<sup>29</sup>, à savoir, "*the integrity of the Tribunal*"<sup>30</sup> (Art. 52(1)(a) et 52(1)(c)), "*the integrity of the procedure*"<sup>31</sup> (Art. 52(1)(b) et 52(1)(d)), et enfin "*the integrity of the award*"<sup>32</sup> (Art. 52(1)(e)).
24. Dès lors, seules des méconnaissances essentielles ou fondamentales du Tribunal arbitral sont susceptibles de fonder la nullité de la Sentence.
25. C'est la raison pour laquelle l'article 52 de la Convention requiert que l'excès de pouvoir soit manifeste. On relèvera à cet égard l'accord des Parties sur la définition du terme manifeste<sup>33</sup> à savoir "*obvious by itself simply by reading the Award, that is, even prior to a detailed*

<sup>27</sup> Décision du Comité ad hoc dans l'affaire *Consortium RFCC/ Royaume du Maroc* CIRDI No. ARB/00/6 du 18 janvier 2006 §§220 à 223, extraits publiés au JDI, I, 2007, 260

<sup>28</sup> *Empresas Lucchetti S.A. & Lucchetti Peru c/ Peru*, CIRDI No. ARB03/4 du 5 septembre 2007 §97

<sup>29</sup> Décision du Comité ad hoc dans l'affaire *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIRDI No. ARB/02/7 du 15 mai 2009 §23

<sup>30</sup> Ibid

<sup>31</sup> Ibid

<sup>32</sup> Ibid

<sup>33</sup> Mémoire en réponse §224 et Mémoire en réplique §251

*examination of its contents*<sup>34</sup>. La longueur de la procédure ou la complexité des questions posées au Tribunal arbitral ne saurait justifier la suppression de cette exigence.

26. C'est également en raison de ce mandat limité que la nullité de la Sentence ne peut être prononcée qu'en cas de violation grave d'une règle fondamentale de procédure. La Défenderesse conteste que le critère de gravité requière la démonstration que *"la méconnaissance de la règle doit avoir conduit le Tribunal à prendre une décision substantiellement différente de celle qu'il aurait prise s'il avait respecté ladite règle"*<sup>35</sup>. Selon la République du Chili, le critère serait *"the [a] departure must potentially have caused the tribunal to render an award substantially different from what it would have awarded had the rule been observed"*<sup>36</sup>.
27. Pourtant, dans l'affaire *CDC*, le comité *ad hoc* n'a pas utilisé le terme "*potentially*" mais a bien indiqué :

*A departure is serious where it is substantial and [is] such as to deprive the party of the benefit or protection which the rule was intended to provide. In other words, the violation of such rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had the rule been observed*<sup>37</sup> (soulignement ajouté).

Dans cette affaire, le comité *ad hoc* se fondait sur la décision rendue dans l'affaire *Wena*<sup>38</sup>. Ces termes ont également été repris *in extenso* par les comités *ad hoc* dans les affaires *Azurix*<sup>39</sup> et *Enron*<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005 §41. Dans le mémoire en réponse, les Demanderesses citaient également en référence les définitions du terme "manifeste" retenues par les comités *ad hoc* dans les affaires *Mitchell*, *"Pour qu'un excès de pouvoir soit cause d'annulation, il faut que le Comité ad hoc le reconnaisse de manière certaine et immédiate, sans qu'il soit nécessaire pour celui-ci d'entrer dans des analyses poussées de la sentence"*§20, *CDC* *"Thus, even if a tribunal has exceeded its power, the excess must be plain on its face for annulment to be an available remedy. Any excess apparent in the Tribunal's conduct, if susceptible of argument one way or another is not manifest; as one commentator has put it, if the issue is debatable or requires examination of the materials on which the tribunal's decision is based, the tribunal's determination is conclusive"* §41, et *Wena* *"l'excès de pouvoir doit être évident en soi, plutôt que de résulter d'interprétations complexes dans un sens ou dans un autre. Si tel était le cas, l'excès de pouvoir ne serait pas manifeste"* §17

<sup>35</sup> Mémoire en réplique §§34 et suivants

<sup>36</sup> Mémoire en réplique §37

<sup>37</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005 §49

<sup>38</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI No. ARB/98/4 du 5 février 2002 §58

<sup>39</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, CIRDI Case No. ARB/01/12 du 1 septembre 2009 aux §§51 et 234

<sup>40</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Enron Corp. And Ponderosa Assets, LP c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/01/3 du 30 juillet 2010 au §71

28. Finalement, le Comité *ad hoc* a pour mission de vérifier l'intégrité de la sentence elle-même en s'assurant que le Tribunal arbitral a motivé sa décision. Cependant, le contrôle de la motivation " *ne doit pas être un moyen détourné d'interjeter appel*"<sup>41</sup>. Or, comme l'indique Christoph Schreuer, "*Of all the grounds for annulment, an evaluation of the tribunal's reasoning is most likely to blend into an examination of the award's substantive correctness and hence to cross the border between annulment and appeal*"<sup>42</sup>. C'est la raison pour laquelle les comités *ad hoc* saisis d'une demande d'annulation sur ce fondement doivent refuser de se laisser entraîner vers l'appréciation de la justesse du raisonnement des arbitres ou de son caractère convaincant.
29. A cet égard, on relèvera le désaccord de la République du Chili<sup>43</sup> sur l'affirmation des Demanderesses que "*seul un défaut manifeste de motivation pourrait sanctionner l'annulation de la Sentence*"<sup>44</sup>. Il est exact que l'article 52(1)(e) de la Convention ne précise pas que le défaut de motifs doit être manifeste. Ceci étant, seule l'absence totale de motifs est prévue par la Convention comme un fondement d'annulation. Ce sont les différents comités *ad hoc* qui ont admis que la nullité d'une sentence pouvait se justifier par exemple en cas de motivation "*frivolous*" ou contradictoire. Ces fondements n'étant pas prévus par les rédacteurs de la Convention et compte tenu du risque de passer de l'annulation à l'appel au fond, certains comités *ad hoc* ont précisé que "*l'annulation au titre de l'article 52(1)(e) ne devrait intervenir que dans les cas manifestes*"<sup>45</sup>. En d'autres termes, le défaut de motif n'est pas caractérisé si le raisonnement du Tribunal peut être raisonnablement reconstitué<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Mémoire en réponse §§282-291 en particulier §285

<sup>42</sup> CH. SCHREUER, "Article 52 [Annulment]" in *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2009, §344, p. 998 Pièce RALA67

<sup>43</sup> Mémoire en réplique §441

<sup>44</sup> Mémoire en réponse §§287 et 401

<sup>45</sup> *Consortium RFCC/ Royaume du Maroc* CIRDI No. ARB/00/6 du 18 janvier 2006 au §§261, extraits publiés au JDI, I, 2007, 273 ; voir également *Compania de Agua del Aconquija SA. & Vivendi Universal c/ Republic of Argentine* CIRDI N°ARB/97/3 du 3 juillet 2002 au §§64-65 qui indique "*A greater source of concern is perhaps the ground of "failure to state reasons," which is not qualified by any such phrase as "manifestly" or "serious". However, it is well accepted both in cases and the literature that Article 52(1)(e) concerns a failure to state any reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons. It bears reiterating that an ad hoc committee is not a court of appeal. Provided that the reasons given by a tribunal can be followed and relate to the issues that were before the tribunal, their correctness is beside the point in terms of Article 52(1)(e). Moreover, reasons may be stated succinctly or at length, and different legal traditions differ in their mode of expressing reasons. Tribunals must be allowed a degree of discretion as to the way in which they express their reasoning. In the Committee's view, annulment under Article 52(1)(e) should only occur in clear case. This entails two conditions: first, the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in an expressed rationale; and second, that point must itself be necessary to the tribunal's decision"*

<sup>46</sup> Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, Second Edition, 2009, pp.999-1003, §§350 à 362 Pièce RALA-67

30. Cette tendance a été confirmée par les comités *ad hoc* dans les affaires les plus récentes<sup>47</sup> et il semble qu'aujourd'hui le défaut de motivation ne devrait justifier l'annulation d'une sentence que de manière très exceptionnelle<sup>48</sup>.
31. Il résulte également de l'énoncé du comité dans l'affaire *RFCC*, que la fonction d'annulation n'est pas de corriger les erreurs de faits ou de droit qu'aurait pu commettre un Tribunal arbitral quand bien même celles-ci seraient manifestes.
32. A cet égard, on soulignera le raisonnement du comité *ad hoc* dans *RFCC* qui indique :

*Enfin à la différence d'un tribunal étatique dont la mission, de par la volonté du législateur national, est de contrôler la conformité des sentences arbitrales à un certain nombre de critères fondamentaux, dans un souci de cohérence du système juridique, la procédure d'annulation de l'article 52 est un mécanisme interne au système CIRDI. Le Comité ad hoc dérive son pouvoir de la même source - la volonté des parties - que le Tribunal arbitral lui-même. Il doit donc se garder de prendre trop rapidement une décision d'annulation. Il ne doit le faire qu'en cas d'erreur manifeste, de violation substantielle ou plus précisément lorsque la violation est telle que sans elle, le Tribunal serait arrivé à un résultat différent de celui qui a été le sien. Dans cette mesure, le Comité ad hoc dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire<sup>49</sup> (soulignement ajouté).*

33. La République du Chili tente, dans sa Réplique, de limiter ce pouvoir discrétionnaire des comités *ad hoc* en l'excluant notamment du cas d'annulation prévu par l'article 52(1)(d)<sup>50</sup>. Elle écrit :

*A few ad hoc committees, including these in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo ("Mitchell") and in MINE have*

<sup>47</sup> Décision dans l'affaire *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, CIRDI Case No. ARB/01/12, 1 septembre 2009 aux §§53-56 et *MCI Power Group L.C. and New Turbine Inc. c/ Republic of Ecuador*; CIRDI No. ARB/03/6 du 19 octobre 2009 aux §§66-69

<sup>48</sup> F CAMPOLIETI, "Sur le défaut de motifs comme cause d'annulation des sentences arbitrales CIRDI" *Les Cahiers de l'Arbitrage 2010-4*, Pièce DP61b

<sup>49</sup> Décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Consortium RFCC/ Royaume du Maroc* CIRDI No. ARB/00/6 du 18 janvier 2006, §226 publié au JDJ, I, 2007, 260

<sup>50</sup> Mémoire en réplique §§41-42. Pour parvenir à cette conclusion, la République du Chili se fonde sur la décision qui a été rendue dans l'affaire *Rumeli Telekom*. Soulignons que dans cette affaire, le comité ne s'est pas prononcé sur cette question précise et n'a fait que relever l'accord des parties en indiquant dans la section consacrée à la position du défendeur : "*The Respondent accepts that if an ad hoc committee finds a serious departure from a fundamental rule of procedure, it is obliged to annul the award since the material impact of the tribunal's decision is embodied in the definition of this ground*" (§65). Dans la section relative à la décision du comité, celui-ci indique "*Both parties further agree that an ad hoc committee is obliged to annul the award if a serious departure of a fundamental rule of procedure is found*" (§79). En revanche, le comité a indiqué sans faire de distinction : "*In view of this Committee, an ad hoc committee has discretion to annul an award upon finding one or more grounds of annulment*" (§75)

*abstained from annulment despite having found an annulations error. (...) However, in the more recent annulment case Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikayson Hizmetleri v. Republic of Kazakhstan (hereafter "Rumeli Telekom"), the parties and committee agreed that the Mitchell and MINE line of reasoning (...) is simply inapplicable to Article 52(1)(d). (...)*

*This means that annulment is affirmatively required by Article 52(1)(d) when a committee finds that the tribunal violated a fundamental rule of procedure in a manner that could have affected the outcome of the case<sup>51</sup> (soulignement ajouté).*

34. Pourtant, en incluant une condition - "*in a manner that could have affected the outcome of the case*" - qui n'est pas expressément prévue par l'article 52(1)(d), elle reconnaît un certain pouvoir discrétionnaire au Comité qui exerce le contrôle. C'est d'ailleurs ainsi que Christoph Schreuer résume le pouvoir discrétionnaire reconnu par différents comités *ad hoc*<sup>52</sup> en indiquant :

*Under the latter [MINE] approach, an ad hoc committee proceeds in two steps. It first examines the award in order to establish whether there are any grounds for annulment. If it finds a ground it will then examine whether this ground has led to practical consequences for the parties. Annulment will take place only if there is a positive answer to both questions<sup>53</sup>.*

35. Ceci ayant été rappelé, les Demanderesses exposeront à nouveau les raisons pour lesquelles les conditions d'annulation de l'article 52 de la Convention ne sont pas remplies dans la présente affaire. Les Demanderesses consacreront une première partie aux fondements d'annulation relatifs à la conduite de la procédure par le Tribunal arbitral (1), en particulier aux prétendues violations graves du droit du Chili d'être entendu (1.1), de son droit à un traitement juste et équitable (1.2) et de la partialité alléguée du Tribunal arbitral ayant rendu la Sentence (1.3). Dans une seconde partie, elles aborderont les motifs d'annulation relatifs aux points 1 à 7 de la Sentence (2). Dans ce cadre, elles discuteront des fondements d'annulation concernant les conclusions du Tribunal sur sa compétence (2.1) puis ceux concernant la condamnation par le Tribunal de la République du Chili sur le fondement de l'API (2.2).

<sup>51</sup> Selon les Demanderesses, il conviendrait d'écrire "*in a manner that would have affected the outcome of the case*"

<sup>52</sup> Décisions des Comités *ad hoc* dans les affaires *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI N° ARB/98/4 du 5 février 2002, §83; *Compania de Agua del Aconquija SA. & Vivendi Universal c/ Republic of Argentine* CIRDI N°ARB/97/3 du 3 juillet 2002 au §66; *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 du 29 juin 2005 au §65

<sup>53</sup> CH. SCHREUER, "Article 52 [Annulment]" in *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2009, §478 p.1039, Pièce RALA67

## 1. LES FONDEMENTS D'ANNULATION RELATIFS À LA CONDUITE DE LA PROCEDURE PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL

### 1.1 Le prétendu droit de « contre-interroger » le Demandeur Monsieur Pey

36. Dans sa Réplique, la République du Chili maintient son allégation que le Tribunal arbitral aurait gravement violé une règle fondamentale de procédure en lui refusant le droit de "contre-interroger" le Demandeur lors des audiences de 2003 et/ou de 2007.
37. A cette fin, elle affirme que Monsieur Pey se serait exprimé face au Tribunal arbitral en qualité de témoin alors même qu'elle avait accepté, au cours de ces audiences, que Monsieur Pey intervienne en qualité de partie, ce qu'il était en droit de faire<sup>54</sup>. Il convient de relever que lors de ces audiences le Tribunal arbitral n'a pas interrogé Monsieur Pey, qui s'est exprimé librement sur les points qui lui semblaient essentiels, comme l'a fait chaque partie.
38. En vue de soutenir que Monsieur Pey aurait été appelé comme témoin, le Chili fait une citation de *Redfern and Hunter on International Arbitration*<sup>55</sup> selon lequel le rôle d'un témoin de fait est de "*supplement the evidentiary documents in assisting the arbitral tribunal [sic] perform its fact-finding function*"<sup>56</sup>. Cependant, assister le tribunal dans sa compréhension des faits ainsi que dans la "lecture" des pièces et/ou des témoignages, est l'une des fonctions - si ce n'est la fonction essentielle - d'une partie ou de son représentant. On relèvera d'ailleurs le silence de la Défenderesse concernant les références ou citations du Tribunal arbitral aux représentants de la Défenderesse et des Demanderesses, Me Malinvaud<sup>57</sup> et Me Garcés<sup>58</sup>.
39. Par ailleurs, contrairement à l'affirmation du Chili, le Tribunal n'a pas accordé à l'intervention de Monsieur Pey la valeur probatoire d'un témoignage. Comme déjà indiqué, la propriété des actions de CCP SA et EPC Ltée par Monsieur Pey n'a pas été décidée sur la base du prétendu témoignage de Monsieur Pey mais sur des éléments de preuves écrits<sup>59</sup>. Il est assez remarquable que la Défenderesse ne réponde pas sur ce point précis, se contentant d'indiquer que le Tribunal arbitral a mentionné l'intervention de Monsieur Pey dans la partie factuelle de la Sentence. En tout état de cause, le fait que le Tribunal fasse référence à une intervention orale plutôt qu'à des pièces n'est en rien une indication de ce que les documents écrits ont une valeur probatoire plus faible.

<sup>54</sup> Mémoire en réponse §§114 à 120

<sup>55</sup> Mémoire en réplique §172

<sup>56</sup> Mémoire en réplique §172

<sup>57</sup> Voir par exemple note de bas de page 58

<sup>58</sup> Voir par exemple note de bas de page 198, 206, 207, 235, 240 - 243, 245, etc.

<sup>59</sup> Entre autres, l'amitié de MM. Pey et Sainte Marie dont témoignent les lettres que ce dernier, installé en Espagne, avait adressé à M. Pey en 1976, 1977, 1978 (pièces C156 à C159). La lettre du 29 décembre 1976 est accessible dans <http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/19761229.pdf>

40. Il en résulte que contrairement à l'affirmation de la République du Chili, le Tribunal n'a pas traité l'intervention de Monsieur Pey de manière différente de ce qu'il avait annoncé lors de l'audience<sup>60</sup>. En affirmant être satisfaite du déroulement de la procédure<sup>61</sup>, la République du Chili a effectivement renoncé à se prévaloir de l'intervention du Demandeur et de l'impossibilité de le « contre-interroger » pour demander la nullité de la Sentence.
41. On soulignera enfin que la République du Chili n'indique pas précisément quelle règle fondamentale le Tribunal arbitral aurait violé en autorisant une partie à prendre la parole. En effet, si le droit d'être entendu est bien une règle fondamentale - ce que la République du Chili interprète comme une admission des Demanderesses - il n'inclut pas nécessairement le droit de contre-interroger un témoin et *a fortiori* une partie.
42. Afin de contourner cette difficulté, le Chili a modifié sa position pour maintenant soutenir qu'un tribunal ne peut se dispenser de l'audition des témoins "*completely*", et "*over requests by the parties that they be heard*"<sup>62</sup>. En outre, il soutient que "*the foregoing of course applies with even greater force where - as in the present case - a witness in fact testifies at the hearing but the relevant party is not given the opportunity to examine such witness*"<sup>63</sup>.
43. D'abord, cette affirmation ne trouve appui dans aucune Règle d'arbitrage CIRDI. Ensuite, Monsieur Pey est intervenu comme partie uniquement et non comme témoin<sup>64</sup>, ce que la République du Chili a accepté. De ce fait, elle acceptait que celui-ci ne soit pas soumis à « contre-interrogatoire ».
44. En conséquence, l'intervention du Demandeur Monsieur Pey ne peut être qualifiée de violation d'une règle fondamentale de procédure, *a fortiori*, grave.

## 1.2 Le prétendu manquement au traitement juste et équitable de la République du Chili à l'occasion des demandes de communication de documents

45. Sur cette question, le comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix* a indiqué que le refus d'un tribunal arbitral de faire droit à une demande de communication de pièces ne saurait constituer à lui

---

<sup>60</sup> Pièce CN159 pp.97-98

<sup>61</sup> Pièce CN159 p.173 ; Mémoire en réponse §40

<sup>62</sup> Mémoire en réplique §157

<sup>63</sup> Mémoire en réplique §157

<sup>64</sup> Par exemple Pièce CN159 pp.97 et suivantes

seul une violation d'une règle fondamentale de procédure et ce alors même qu'il aurait accueilli favorablement la demande de l'autre partie<sup>65</sup>.

46. Pour contourner cette difficulté et faute de pouvoir démontrer que le Tribunal aurait traité la Défenderesse de manière inéquitable par rapport aux Demanderesses, la République du Chili n'hésite pas à soutenir que le Tribunal aurait agi ainsi afin de la punir de son comportement procédural<sup>66</sup>, en se fondant sur un prétendu aveu des Demanderesses<sup>67</sup>.
47. On relèvera d'abord qu'il s'agit ici d'un exemple typique du détournement systématique des écritures des Demanderesses par le Chili. En aucun cas, celles-ci n'ont soutenu que le Tribunal avait refusé de faire droit à la demande de communication de documents du Chili au motif que le Chili s'opposait à communiquer des documents en sa possession aux Demanderesses.
48. Comme indiqué aux paragraphes 166 et suivants de la réponse, le comportement du Chili justifiait que le Tribunal lui ordonne de communiquer les documents sollicités par les Demanderesses. On rappellera que les services secrets du régime *de facto* avaient saisi à M. Pey et à ses entreprises la totalité des documents, archives, dossiers, titres de propriété et justificatifs de leur paiement, non restitués par la suite.
49. Cette apparente incompréhension n'est en réalité qu'un moyen pour la République du Chili d'avancer un nouvel argument pour tenter de justifier l'annulation de la Sentence.
50. Consciente de ce qu'elle doit également démontrer un préjudice, i.e. la violation doit avoir conduit le Tribunal à prendre une décision substantiellement différente, la République du Chili prétend que celui-ci se serait fondé sur le manque de preuve pour trancher en sa défaveur la question de la propriété des actions. Elle indique :

*(...) the Tribunal seriously departed from a fundamental rule of procedure in two ways (1) by denying without explanation every single one of Chile's discovery requests while granting every single one of Claimants' ; and (2) by thereafter using against Chili, as a failure of proof, its lack of evidence on the very issues covered by Chile's denied evidentiary requests*<sup>68</sup> (soulignement ajouté).

<sup>65</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix Corp c/ The Republic of Argentina*, CIRDI No. ARB/01/12 du 1er septembre 2009 §§219 ; 233-234

<sup>66</sup> Mémoire en réplique §197

<sup>67</sup> Mémoire en réplique §191

<sup>68</sup> Mémoire en réplique §189

51. Cette seconde affirmation est également infondée. En effet, contrairement à ce que la République du Chili tente de faire croire<sup>69</sup>, le Tribunal arbitral n'a pas admis la qualité d'acquéreur de Monsieur Pey au motif que le Chili ne serait pas parvenu à démontrer que les fonds versés à Monsieur Sainte-Marie appartenaient à des tiers. On remarquera que par ce biais la délégation du Chili souhaitait que le Tribunal CIRDI applique « *le décret exempté n°276 du 21 octobre 1974 qui 'a mise à l'étude la situation patrimoniale de MM. (...) Víctor Pey Casado (...)'* »<sup>70</sup>. C'est-à-dire l'instrument, interdit par la Constitution, échafaudé sous le régime *de facto* pour confisquer l'investissement.
52. La décision du Tribunal était motivée par d'autres éléments, à savoir : la preuve de la signature d'un accord (les Protocoles d'Estoril et l'Accord complémentaire de Genève), et le paiement du prix, mais aussi par la détention des titres par Monsieur Pey<sup>71</sup> ainsi qu'en raison de la reconnaissance par les autorités chiliennes de la qualité de propriétaire à Monsieur Pey<sup>72</sup>.
53. En revanche, le Tribunal a rejeté les prétentions du Chili après avoir constaté que "*la défenderesse n'a[vait] produit aucun contrat de vente des actions auquel l'un ou l'autre des prétendus actionnaires aurait été partie*"<sup>73</sup>, qu'elle n'avait pas "*davantage fourni de preuve d'un éventuel paiement émanant de ces personnes*"<sup>74</sup>. Le Tribunal poursuit en indiquant : "*la défenderesse n'a pas non plus fourni d'explication crédible sur l'existence des formulaires de transfert en blancs signés par MM. Gonzáles, 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 Casado et non en possession de leurs prétendus propriétaires. L'argument selon lequel M. Pey Casado aurait été mandaté par MM. Gonzáles, 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*"<sup>75</sup>.
54. On relèvera à cet égard que la République du Chili a, au cours de la procédure et sans la moindre limitation, produit le témoignage personnel de Monsieur Venegas et de son avocat M. Jorge Ovalle<sup>76</sup> -avocat également de M. Gonzáles lorsque le décret 165 a été édicté en

<sup>69</sup> Mémoire en réplique note de bas de page 392. On relèvera que le Chili cite au soutien de son affirmation le paragraphe 669 de la Sentence qui concerne le comportement discriminatoire du Chili à l'égard de Monsieur Pey et non le paragraphe 200 ou 201 de la Sentence qui concernent la question de la propriété des actions. Selon les Demanderesses, il s'agit d'un choix délibéré et minutieux évitant au Chili d'attirer l'attention sur le raisonnement du Tribunal arbitral qui l'a conduit à rejeter la thèse du contrat de mandat

<sup>70</sup> Sentence arbitrale, p. 203

<sup>71</sup> Sentence §§180-196

<sup>72</sup> Sentence §§202 et suivants. Le jugement de la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago du 24 juillet 2008 a également considéré que Monsieur Pey était l'actionnaire et le propriétaire d'EPC Ltée et CPPA SA lorsque l'on a appliqué à ces dernières le décret n°165 de 1975 (pièce DP48f)

<sup>73</sup> Sentence §199

<sup>74</sup> *Ibid*

<sup>75</sup> Sentence §200

<sup>76</sup> Voir la transcription de l'audience des 5 mai 2003 (page 41-43 ; 57 ; 69 ; 70 ; 78 ; 80 ; 94 ; 97 ; 108-111 ; 133-135 ; 248), 6 mai 2003 (page 312) et 7 mai 2003 (pages 549 ; 551-553 ; 603)

1975. Dès lors, la République du Chili était en mesure de démontrer que les fonds avec lesquels Monsieur Pey avait payé les titres des sociétés provenaient de ces personnes, si tel avait été effectivement le cas. Elle n'avait aucun besoin d'obtenir une ordonnance du Tribunal arbitral. Dès lors, à supposer pour les besoins du raisonnement, que le rejet par le Tribunal arbitral de la demande de communication de documents par le Chili puisse constituer une violation d'une règle fondamentale de procédure, celle-ci ne saurait être qualifiée de violation grave dans la mesure où elle n'a pas eu de conséquence sur la décision du Tribunal arbitral.

### 1.3 La prétendue partialité du Tribunal arbitral

55. La question de la prétendue partialité du Tribunal arbitral est symptomatique du traitement que réserve la République du Chili aux arguments qui la gênent préférant les ignorer et tenter de détourner l'attention sur des sujets annexes.
56. La République du Chili garde le silence sur le fait que, pendant le déni de justice imposé aux Demanderesses ayant débouché sur la crise de la procédure de mars 2001 -démission du Président Rezek et remplacement du secrétaire du Tribunal, M. Gonzalo Flores- les Demanderesses n'avaient pas été informées auparavant que la femme de ce dernier bénéficiait d'une aide pécuniaire de l'État chilien<sup>77</sup>.
57. La Défenderesse s'abstient également d'apporter une réponse au fait que Monsieur Bedjaoui n'a pas participé à l'élaboration de la Sentence du 8 mai 2005 soumise à l'examen du Comité *ad hoc*. En revanche, le Chili continue de soutenir que la procédure arbitrale est intégralement viciée du fait de la prétendue partialité de Monsieur Bedjaoui.
58. Cette prétention est d'autant plus extraordinaire que l'on sait que le secret du délibéré a effectivement été bafoué dans ce dossier par l'arbitre nommé par le Chili. Il ne s'agit plus là de spéculations mais d'un fait que le Chili, l'arbitre qu'il a désigné et le Secrétaire Général du CIRDI avaient reconnu par écrit fin 2005<sup>78</sup>, et sur lequel le Chili reste étrangement silencieux. On notera d'ailleurs que malgré cette violation avérée d'une règle fondamentale de procédure, la Sentence n'en est pas pour autant annulable. D'une part, Monsieur Galo Leoro Franco n'a pas participé à son élaboration et, d'autre part, le Tribunal, une fois reconstitué, a communiqué à l'ensemble des parties le document de travail du Tribunal daté de juin 2005 afin de respecter le principe d'égalité entre les parties<sup>79</sup> - le Chili en ayant eu connaissance avant le 22 août 2005 par Monsieur Leoro Franco.

---

<sup>77</sup> Réponse des Demanderesses du 15-10-2010, point 33, note 18. Les Demanderesses proposent comme témoin, si le Comité *ad hoc* avait le moindre doute à ce sujet, Me Sam Buffone, conseil des Demanderesses.

<sup>78</sup> Pièces CN188f, CN191f, CN192f.

<sup>79</sup> Pièce CN171

59. La réalité est plus simple, et comme l'a indiqué le Secrétariat au Professeur Lalive au moment de sa nomination par le Président du Conseil administratif du CIRDI, avant mai 2001 le Tribunal arbitral n'avait pas pris de décision sur sa compétence<sup>80</sup>.
60. Par ailleurs, il ne semble faire aucun doute pour le Chili<sup>81</sup> que l'acceptation de sa récusation de Monsieur Bedjaoui –formulée le 24 août 2005- ait été fondée sur sa lettre du 7 octobre 2005<sup>82</sup>, même s'il s'exprime avec retenue en indiquant "*may well have been prompted by Mr Bedjaoui's statement [in his letter of 7 October 2005]*"<sup>83</sup>. Or, dans cette lettre, Monsieur Bedjaoui défendait l'intégrité de la procédure contre sa corruption, qu'il considérait comme intentée de la part du Chili dans cette affaire.
61. La République du Chili va jusqu'à alléguer auprès du Comité *ad hoc* qu'elle trouve « *longues* » les communications du Juge Bedjaoui pendant le délibéré à huis clos du Tribunal: « *Mr. Bedjaoui was to present lengthy memoranda on the issue of nationality ...* »<sup>84</sup>. De fait, cette violation du délibéré contrevenait à tous les principes et les règles que Monsieur Bedjaoui s'efforçait de défendre, comme le démontrent les termes de sa lettre<sup>85</sup> et ses écrits<sup>86</sup>.
62. Le 3 décembre 2010 M. Roberto Dañino, Secrétaire Général du CIRDI en 2005, a confirmé au conseil des Demanderesses que c'était en considération de la lettre du Juge Bedjaoui du 7 octobre 2005 qu'il avait recommandé par écrit en janvier 2006 au Président du Comité administratif du CIRDI d'accepter sa récusation.<sup>87</sup>
63. A la lumière des développements précédents, les Demanderesses sollicitent du Comité *ad hoc* qu'il rejette la demande d'annulation sur le fondement de l'article 52(1)(d).

---

<sup>80</sup> Pièce CN123f

<sup>81</sup> Pourtant le Centre n'a pas motivé sa décision d'accepter la récusation de Monsieur Bedjaoui. On notera à cet égard que Monsieur Schreuer dans The ICSID Convention : A commentary (pages 1206-1207 de l'édition citée de 2009) spécule que cette acceptation aurait été motivée par la nomination de Monsieur Bedjaoui en tant que Ministre des Affaires Étrangères de la République d'Algérie

<sup>82</sup> Pièce CN183f

<sup>83</sup> Mémoire en réplique §245

<sup>84</sup> Point 13 de la *Request for annulment* du 5 septembre 2008.

<sup>85</sup> Pièce CN183f, dans laquelle Monsieur Bedjaoui s'étonnait en effet que le Centre ait reçu la délégation chilienne *ex parte* sans en informer les Demanderesses de son contenu pendant plusieurs semaines; voir sur ce point les développements dans le mémoire en réponse §§50 et suivants

<sup>86</sup> Mohammed Bedjaoui *One Man-Three Roles: Some independent comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator* (Pièce RALA-42)

<sup>87</sup> Les Demanderesses proposent, si le Comité *ad hoc* avait le moindre doute à ce sujet, que le Secrétariat Général du CIRDI communique une copie de cette recommandation aux membres du Comité *ad hoc* et aux parties

## 2. LES FONDEMENTS D'ANNULATION RELATIFS AUX POINTS 1 À 7 DE LA SENTENCE

Les Demanderesses examineront dans un premier temps les fondements d'annulation relatifs à la compétence du Tribunal arbitral (2.1) en limitant leurs développements à la condition de l'investissement au sens de la Convention (2.1.1), puis la condition de nationalité de Monsieur Pey (2.1.2) et enfin, les conditions du consentement à l'arbitrage au sens de l'API (2.1.3). Les Demanderesses consacreront une seconde partie à réfuter les arguments du Chili concernant les violations des dispositions de l'API (2.2), et une troisième partie aux fondements d'annulation concernant le calcul du dommage (2.3).

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

#### 2.1.1 Le droit de propriété de Monsieur Pey Casado sur les actions de CPP SA et EPC Ltée : la condition de l'investissement au sens de la Convention

64. Tout au long de sa Réplique, la République du Chili se défend d'interjeter appel de la décision du Tribunal arbitral prétendant se concentrer uniquement sur les fondements d'annulation.

65. Pourtant, s'agissant de la question de la propriété des actions, la Réplique consacre près d'une vingtaine de pages à critiquer la décision du Tribunal arbitral reconnaissant le droit de propriété de Monsieur Pey<sup>88</sup>. Pour ne pas se voir reprocher de présenter un appel déguisé, elle prend soin d'indiquer que ses développements ont un objectif purement informatif et que "*the Committee members are not being asked to review the Tribunal's conclusions of fact or of law concerning the documents and issues discussed therein*"<sup>89</sup>, précision qu'elle avait omise dans son mémoire en annulation.

66. En réalité ces développements inexacts sont superflus et n'ont pour objet que de faire un exposé biaisé de la décision du Tribunal en ne présentant que les arguments de la République du Chili, qui n'ont d'ailleurs pas convaincu le Tribunal arbitral, en omettant soigneusement de mentionner les arguments et preuves présentés par les Demanderesses au cours de la procédure d'arbitrage. Le but de cet exercice est de convaincre les membres du Comité *ad hoc* que le Tribunal arbitral a pris une décision sur la propriété des actions dépourvue de fondement.

67. La présente procédure n'ayant pas pour objet de soumettre le bien-fondé de la décision du Tribunal à l'appréciation du Comité *ad hoc*, les Demanderesses n'entreront pas dans ce débat.

---

<sup>88</sup> Mémoire en réplique pp.168 à 189

<sup>89</sup> Mémoire en réplique §303

Elles souligneront néanmoins que cette question - qui n'a pas fait l'objet de contestation avant le 3 mai 2000<sup>90</sup> - a ensuite été longuement débattue entre les Parties qui ont eu, l'une comme l'autre, toute latitude pour exposer arguments et preuves au Tribunal arbitral. Celui-ci n'a pas été convaincu par la thèse du Chili selon laquelle Monsieur Pey agissait en qualité de mandataire<sup>91</sup>. Les Demanderesses invitent donc respectueusement le Comité *ad hoc* à ignorer les développements de la République du Chili sur cette question.

68. Quant au prétendu excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral sur la propriété des actions, la position de la République du Chili a quelque peu évolué. Ainsi, après avoir prétendu que Tribunal arbitral aurait omis d'appliquer le droit chilien relatif au transfert des actions - ce qu'elle continue de faire - elle soutient maintenant que le Tribunal aurait, en outre, injustement qualifié les Protocoles d'Estoril et l'Accord de Genève de contrat de vente en appliquant le Code de commerce espagnol plutôt que le Code civil.

69. Les Demanderesses démontreront que ces affirmations sont infondées.

(a) Le Tribunal n'a pas excédé ses pouvoirs en qualifiant la transaction entre Monsieur Pey et Monsieur Sainte-Marie de contrat de vente

70. Pour la première fois dans la procédure d'annulation, la République du Chili soutient que le droit applicable pour qualifier les Protocoles d'Estoril et l'Accord de Genève serait le Code civil espagnol et non pas le Code de commerce espagnol. Cela permet d'ores et déjà de s'interroger sur le caractère manifeste du prétendu excès de pouvoir, et la discussion devrait s'arrêter là.

71. En réalité, à aucun moment au cours de plus de dix années de procédure, le Chili n'a soutenu que le droit applicable à la validité et l'interprétation des Protocoles d'Estoril et l'Accord de Genève était le Code civil espagnol. Tout au plus la République du Chili a évoqué l'application du Code civil espagnol pour justifier le renvoi au droit chilien sur le transfert de propriété des actions<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> La République du Chili n'a pas contesté le droit propriété de Monsieur Pey sur le journal *El Clarin* dans ses écritures de 1999, voir en particulier Mémoire d'incompétence du 20 juillet 1999 (Pièce CN88f) et Réplique du 27 décembre 1999 (Pièce CN91f). Cette question n'a été soulevée qu'après l'audience du 3 au 5 mai 2000 (Pièce RA-133) au cours de laquelle la République du Chili a présenté au Tribunal arbitral la Décision n° 43

<sup>91</sup> Il est intéressant de souligner que les développements présentés par la République du Chili dans la Réplique sont la reprise quasi-intégrale des arguments exposés dans leur Contre-Mémoire du 3 février 2003 Pièce RA-19

<sup>92</sup> Contre-Mémoire du 3 février 2003 (Pièce RA-19) pp.341-342

72. Ainsi, dans son Contre-Mémoire du 3 février 2003<sup>93</sup>, s'agissant de la question de l'interprétation des accords passés entre Monsieur Pey et Monsieur Sainte-Marie, la Défenderesse s'est contentée de faire une interprétation littérale de ces actes juridiques sans appliquer de norme juridique quelle qu'elle soit<sup>94</sup>. La question du droit applicable n'a été abordée par la Défenderesse que pour la question du transfert des actions de sociétés anonymes enregistrées au Chili. La République du Chili a alors prétendu que la position des Demanderesses était insoutenable et que le transfert des actions d'une société anonyme devait être régi par le droit chilien et en particulier l'article 451 du Code de commerce, l'article 37 du Règlement sur les Sociétés Anonymes<sup>95</sup>.

73. C'est ce qu'a d'ailleurs souligné le Tribunal arbitral dans sa Sentence en indiquant :

*Le Tribunal rappellera que, dans le dernier état de son argumentation, l'État 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. 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 SA 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<sup>96</sup> (soulignement ajouté).*

74. S'agissant du droit applicable à l'interprétation de ces documents contractuels, si le Tribunal n'a pas indiqué *expressis verbis* dans sa Sentence qu'il s'agissait du droit espagnol, il y a néanmoins fait référence<sup>97</sup> en renvoyant à l'analyse des Demanderesses lors des audiences de 2003<sup>98</sup> et en citant l'essence de l'article 1445 du Code civil espagnol –l'accord des volontés dans la chose et le prix<sup>99</sup>. Il a par ailleurs souligné que cette analyse n'avait pas été contestée par l'État chilien. Il convient en outre de souligner qu'en faisant référence à l'accord

<sup>93</sup> Ainsi qu'il a été indiqué, la question de la propriété des actions n'a pas été discutée entre les parties avant l'audience de mai 2000. C'est donc dans le Contre-Mémoire du 3 février 2003 que la République du Chili expose ses arguments concernant la qualification des Protocoles d'Estoril et Accord de Genève (Pièce RA-19 Section V pages 291 et suivantes)

<sup>94</sup> Contre-Mémoire du 3 février 2003 (Pièce RA-19) pages 294 et suivantes. De même, dans son rapport, Monsieur Sandoval indique concernant l'interprétation des "Protocoles d'Estoril" qu'il ne fera "*pas référence aux questions relatives à la loi applicable ni à l'existence, à la validité et aux effets d'un accord passé au Portugal (...)*" (Pièce RA-06 p.29)

<sup>95</sup> Contre-Mémoire du 3 février 2003 (Pièce RA-19) pp.337 et suivantes

<sup>96</sup> Sentence §220

<sup>97</sup> Sentence §222

<sup>98</sup> Audience du 5 au 7 mai 2003 (Pièce RA-24) pages 117 et suivantes et, en particulier, page 121 indiquant que selon le droit espagnol il y a vente dès lors qu'il y a accord sur la chose et sur le prix

<sup>99</sup> Article 1445: "*Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*"

des volontés sur la chose et sur le prix<sup>100</sup>, le Tribunal a appliqué également le Code civil espagnol et en particulier son article 1445.

75. Il en résulte que la République du Chili n'est pas aujourd'hui fondée à contester, pour la première fois devant le Comité *ad hoc*, un argument auquel elle ne s'était pas opposée au cours de la procédure arbitrale.

76. En tout état de cause, quand bien même le Comité *ad hoc* considèrerait qu'il s'agit d'une "annulable error", *quod non*, celle-ci n'en justifierait l'annulation de la Sentence que si elle avait influencé la décision du Tribunal<sup>101</sup>. Cela n'est pas le cas comme cela vient d'être démontré. Qui plus est, comme le souligne le Tribunal arbitral, l'examen du droit applicable à la validité du contrat de vente n'est effectué que dans "le souci d'être complet"<sup>102</sup>.

77. En réalité, le Tribunal arbitral a analysé la question de la propriété des actions de CCP SA par Monsieur Pey d'abord en se fondant sur un ensemble de faits - notamment la propriété des actions par Monsieur Sainte-Marie, le versement de sommes d'argent, la signature d'accords concernant le transfert des actions, la prise de contrôle effectif du journal par Monsieur Pey, la détention des titres par Monsieur Pey au moment de la saisie du journal par les autorités *de facto* chiliennes<sup>103</sup>. Il a ensuite fait référence à l'analyse retenue par ces autorités chiliennes à l'époque de la confiscation<sup>104</sup>.

78. Dès lors, si l'on devait admettre pour les besoins du raisonnement que le Tribunal arbitral a appliqué à tort le Code de commerce espagnol, cela ne pourrait avoir pour effet d'entraîner l'annulation de la Sentence.

(b) Le Tribunal arbitral a appliqué le droit chilien à la question du transfert des actions

79. Là encore la position de la République du Chili a évolué. Dans son mémoire en annulation, elle écrivait :

*(...) instead of simply applying the law that the Tribunal itself recognized as applicable, it impermissibly undertook to examine other aspects of Chilean law and practice (...)*<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> Sentence §222

<sup>101</sup> *Supra* §32

<sup>102</sup> Sentence §219

<sup>103</sup> Sentence §§180-196

<sup>104</sup> Sentence §§202 à 218

<sup>105</sup> Mémoire en annulation §496

80. En d'autres termes, ce que reprochait la République du Chili au Tribunal arbitral était d'avoir vérifié si, en droit chilien, le non-respect des formalités prévues au Code de commerce ou autre disposition du Règlement sur les Sociétés Anonymes, était sanctionné par la nullité absolue de l'acte de cession<sup>106</sup>. Selon elle, le Tribunal arbitral, après avoir constaté que l'article 451 du Code de commerce et l'article 37 du Règlement sur les Sociétés Commerciales étaient applicables et que les formalités y stipulées n'avaient pas été respectées, aurait dû terminer son analyse et déclarer la cession des actions nulles.

81. Ce n'est plus ce que soutient la République du Chili dans sa Réplique. Aujourd'hui, le Chili prétend que le Tribunal arbitral n'aurait pas appliqué les dispositions du Code de commerce chilien ou le Règlement sur les Sociétés Commerciales pour se prononcer sur la validité du transfert des actions à Monsieur Pey, mais aurait en réalité appliqué les dispositions du Code civil<sup>107</sup>.

82. Le Tribunal arbitral n'ayant fait aucune référence au Code civil dans sa Sentence, la République du Chili procède par déduction en affirmant :

*Given the lack of specific explanation by the Tribunal, it can be inferred that it accepted Claimant's arguments regarding the validity of the transfer of control of the intra partes object, based on Chilean Law rules mentioned by Claimants' expert, especially since the Tribunal stated that the Commercial Code and Corporation Regulations in Chile were only applicable to determine erga omnes validity<sup>108</sup>.*

83. La République du Chili prétend faire tenir au Tribunal arbitral un raisonnement qui n'a pas été le sien afin de le faire coïncider avec son fondement d'annulation sur la non-application du droit applicable. Le Comité *ad hoc* ne se laissera pas abuser par cette supercherie.

84. Ce raisonnement du Chili est d'autant plus surprenant que c'est précisément en application du Code civil chilien, en particulier de son article 1682, que le Chili et son expert soutenaient la nullité de la cession. Dès lors, lorsque le Tribunal arbitral soulignait "*Après avoir affirmé la primauté incontestable du Code de commerce sur le Code civil en la matière, elle [la Défenderesse] ne désigne aucune disposition de ce code prévoyant la sanction de nullité*"<sup>109</sup>, c'est pour indiquer que l'article 1682 du Code civil n'était pas applicable et ne pouvait justifier la nullité des actes de cession.

---

<sup>106</sup> Sentence §227

<sup>107</sup> Mémoire en réplique §§375-389

<sup>108</sup> Mémoire en réplique §378

<sup>109</sup> Sentence §227

85. A cet égard, les développements affirmant que le défaut d'accomplissement des formalités légales serait sanctionné par la nullité absolue de l'acte<sup>110</sup> ont déjà été rejetés par le Tribunal arbitral<sup>111</sup>. En particulier, l'arrêt du 15 décembre 1942 cité par l'expert du Chili et auquel il est fait référence dans la Réplique, n'indique pas que la sanction du défaut d'enregistrement est la nullité du contrat de vente des actions<sup>112</sup>. Soumettre à nouveau cette question à l'appréciation du Comité *ad hoc* constitue un appel au fond.

86. Le Comité *ad hoc* devra donc rejeter la demande d'annulation fondée sur le prétendu excès de pouvoir manifeste du Tribunal pour décider de la propriété des actions du journal El Clarin.

### 2.1.2 La nationalité espagnole exclusive de Monsieur Pey Casado : la condition de nationalité au sens de la Convention

87. La République du Chili refuse la décision du Tribunal arbitral sur la nationalité de Monsieur Pey car, selon elle, le Tribunal ne pouvait pas légitimement écarter les affirmations de Monsieur Cea, Président de la Cour constitutionnelle chilienne, agissant en qualité de représentant de la Défenderesse lors de l'audience de janvier 2007<sup>113</sup>. Partant, le Tribunal aurait nécessairement commis un excès de pouvoir manifeste.

88. Afin de donner plus de poids à son argumentaire, elle soutient en outre que le Tribunal n'aurait pas motivé sa décision et qu'il aurait renversé la charge de la preuve, imposant au Chili la *probatio diabolica*.

89. Malgré plus de quarante pages de développement sur la question, le Chili ne répond pas sérieusement aux arguments des Demanderesses, qui restent pertinents et auxquels elles renvoient respectueusement le Comité *ad hoc*<sup>114</sup>.

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

90. La République du Chili ignore les arguments des Demanderesses en continuant d'affirmer que le Tribunal aurait décidé que Monsieur Pey Casado n'était pas chilien parce qu'elle n'aurait pas apporté la preuve que la renonciation à la nationalité chilienne était contraire à la Constitution. Elle fait ainsi abstraction de l'ensemble des arguments et preuves présenté au Tribunal

<sup>110</sup> Mémoire en Réplique §386

<sup>111</sup> Sentence §§227-228

<sup>112</sup> Sentence §227 et note de bas de page n°177

<sup>113</sup> Sur les circonstances de son intervention, voir mémoire en réponse §§63-64

<sup>114</sup> Mémoire en réponse §§294 à 371

démontrant que le droit de renoncer à la nationalité était reconnu, accepté et appliqué par l'administration et les juridictions chiliennes.

91. Persuadée que seule sa position est acceptable, la République du Chili refuse que le Tribunal arbitral ait pu trouver dans les normes légales internes et la pratique des juridictions chiliennes la reconnaissance du droit de renoncer volontairement à sa nationalité. C'est pourtant bien ce qu'il a fait, comme cela a été démontré dans le mémoire en réponse et ce seul fait permet de rejeter la prétention de la Défenderesse sur la charge de la preuve.

92. Ainsi, la Défenderesse ignore l'argument des Demanderesses que le Tribunal ne s'est pas appuyé sur les règles sur la charge de la preuve pour décider de la nationalité de Monsieur Pey<sup>115</sup> et s'est forgé sa propre opinion au vu de l'ensemble des preuves et arguments soumis par les parties<sup>116</sup>.

93. En tout état de cause, même en considérant le principe *actori incumbit probatio*, comme une règle intangible, cela ne permet pas d'affirmer que le Tribunal a renversé la charge de la preuve. En effet, selon ce principe, la charge de la preuve incombe à celui qui affirme<sup>117</sup>. En l'espèce, Monsieur Pey a démontré qu'il remplissait les conditions posées par l'Article 25, et notamment qu'il avait renoncé à la nationalité chilienne. La preuve en est que les autorités chiliennes elles-mêmes avaient enregistré ce statut sur la fiche signalétique d'état civil de l'intéressé<sup>118</sup>.

94. En revanche, l'affirmation que cette renonciation était illégale en droit chilien et donc sans effet vient de la République du Chili, il lui appartenait donc de la prouver<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Mémoire en réponse §§308 à 315

<sup>116</sup> Dans la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Grand River Enterprises Six nations*, le tribunal arbitral a indiqué à propos du fardeau de la preuve : "*The Parties differed as to which of them bore the burden of proof on disputed facts bearing on jurisdiction. Claimants contended that, as the moving party opposing jurisdiction, the Respondent bore the burden of proof. Respondent disagreed, maintaining that the Claimants were obliged to establish the facts required for the Tribunal to have jurisdiction. Nevertheless, both Parties presented extensive evidence to support their positions regarding application of Article 1116(2) and 1117(2). For its part, the Tribunal considered all of the extensive documentation produced and did not exclude any evidence on the ground that it was belatedly produced. Accordingly, the Tribunal did not find it necessary to determine which Party had a burden of going forward with the evidence*", *Grand River Enterprises Six nations Ltd. c/ USA*, décision sur la compétence du 20 juillet 2006 §37 (soulignement ajouté)

<sup>117</sup> Voir également : "*Ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio*", cités dans "*Burden of Proof Regarding Jurisdiction*", Baiju S. Vasani et Timothy L. Foden, *Arbitration Under Investment Agreements*, Katia Yannaca-Small, ed. 2010, p. 271, faisant référence à "*Burden of Proof and related Issues*", Mojtaba Kazazi, *Kluwer Law* 1996, p. 221 (Pièce RALA-090)

<sup>118</sup> Sentence §317

<sup>119</sup> A cet égard, on soulignera que contrairement à l'affirmation du Chili, il ne s'agit nullement de faire supporter au Chili la *probatio diabolica*. Il ne s'agit en effet pas pour la Défenderesse d'apporter une preuve négative mais bien de démontrer que le droit chilien ne reconnaît pas la renonciation. Comme cela a été démontré dans la procédure, cette question a fait l'objet d'un large débat devant les juridictions chiliennes

95. Ce principe a, ainsi qu'il a été souligné par les Demanderesses dans leur mémoire en réponse<sup>120</sup>, été énoncé par le Tribunal arbitral dans l'affaire *Siag et Vecchi c. Egypte*.<sup>121</sup>
96. Cette décision ainsi que ses fondements présentent un intérêt particulier car les circonstances dans lesquelles il convenait de trancher la question de la charge de la preuve étaient similaires.
97. L'Égypte avait ainsi formulé une exception d'incompétence fondée sur la nationalité des demandeurs en affirmant notamment que Monsieur Siag, de nationalité italienne, était, aux dates pertinentes de la Convention, également de nationalité égyptienne. Monsieur Siag affirmait quant à lui qu'il avait perdu la nationalité égyptienne en raison de l'obtention de la nationalité libanaise, ce que contestait l'Égypte.
98. Il était donc question, comme en l'espèce, d'établir si le demandeur était ou non un national de l'État hôte. L'allocation de la charge de la preuve de cette nationalité constituait un point de litige entre les parties.
99. Dans sa sentence, le tribunal arbitral a affirmé à plusieurs reprises et sans équivoque<sup>122</sup> que la charge de la preuve à l'égard de toutes les exceptions d'incompétence et des défenses au fond reposait sur l'Égypte :

*The Tribunal considers that the burden of proof in respect of all jurisdictional objections and substantive defences lies with Egypt. The Tribunal concurs with the opinion of Professor Reisman, that it is a widely-accepted principle of law that the party advancing a claim or defence bears the burden of establishing that claim or defence.*<sup>123</sup>

100. Ce même principe avait d'ailleurs déjà été appliqué par le tribunal arbitral dans sa décision sur la compétence du 11 avril 2007 :

<sup>120</sup> Mémoire en réponse §§270-271

<sup>121</sup> Sentence rendue dans l'affaire *Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, Dossier CIRDI No. ARB/05/15 le 1er juin 2009. Cette décision a fait l'objet d'une opinion dissidente de la part de Monsieur Francisco Orrego Vicuña, Conseil du Chili dans l'affaire Pey Casado, tel que cela apparaît dans les factures n°EG.1031, EG.35; EG.409 communiquées au CIRDI par la République du Chili le 3 novembre 2007

<sup>122</sup> Sentence rendue dans l'affaire *Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, Dossier CIRDI No. ARB/05/15 le 1er juin 2009 §§315, 316, 317, 357

<sup>123</sup> *Ibid.*, §318

*That was the determination of the Tribunal in the Decision on Jurisdiction, wherein it held that Egypt bore the burden of proving its objections to jurisdiction*<sup>124</sup>.

101. Afin de minimiser la décision rendue dans l'affaire *Siag*<sup>125</sup>, le Chili se prévaut de la décision rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki*<sup>126</sup>. Selon la Défenderesse<sup>127</sup>, cette décision conforterait la thèse selon laquelle le fardeau de la preuve en matière de compétence, et en particulier s'agissant de la condition de nationalité, pèse toujours sur le demandeur.
102. L'analyse de cette décision par la République du Chili est erronée.
103. D'abord, le Comité *ad hoc* saisi de la sentence *Soufraki* n'était pas appelé à trancher la question de l'allocation de la charge de la preuve comme en l'espèce mais devait se prononcer sur l'existence ou pas d'un excès de pouvoir manifeste du tribunal arbitral<sup>128</sup>.
104. Surtout, la position adoptée par le Tribunal et entérinée par le Comité *ad hoc* sur cette question ne contredit la position des Demanderesses pour au moins deux raisons.
105. En premier lieu, dans l'affaire *Soufraki*, il s'agissait pour le demandeur de démontrer qu'il possédait la nationalité de l'autre État contractant, à savoir la nationalité italienne. Sur ce point, le tribunal arbitral et le Comité *ad hoc* ont effectivement estimé qu'il appartenait au demandeur d'apporter cette preuve<sup>129</sup>.
106. En second lieu, si le tribunal arbitral a fait reposer la charge de la preuve sur le demandeur, cette exigence est limitée à l'établissement d'une preuve *prima facie*. Si Monsieur Soufraki était parvenu à démontrer *prima facie* qu'il avait la nationalité italienne, le Comité *ad hoc* admet que la charge de la preuve se serait portée sur le défendeur<sup>130</sup>.
107. Or, en l'espèce, la nationalité espagnole de Monsieur Pey ne souffre aucune contestation. La difficulté se situe sur le point de savoir si le demandeur a également la nationalité de l'État

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, §318

<sup>125</sup> Les Demanderesses auraient cité cette sentence dans leur mémoire en réponse §272

<sup>126</sup> *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Dossier CIRDI No ARB/02/7, Décision du Comité *ad hoc*, 5 juin 2007.

<sup>127</sup> Mémoire en réplique §215

<sup>128</sup> *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Dossier CIRDI No ARB/02/7, Décision du Comité *ad hoc*, 5 juin 2007, §30

<sup>129</sup> *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Dossier CIRDI No ARB/02/7, Décision du Comité *ad hoc*, 5 juin 2007, §109

<sup>130</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Dossier CIRDI No ARB/02/7 du 5 juin 2007, §109

d'accueil. Dès lors, le principe édicté dans l'affaire *Soufraki* n'a pas vocation à s'appliquer au cas d'espèce.

- (b) Le Tribunal a appliqué à la détermination de la nationalité de Monsieur Pey le droit chilien, dont la CDN fait partie, et les principes pertinents de droit international

108. La position du Chili s'agissant de la non-application du droit chilien en matière de nationalité semble aujourd'hui se clarifier. Le reproche formulé par la République du Chili contre le Tribunal arbitral est que ce dernier aurait adopté une interprétation du droit chilien "*flatly inconsistent with the actual law of the country in question as determined by its relevant domestic courts, doctrine and nationalities*"<sup>131</sup>. Le Chili semble donc abandonner la position consistant à dire que le Tribunal arbitral n'avait pas le pouvoir d'interpréter le droit chilien.

109. La Défenderesse affirme :

*If a tribunal does not apply the national law as it is applied in the relevant country, the Tribunal is in fact not applying the national law but rather re-writing that law, or applying some other set of norms in substitution of the actual national law*<sup>132</sup>.

Selon la République du Chili, l'interprétation adoptée par le Tribunal arbitral serait insoutenable.

110. Cet argument a l'avantage de permettre au Chili de présenter aux membres du Comité *ad hoc* les arguments et éléments qu'elle a déjà soumis à l'appréciation du Tribunal arbitral pour tenter de les convaincre de l'exactitude de son affirmation. C'est ainsi qu'elle tente de justifier ses développements aux paragraphes 268 à 290. C'est en fait une procédure d'appel.

111. Au-delà du caractère contestable de la position du Chili<sup>133</sup>, on rappellera que seul l'excès de pouvoir manifeste est susceptible d'entraîner l'annulation de la Sentence<sup>134</sup>. Ainsi, la mission du Comité *ad hoc* n'est pas de dire si l'interprétation retenue par Tribunal est ou non conforme au droit chilien<sup>135</sup> mais de dire si cette interprétation est manifestement<sup>136</sup> contraire aux principes de droit chilien. Sur ce dernier point, le Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC* a précisé que l'excès de pouvoir manifeste ne saurait être caractérisé lorsque la question posée faisait

<sup>131</sup> Mémoire en réplique §263

<sup>132</sup> Mémoire en réplique §265

<sup>133</sup> Voir les développements des Demanderesses dans leur mémoire en réponse §§216-223

<sup>134</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 du 14 décembre 1989 §4.06

<sup>135</sup> A cet égard, les Demanderesses renvoient à leurs développements du mémoire en réponse §§219-220

<sup>136</sup> Sur la signification du terme *manifeste*, voir Mémoire en réponse §§224-225

débat et nécessitait l'analyse par le Comité *ad hoc* des pièces soumises à l'examen du Tribunal arbitral<sup>137</sup>.

112. En l'espèce, le Tribunal arbitral a indiqué, sans ambiguïté, qu'il examinerait la question de la renonciation à la nationalité chilienne en application du droit chilien<sup>138</sup>. Il a par ailleurs pris en considération la Constitution du Chili en y faisant référence plus d'une vingtaine de fois sur la question de la nationalité.

113. Il ne fait aucun doute que cette question a fait débat entre les parties<sup>139</sup> et que l'interprétation soutenue par les Demanderesses était appuyée par des éléments de preuves sérieux<sup>140</sup>.

114. En effet, il a été répondu à chacun des arguments et prétendues preuves de la République du Chili par une démonstration contraire des Demanderesses. Sans qu'il soit nécessaire de reprendre l'intégralité du débat qui s'est déjà déroulé devant le Tribunal arbitral, les Demanderesses démontreront que non seulement le Tribunal arbitral était en droit d'interpréter la Constitution mais qu'en outre son interprétation était bien fondée. Alors que celle de la délégation du Chili est arbitraire, incompatible avec la CDN Espagne-Chili et entre en conflit avec la Constitution du Chili telle qu'elle est appliquée par les juridictions internes.

115. Tout d'abord, pour soutenir que le Tribunal arbitral "*was required to focus on the content of the plain text of the Constitution*"<sup>141</sup>, la République du Chili affirme que la liste prévue à l'article 11 de la Constitution chilienne de 1980 prévoyant les cas de perte de nationalité est exhaustive. Selon elle, tant la jurisprudence que la doctrine corroborent cet état de fait<sup>142</sup>, sans pour autant citer une décision à l'appui de sa prétention et en ignorant en termes absolus que la nationalité chilienne de M. Pey était régie par la CDN avec l'Espagne du 24 mai 1958.

116. Sans reprendre la doctrine et la jurisprudence<sup>143</sup>, le caractère limitatif de l'article 11 -hors le cadre de sanction exigeant une loi du Parlement pour récupérer la nationalité perdue en

---

<sup>137</sup> "*Any excess apparent in a Tribunal's conduct, if susceptible of argument "one way or another" is not manifest. As one commentator has put it, "if the issue is debatable or requires examination of the materials on which the tribunal's decision is based, the tribunal's determination is conclusive. (...) Regardless of our opinion of the Tribunal's legal analysis, however, our inquiry is limited to a determination of whether or not the Tribunal endeavored to apply English law. That it did so is made plain by its explicit statement in the Award that it did as well as by its repeated citation to relevant English authorities"*", Décision Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/04 du 29 juin 2005 §§41 et 45

<sup>138</sup> Sentence §260

<sup>139</sup> Sentence §297

<sup>140</sup> Par exemple pièces mentionnées §§256-257 du mémoire en réponse

<sup>141</sup> Mémoire en annulation §443

<sup>142</sup> Mémoire en réplique §226

<sup>143</sup> On citera à titre d'illustration l'arrêt du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso, entériné par la Cour Suprême du 13 juin 2001, rejetant les arguments qu'opposait l'administration chilienne, arguments

vertu d'un des motifs y établis- est contredit par l'existence de certaines Conventions internationales, en vigueur au Chili, prévoyant la renonciation à la nationalité chilienne en dehors des cas prévus par cet article. A titre d'exemple et ainsi que l'a relevé le Tribunal arbitral, la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906<sup>144</sup>, toujours en vigueur au Chili, permet à un double national de renoncer à l'une de ses nationalités s'il exprime cet abandon dès lors qu'il rétablit son domicile dans son pays d'origine<sup>145</sup>.

117. Il n'a pas été contesté au cours la procédure d'arbitrage que la Convention internationale de Rio de Janeiro et la CDN Espagne-Chili étaient dans l'ordre juridique chilien et qu'elles y étaient appliquées.

118. Le seul argument de la République du Chili, encore aujourd'hui<sup>146</sup>, est que la Convention internationale de Rio n'est pas applicable à Monsieur Pey, l'Espagne n'en étant pas signataire. Là n'est pas la question.

119. L'application de la Convention internationale de Rio au Chili est la preuve qu'un double national peut valablement renoncer à sa nationalité chilienne sans pour autant acquérir une autre nationalité, alors que ce cas n'est pas expressément prévu par l'article 11 de la Constitution chilienne. Le Tribunal était donc parfaitement fondé à relever que "*le texte même de l'article 11 de la Constitution chilienne est ambigu sur la question et ne permet nullement d'affirmer ou de postuler un prétendu caractère limitatif des cas énumérés de perte de nationalité*"<sup>147</sup>.

120. Parallèlement, la République du Chili conserve le silence sur la Convention de Double Nationalité entre l'Espagne et le Chili ("CDN Espagne-Chili") qui prévaut sur l'article 11 de la Constitution chilienne<sup>148</sup> et au bénéfice de laquelle toute personne peut renoncer. A cet égard, on citera la réponse du 29 janvier 2004 de la Direction Nationale aux Registres du Ministère de la Justice, la plus haute instance de l'État espagnol compétente en la matière - qui indiquait à propos de la situation de Monsieur Pey :

*Il s'entend en ce cas que la double nationalité hispano-chilienne n'est pas une contrainte envers les particuliers, mais une faculté ou un*

---

sensiblement identiques à ceux soutenus par la délégation chilienne devant le Tribunal arbitral (Pièce CN122f)

<sup>144</sup> Pièce CN01f

<sup>145</sup> Sentence §313

<sup>146</sup> Mémoire en réplique §§279 et suivants

<sup>147</sup> Sentence §308

<sup>148</sup> Voir dans la Pièce DP08, la traduction de l'opinion du Professeur de Droit International Monsieur Diego Guzmán, de l'Université du Chili, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Santiago, 1989, p.5

*bénéfice qui leur est concédé auquel ils peuvent renoncer* (cf. art. 1 de la Convention<sup>149</sup> (soulignement ajouté).

Soulignons que les Constitutions du Chili en vigueur entre 1985 et 2005 renvoient expressément à des traités tels que la CDN Espagne-Chili, comme on peut voir dans la version de l'article 10 de la Constitution de 1980 en vigueur jusqu'en 2005<sup>150</sup> que la délégation du Chili a omis de montrer au Comité *ad hoc*.

121. Plus généralement, les Demanderesses renvoient respectueusement les membres du Comité *ad hoc* à leurs développements au cours de l'audience du 15 janvier 2007<sup>151</sup> démontrant que les cas de sanction énumérés par l'article 11 de la Constitution chilienne n'étaient pas les seuls moyens de perdre la nationalité chilienne.

122. Pour démontrer que l'interprétation du Tribunal est contraire au droit chilien, le Défendeur continue de prétendre que seule la renonciation par naturalisation serait reconnue en droit chilien puisqu'il s'agit du seul cas de renonciation prévu par l'article 11 de la Constitution. Ainsi pour pouvoir "renoncer" à sa nationalité chilienne, il faut qu'un chilien acquiert la nationalité d'un autre État par naturalisation. Cette renonciation serait automatique et ne pourrait être volontaire<sup>152</sup>. Il s'agirait en réalité plus d'une sanction de perte de nationalité que d'une renonciation.

123. Cette affirmation est contraire au droit positif chilien. A titre d'illustration, la Cour Suprême chilienne a dans un arrêt du 19 mars 1993<sup>153</sup> précisé que la perte de nationalité n'était pas automatique mais devait être expresse :

*Pour que se produise la perte de nationalité chilienne, il faut que soit remplie la formalité essentielle de renonciation expresse à cette dernière dans le but d'en obtenir une autre.*

Pour les juges chiliens, la renonciation requiert donc un acte volontaire et ne peut intervenir automatiquement du seul fait de l'acquisition d'une seconde nationalité.

124. Monsieur Pey étant bénéficiaire de la double nationalité hispano-chilienne, le Chili a soutenu que pour pouvoir renoncer ou abandonner sa nationalité chilienne, celui-ci devait acquérir une troisième nationalité, ce qui est manifestement absurde<sup>154</sup>.

<sup>149</sup> Avis formel sur la renonciation de Monsieur Victor Pey à sa nationalité chilienne, du 29 janvier 2004, Pièce DP40f

<sup>150</sup> Pièces DP01, CN02f (Constitution en vigueur 1970), CN32a (Constitution de 1980 version originale)

<sup>151</sup> Pièce CN213 pp.78 et suivantes

<sup>152</sup> Mémoire en réplique §271

<sup>153</sup> Pièce CN44f

125. En réalité, comme l'a indiqué le Tribunal arbitral<sup>155</sup>, la *ratio legis* sous-jacente à la règle constitutionnelle est que la renonciation volontaire ne doit pas entraîner une situation d'apatridie. Un double national renonçant à l'une de ses nationalités, en particulier lorsque celle-ci n'est pas la nationalité effective, ne devient pas apatride. C'est précisément ce type de cas qui est prévu par la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906 et la CDN Espagne-Chili de 1958.

126. Enfin, le Tribunal a relevé que l'interprétation de la Constitution proposée par le Chili, reviendrait à appliquer un régime discriminatoire en matière de renonciation volontaire : "*permissif en cas d'acquisition d'une autre nationalité, prohibitif en cas de seconde nationalité déjà acquise*"<sup>156</sup>. Une telle différence de traitement n'est pas justifiée.

127. L'illégalité d'un traitement discriminatoire en matière de renonciation volontaire a d'ailleurs été reconnue par la Cour d'Appel de Valparaíso dans son arrêt du 2 avril 2001<sup>157</sup>, qui a indiqué la nature de sanction de la liste des causes de perte de la nationalité établie dans l'article 11 de la Constitution :

*Qu'il n'est pas inutile, afin de conforter au-delà de tout doute l'interprétation qui a été faite, spécifiquement de l'article 11 n°1 de notre Charte Fondamentale, de faire état de ce que l'interprétation restrictive que font les [fonctionnaires] visés par l'appel, de la norme figurant au N°1 de l'article 11 de la Constitution, en ce qu'elle ne serait applicable qu'aux chiliens d'origine, qui perdraient la nationalité chilienne par le fait d'en acquérir une autre étrangère, ce qui n'est pas le cas si celui qui acquiert une nationalité étrangère est un chilien qui a obtenu une carte de naturalisation dans notre pays, est une distinction arbitraire et illégale puisque, comme il a été dit son interprétation directe mettrait les chiliens d'origine en situation différente vis-à-vis des chiliens naturalisés ce qui n'est pas permis ni par la loi et moins encore par notre Charte Fondamentale.*

(...)

*Qu'enfin [ce qui] démontre également l'illégalité et l'arbitraire contenus dans l'interprétation de l'article 11 n°1 de la Constitution Politique de la République faite par les [fonctionnaires] visés par l'appel eu égard à la situation de l'appelant (...) Monsieur Rizo Castellón pour se défaire de la nationalité chilienne acquise en 1986, serait obligé de se livrer à des comportements répréhensibles qui contraindrait les autorités chiliennes pertinentes à annuler sa carte de naturalisation chilienne, il ne fait aucun doute que telle ne saurait être l'interprétation correcte des*

<sup>154</sup> Sentence §311

<sup>155</sup> Sentence §309

<sup>156</sup> Sentence §311

<sup>157</sup> Cet arrêt a été confirmé par la Cour Suprême chilienne dans un arrêt du 13 juin 2001 ; Voir Audience du 15 janvier 2007 Pièce RA-26 p.75

*textes régissant la nationalité dans notre pays, [en effet] il n'appartient pas d'exiger d'une personne dont la volonté et le désir est de cesser d'être chilien, qu'elle doive se livrer pour ce faire à l'inconduite et obtenir par la voie d'une sanction la perte de la nationalité chilienne acquise volontairement; qui plus est, s'y oppose également l'article 20 n°3 du Décret n°853 publié au Journal Officiel du 5 janvier 1991 qui dispose expressément "Nul ne sera privé arbitrairement de sa nationalité ni du droit d'en changer", étant donné que c'est à ce dernier résultat qu'aboutit l'interprétation donnée par les fonctionnaires visés par l'appel, des dispositions de l'article 11 N°1 de la Charte Fondamentale<sup>158</sup> (soulignement ajouté).*

128. Soulignons que le Tribunal arbitral a entendu le commentaire du Professeur Avilés<sup>159</sup> à propos de cet arrêt qui indiquait :

*La cour a rejeté cette argumentation de l'autorité administrative en acceptant le recours sur la base d'une interprétation qui au fond, reconnaît le droit à cesser d'être chilien en termes plus larges que ceux que suggère le texte constitutionnel puisque l'on ne peut obliger un citoyen naturalisé à se livrer à des comportements répréhensibles pour obtenir de la sorte l'application d'une autre cause de perte de la nationalité<sup>160</sup>.*

129. Les faits de cet arrêt ne sont pas identiques à la situation de Monsieur Pey puisque Monsieur Castellón n'était pas bénéficiaire d'une convention de double nationalité. Dès lors pour obtenir la naturalisation chilienne, il avait dû renoncer à la nationalité nicaraguayenne. Souhaitant reprendre sa nationalité d'origine, celui-ci avait fait auprès des autorités nicaraguayennes les démarches lui permettant de récupérer cette nationalité, et avait renoncé volontairement à sa nationalité chilienne ne souhaitant pas conserver cette dernière ; alors que M. Pey n'ayant pas eu à renoncer à la nationalité espagnole du fait de son adhésion à la CDN, n'a eu qu'à réaliser, auprès des autorités espagnoles, les démarches lui permettant de se prévaloir de la nationalité espagnole, puis il a renoncé à la chilienne. C'est cette différence de faits qui a conduit le Tribunal arbitral à indiquer dans sa Sentence qu'il n'existait pas "*de jurisprudence pertinente*" en la matière<sup>161</sup>.

130. On soulignera en outre que la République du Chili se prévaut de cette décision, en particulier de son quatrième attendu, pour soutenir qu'il est impossible de perdre sa nationalité par renonciation<sup>162</sup>. Elle omet cependant de citer les autres attendus de la décision qui ont conduit la Cour d'appel à ordonner aux fonctionnaires de prendre acte que Monsieur Castellón avait

<sup>158</sup> Pièce CN122f

<sup>159</sup> Le Professeur Avilés figure dans le dossier arbitral comme expert de la République du Chili sur la question de la nationalité

<sup>160</sup> Audience du 15 janvier 2007, p. 80 (citant le chapitre 4 de la contribution du Professeur Avilés "*la jurisprudence chilienne comme anticipation de la réforme*" [de 2005])

<sup>161</sup> Sentence §307

<sup>162</sup> Mémoire en réplique §276

perdu sa nationalité chilienne ; à savoir que l'impossibilité en question s'entend précisément de la seule renonciation sans accès démontré à une autre nationalité, de façon à exclure l'apatridie.

131. Enfin, cet arrêt vient contredire la thèse du Chili, rejetée également par le Tribunal<sup>163</sup>, selon laquelle le droit de changer de nationalité n'inclurait pas le droit de renoncer à une nationalité<sup>164</sup>. Le Comité *ad hoc* notera à cet égard que la Cour Suprême chilienne a indiqué que le droit de changer de nationalité était inclus dans le système juridique chilien depuis 1991, date du décret intégrant dans l'ordre interne chilien la Convention interaméricaine de protection des droits de l'Homme<sup>165</sup>.
132. En outre, afin de défendre les propos tenus par Monsieur Cea lors de l'audience de 2007, la Défenderesse s'offusque de la conclusion du Tribunal selon laquelle la réforme constitutionnelle de 2005 ne faisait que confirmer une pratique prétorienne et administrative<sup>166</sup>. Le Chili prétend ainsi que "*The amendment of the law had one specific purpose: to grant Chilean nationals - for the first time- a right of voluntary renunciation under Chilean law*".
133. Pourtant le Tribunal arbitral n'est pas le seul à être parvenu à cette conclusion. A titre d'illustration, les Demanderesses citeront un article du Professeur Avilés<sup>167</sup> publié en 2005 dans un ouvrage intitulé "*Reforma Constitucional*"<sup>168</sup> dans lequel il indique :

*En analysant la réforme, la Commission des Droits de l'Homme, de la Nationalité et de la Citoyenneté du Sénat a estimé que devait être acceptée la double nationalité en règle générale, pourvu que l'acquisition d'une nouvelle nationalité ne puisse s'interpréter comme répudiation de celle d'origine. A cet effet il a été convenu que cette [articulation] causale devait être remplacée par une nouvelle qui précisera que la nationalité se perdrait par renonciation volontaire déclarée devant l'autorité compétente, dans la mesure où elle sera effectuée postérieurement à la naturalisation du renonciateur en pays étranger. Cette dernière exigence a été formulée comme garantie face à une éventuelle apatridie. De cette manière, la réforme proposée vient reconnaître une pratique jurisprudentielle et administrative en la matière<sup>169</sup> (soulignement ajouté).*

<sup>163</sup> Sentence, note de bas de page 265

<sup>164</sup> Mémoire en réplique §§283-285

<sup>165</sup> Monsieur Pey a exercé son droit à renonciation en 1996

<sup>166</sup> Sentence §315 indiquant : "*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 suivre la Convention inter-américaine des droits de l'Homme et permettre la renonciation volontaire à la nationalité chilienne*" (soulignement ajouté)

<sup>167</sup> Professeur de droit constitutionnel à l'Université du Chili

<sup>168</sup> Pièce CN210

<sup>169</sup> Pièce CN210, p.294 qui indique en espagnol "*Al analizarse la reforma, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado estimó que debía aceptarse la doble nacionalidad como regla*

134. Les Demanderesses n'avaient d'ailleurs pas manqué d'attirer l'attention du Tribunal sur l'inexactitude des propos de Monsieur Cea lors de l'audience du janvier 2007<sup>170</sup>.

135. On notera que M. Victor Pey a renoncé à la double nationalité chilienne alors qu'il avait déjà la nationalité d'un pays étranger, l'Espagne. Le fait qu'il ne s'agissait pas d'une "*naturalisation antérieure*" mais d'un "*accès antérieur*" à la nationalité d'un pays étranger est strictement équivalent aux fins de la raison d'être de l'exigence, à savoir sa formulation exclusivement comme garantie face à une éventuelle apatridie, comme le voulait la pratique jurisprudentielle et administrative existante ainsi que la Convention sur la double nationalité avec l'Espagne<sup>171</sup> et le droit international en matière de nationalité.

136. Il résulte de ces développements que la renonciation volontaire à la nationalité n'était pas une question à laquelle il pouvait être répondu de la manière simpliste suggérée par la République du Chili. Compte tenu des éléments et preuves soumis au Tribunal arbitral, celui-ci était en droit d'interpréter la Constitution chilienne. L'interprétation qu'il a adoptée n'est ni absurde ni injustifiée. Nous sommes donc loin d'une "*interpretation of local law that is flatly inconsistent with actual law of country in question determined by its relevant domestic courts, doctrine and national authorities*"<sup>172</sup> (soulignement ajouté) ou d'un "*unambiguous(ly) (...) Chilean jurisprudence and doctrine*"<sup>173</sup> ou "*universally consistent Chilean jurisprudence and doctrine*"<sup>174</sup>. Nous ne sommes pas dans un cas d'excès de pouvoir, encore moins manifeste, mais dans une tentative de réformation au fond.

137. En outre, comme le Tribunal arbitral l'a relevé, refuser à Monsieur Pey le droit de renoncer à sa nationalité chilienne parce qu'il était un double national en application de la CDN de 1958, équivaudrait de la part de l'État chilien à lui imposer une nationalité, ce qui ne serait pas opposable au Tribunal arbitral<sup>175</sup>.

138. En conséquence, le Comité *ad hoc* rejettera la demande d'annulation de la Défenderesse à ce titre.

---

*general, toda vez que la adquisición de una nueva nacionalidad, no podía interpretarse como repudio a la de origen. Al efecto, se concordó que esta causal debía reemplazarse por una nueva que precisara que la nacionalidad se perdería por renuncia voluntaria manifestada ante la autoridad competente, en cuanto se efectuara con posterioridad a la nacionalización del renunciante en país extranjero. Esta última exigencia se formuló como garantía frente a una eventual apatridia. De este manera, la reforma propuesta viene a reconocer una práctica jurisprudencial y administrativa sobre la materia", voir également p.259*

<sup>170</sup> Voir la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 71 et ss, pièce CN213, et la pièce RA-26, p.71, lignes 11 à 20 ; §§79-80

<sup>171</sup> Voir l'avis sur le cas de M. Víctor Pey Casado de la Direction Générale des Registres du 29 juin 2004, Pièce DP40f

<sup>172</sup> Mémoire en réplique §263

<sup>173</sup> Mémoire en réplique §292

<sup>174</sup> Mémoire en réplique §454

<sup>175</sup> Sentence §§319-322

(c) Le Tribunal arbitral a motivé sa décision sur la renonciation à la nationalité par Monsieur Pey

139. Il résulte des développements précédents et de la lecture de la Sentence que la prétention du Chili selon laquelle le Tribunal n'aurait pas motivé sa décision pour reconnaître qu'en droit chilien la renonciation de Monsieur Pey était valable, est extravagante.

140. Afin de ne pas allonger inutilement leurs écritures, les Demanderesses renvoient les membres du Comité *ad hoc* à leur mémoire en réponse et en particulier aux paragraphes 361 et suivants.

141. Le seul point nouveau de la Défenderesse est de soutenir que le Tribunal n'a pas expliqué comment il était possible de renoncer à sa nationalité sans en notifier les autorités chiliennes<sup>176</sup>.

142. Sur ce point encore, le raisonnement du Tribunal arbitral est pourtant clair.

143. Ainsi, le Tribunal écarte la nécessité d'une telle notification en remarquant à deux reprises que l'exigence de notification aux autorités compétentes -qui n'a du sens que lorsqu'il importe que l'État prenne acte de l'abandon de sa nationalité- est une condition apparue avec la réforme constitutionnelle de 2005, qui n'existait pas auparavant<sup>177</sup>. Il en résulte logiquement que cette exigence nouvelle n'était pas applicable *ratione temporis* à une renonciation opérée en 1996<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Mémoire en réplique §462

<sup>177</sup> Sentence arbitrale §312 : "(...) 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". Sentence, arbitrale, §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 renonçant doit présenter cette renonciation à un fonctionnaire chilien compétent, exigence qui n'existait pas auparavant" (soulignement ajouté)

<sup>178</sup> Il convient de souligner que cet argument de l'absence de formalité avait été soulevé par les Demanderesses dès l'année 2000, en réponse à une question du Tribunal arbitral. Les Demanderesses indiquaient "La Constitution Politique de la République en ses articles 10 et 11 alors en vigueur ne soumettaient pas [Sic] la renonciation à la nationalité à aucune formalité quelle qu'elle soit. En conformité avec les principes généraux du droit interne chilien, l'absence de règle légale expresse qui imposerait que l'acte [comporte un caractère] formel ou solennel, il s'agirait d'un acte consensuel, la simple manifestation de la volonté étant donc suffisante pour qu'il produise son plein effet juridique (Article 1445 du Code civil) (soulignement ajouté). La jurisprudence chilienne reconnaît que la date de la renonciation est la manifestation de la volonté ainsi qu'en attestent les arrêts de la Cour Suprême du Chili du 8 janvier 1998 (Pièce CN42f), 31 octobre 1989 (Pièce CN36f), 25 juillet 1998 (Pièce DP22), et du 2 avril 2001 (Pièce CN122f)

144. En tout état de cause, contrairement à la prétention de la Défenderesse, les autorités chiliennes ont bien été notifiées de cette renonciation par la lettre de Monsieur Pey du 10 décembre 1996, adressée au Ministère de l'Intérieur chilien, lettre dont les termes s'ils étaient apparus ambigus, ont été clarifiés par la lettre du 16 septembre 1997<sup>179</sup>.

145. A la lumière des développements précédents, le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la Défenderesse sur la question de la nationalité.

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

(a) Le Tribunal arbitral a qualifié l'investissement de Monsieur Pey d'investissement étranger conformément au droit chilien

146. La République du Chili réitère son argument que le Tribunal arbitral aurait commis un excès de pouvoir manifeste en n'appliquant pas la Décision n°24 pour qualifier l'investissement de Monsieur Pey d'investissement étranger.

147. En substance, selon la Défenderesse, quand bien même les organismes prévus par l'accord de Carthagène n'auraient pas été encore créés par le gouvernement chilien, l'accord était entré en vigueur, ses dispositions eussent dû s'appliquer à l'investissement de Monsieur Pey.

148. Ceci étant rappelé, la République du Chili n'explique pas pourquoi le Tribunal arbitral aurait dû appliquer les dispositions de la Décision n°24 à l'investissement de Monsieur Pey alors que cet accord de Carthagène n'a jamais pu être appliqué au Chili sans les Ordonnances d'application indispensables à cet effet, comme l'a souligné le Tribunal arbitral :

*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 demanderesses, l'État 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'autorisation ou d'enregistrement demandés*

---

<sup>179</sup> Quand bien même cette clarification ne serait parvenue aux autorités chiliennes qu'au cours de l'année 1998, la notification opérée dès le 10 décembre 1996 auprès des autorités chiliennes et clarifiée par la lettre du 16 septembre 1997 était suffisante pour une communication dont les effets sont purement déclaratifs, en aucun cas constitutifs

*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 "providencias" exigées par l'article 27 de l'Accord de Carthagène pour l'application pratique de la Décision n°24 autres que le décret en vigueur au Chili, pas plus qu'elle n'en a montré l'existence<sup>180</sup> (soulignement ajouté).*

149. Ainsi que l'a souligné Monsieur Garcia-Amador dans son étude<sup>181</sup>, les pays membres qui ont souhaité appliquer la Décision n°24 ont dû édicter des Ordonnances spécifiques, comme l'a fait l'Équateur le 12 juillet 1971<sup>182</sup>, le Venezuela le 29 avril 1974<sup>183</sup> ou encore la Colombie après le 21 mars 1973<sup>184</sup>. Tel ne fût pas le cas au Chili.

150. Le Chili n'étant pas parvenu à montrer ne serait-ce qu'un exemple d'entreprise étrangère à laquelle le Chili aurait appliqué la Décision n°24, comme le lui avait demandé les Demanderesses<sup>185</sup>, le Tribunal a refusé de l'appliquer à l'investissement de Monsieur Pey. Sa décision de ne pas réserver un traitement spécial et discriminatoire à l'investissement de Monsieur Pey ne peut être constitutif d'un excès de pouvoir manifeste de la part du Tribunal justifiant l'annulation de la Sentence. Il ne s'agit, une fois de plus, que d'une demande de révision au fond de la Sentence du Tribunal arbitral.

151. S'agissant de l'application de la loi 16.643 relative à l'abus de publicité<sup>186</sup> et du dilemme que le Chili prétend déceler entre celle-ci et les dispositions de l'API la position du Chili consiste à soutenir que pour être qualifié d'investissement étranger au sens de l'API, il doit avoir été effectué par une personne qui n'aurait pas la nationalité chilienne au moment de l'investissement. Si tel avait été le cas, cet investissement aurait été réalisé en violation de la loi 16.643 qui impose, s'agissant des entreprises de presse, que celles-ci soient détenues par un chilien.

152. Malgré les affirmations du Chili<sup>187</sup>, il s'agit bien d'un nouvel argument. On relèvera à cet égard que la citation de son mémoire du 27 décembre 1999 visant à démontrer que cet

---

<sup>180</sup> Sentence §398

<sup>181</sup> *Supra* §15

<sup>182</sup> Pièce DP02f

<sup>183</sup> Pièce DP06

<sup>184</sup> Pièce DP05

<sup>185</sup> Lors de l'audience de mai 2003 les Demanderesses avaient mis au défi la République du Chili de communiquer au Tribunal arbitral « **un seul exemple d'une seule entreprise étrangère au Chili qui se soit jamais incorporée au régime [établi] par la Décision No 24 du Groupe de Carthagène** » (Pièce CN159, page 543 de la transcription sténographique de l'audience du 7 mai 2003 -vol. 3, page 88, lignes 3 à 6)

<sup>186</sup> Pièce RA-95

<sup>187</sup> Mémoire en réplique §§401-402

argument avait été soutenu par le Chili est sortie de son contexte et ne démontre pas qu'il ne s'agit pas d'un nouvel argument. En effet, le paragraphe cité débute par les termes "*En vertu de ce qui a été exposé*" signifiant qu'il s'agit d'une conclusion des paragraphes précédents. Les Demanderesses invitent les membres du Comité *ad hoc* à relire ces paragraphes qui traitent non pas de la nationalité de Monsieur Pey au sens de l'API mais de l'existence d'un transfert physique de capitaux, critère prétendument requis<sup>188</sup> pour qualifier l'investissement d'investissement étranger au sens de l'API, et de l'application de la Décision n°24 requérant, aux seuls "*effets du présent régime*" (article 1<sup>er</sup>), que l'investisseur ait une nationalité étrangère<sup>189</sup>.

153. Il en est de même de la citation du Contre-Mémoire du Chili du 3 février 2003<sup>190</sup> qui est suivie du paragraphe suivant :

*Ainsi, se trouve mis en relief le dilemme fatal dans lequel se trouvent les Demanderesses pour ce qui concerne le prétendu investissement : 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 Clarin) ; 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. Les deux options visent une seule conclusion : à savoir que le prétendu investissement de M. Pey n'avait pas "la qualité d'investissement étranger" en vertu de la réglementation chilienne en vigueur en 1972, et par conséquent ne pouvait bénéficier de l'APPI entre le Chili et l'Espagne (soulignement ajouté).*

154. Il est en revanche exact qu'au cours de la procédure la République du Chili a soutenu qu'un investisseur étranger ne pouvait pas bénéficier de la protection de l'API si celui-ci avait la nationalité dominante chilienne à la date de réalisation de l'investissement ou à la date de la violation de l'API<sup>191</sup>.

155. On notera que cette position avait été soutenue par l'État défendeur dans l'affaire *Siag* dans laquelle l'un des membres du tribunal était Monsieur Orrego-Vicuña, alors conseil de la

<sup>188</sup> Ce critère a été expressément rejeté par le Tribunal arbitral, Sentence §§373 et 374

<sup>189</sup> Pièce RA-136 pp.97 et suivantes

<sup>190</sup> Pièce RA-19 p.186

<sup>191</sup> Voir p. ex. l'intervention du Chili lors de l'audience du 6 mai 2003 : « *Quelqu'un qui a eu une nationalité dominante chilienne au moment où il a effectué un investissement au Chili, qui est le cas qui nous occupe, ne peut pas être considéré comme un investisseur de l'autre partie au terme de l'API et, par conséquent, il ne peut pas légitimement réclamer contre le Chili au terme de l'API devant un organe international. (...) Il serait également interdit à M. Pey de faire une réclamation contre le Chili si sa nationalité dominante et effective au moment où a eu lieu le soi-disant investissement ou au moment où s'est produit le préjudice était la nationalité chilienne* » (Pièce CN158, pp.401 à 406)

République du Chili<sup>192</sup>. Elle avait cependant été rejetée à la majorité<sup>193</sup> par le tribunal, qui avait considéré que les seules dates pertinentes relatives à la nationalité sont la date du consentement et la date du dépôt de la requête d'arbitrage par le demandeur<sup>194</sup>.

156. Cette position a également été rejetée par le Tribunal arbitral dans la présente affaire.

157. S'agissant de la nationalité de l'investisseur, le Tribunal arbitral a indiqué que "*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*" ainsi qu' "*à la date de la ou des violations alléguées*<sup>195</sup>". En d'autres termes, selon l'API, l'investisseur n'a pas à démontrer sa nationalité de l'autre État contractant à la date de l'investissement.

158. Le Tribunal a également ajouté que le bénéfice de l'API ne pouvait pas être refusé aux double-nationaux même si à la date de l'investissement sa nationalité "effective et dominante" était celle de l'État d'accueil<sup>196</sup>. Il a cependant relevé qu'à la date de la violation (Décret n°165 de 1975) "*la nationalité "primaire" de M. Pey Casado est la nationalité espagnole, cette nationalité étant également sa nationalité d'origine*<sup>197</sup>".

<sup>192</sup> *Supra* note de bas de page 121

<sup>193</sup> Cette sentence a fait l'objet d'une opinion dissidente de la part de Monsieur Orrego-Vicuña dans laquelle il n'est pas revenu sur la position du tribunal selon laquelle la condition de nationalité est définie par l'article 25 de la Convention. Cependant, tout en reconnaissant que la question n'avait pas été débattue entre les parties, il propose une lecture alternative de l'article 25 qui exigerait des arbitres qu'ils vérifient la condition négative de la nationalité non seulement au moment de l'acceptation de l'offre par l'investisseur mais aussi au moment où l'État exprime son offre d'arbitrage ou au moment de la réalisation de l'investissement. La singularité de la position de Monsieur Orrego-Vicuña a étonné le Pr. Robert D. Sloane qui s'est exprimé dans "*Breaking the Genuine Link -The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*" en ces termes (soulignement ajouté): "***The dissent's statement is doubly perplexing***: first, in its assertion that because the Convention does not explicitly define nationality, principles of general international law apply 'instantly,' which is, at best, an incomplete and misleading statement of the established law of treaty interpretation; and second, in its assertion about the views of the ILC and the ILA, which, as a whole, did not so much confirm as cast considerable doubt on the continuing vitality of the genuine link theory, particularly in contexts like that of ICSID arbitration (...) ***Orrego Vicuña's assertion about the ILA is surprising*** because he served as a rapporteur of the committee that wrote the ILA's recent report on diplomatic protection, which, as noted, acknowledges that 'the link of nationality has lost to an extent its rigor in the context of international claims' and that 'to the extent that the intervention of the State is reduced or eliminated as a requirement for submission of international claims,' as it is in ICSID investor-state arbitration, 'the link of nationality will loose [sic] somewhat its relevance' "*Changing Law of Nationality of Claims*", *supra* note 115, at 631, 638; in 50 Harv. Int'l L.J. 1 2009 p.51 note 272", voir également Francisco Orrego Vicuña, *Introduction to Nationality and Investment Treaty Claims*, *supra* note 175, at 3-4. Pièce DP54

<sup>194</sup> Décision sur la compétence dans l'affaire *Waguih Elie George Siag & Vecchi c/ The Arab Republic of Egypt* CIRDI No. ARB05/15 du 11 avril 2007, accessible sur <http://ital.law.uvic.ca/documents/Siagv.Egypt.pdf>

<sup>195</sup> Sentence §415

<sup>196</sup> Sentence §415

<sup>197</sup> Sentence §417

159. Quant aux caractéristiques de l'investissement étranger, l'article 2.1 de l'API<sup>198</sup> prévoit qu'il est défini conformément à la législation de l'État d'accueil. C'est pourquoi la République du Chili soutenait qu'en application de la Décision n°24 seuls les investissements réalisés par un étranger pouvaient être qualifiés d'investissements étrangers.

160. Le Tribunal arbitral a rejeté la prétention du Chili, considérant que la Décision n°24 ne pouvait pas s'appliquer compte tenu que les Ordonnances nécessaires à cet effet n'existaient pas<sup>199</sup>. N'ayant pas été en mesure de démontrer qu'il existait en 1972, en droit chilien, une autre norme obligatoire définissant les investissements étrangers en devises comme ceux réalisés par un non chilien<sup>200</sup>, le Tribunal a rejeté l'argument de la République du Chili.

161. Dès lors les développements du Chili sur la double nationalité sont dépourvus d'intérêts puisque Monsieur Pey n'avait pas besoin de se prévaloir concomitamment, *i.e.* à la date de l'investissement, de sa nationalité espagnole et/ou de sa nationalité chilienne dès lors que l'investissement était réalisé en dollars américains.

162. Il résulte des développements précédents que, même si au moment de l'investissement Monsieur Pey devait bénéficier de la nationalité chilienne pour être propriétaire d'une entreprise de presse, il n'avait pas besoin de se prévaloir d'une autre nationalité pour qualifier son investissement d'investissement étranger au sens de la législation chilienne, dès lors qu'il était réalisé en dollars US. Ce n'est qu'à la date du consentement à l'arbitrage et des violations de l'API que M. Pey ne devait plus être chilien<sup>201</sup>, ce qui était le cas, comme l'a retenu le Tribunal Arbitral.

163. Les développements précédents permettent également de rejeter l'allégation de défaut de motivation de la Sentence à cet égard<sup>202</sup>.

164. Il en résulte que le Tribunal arbitral a bien appliqué le droit chilien pour qualifier l'investissement de Monsieur Pey d'investissement étranger et que celui-ci a été réalisé

---

<sup>198</sup> Article 2.1 de l'API : "*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 sur 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 aurait la qualité d'investissement étranger*"(soulignement ajouté)

<sup>199</sup> Sentence §§401 et 402

<sup>200</sup> Selon le décret ayant force de loi (DFL) n°250 de 1960 encore applicable en 1972 - mais de manière optionnelle seulement- le critère déterminant de l'investissement étranger était la devise et non la nationalité ; Pièce CN05f sur l'application du DFL n°250 de 1960 aux investissements étrangers réalisés en 1972, voir *supra* §15

<sup>201</sup> Le Tribunal Arbitral a considéré que Monsieur Pey pouvait bénéficier de la protection de l'API quand bien même il était double-national, d'autant plus que sa nationalité primaire était espagnole depuis 1974.

<sup>202</sup> Mémoire en réplique §§476 et suivants

conformément à la législation locale. En conséquence, l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral n'est pas caractérisé et le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la Sentence à ce titre également.

(b) La prétendue « disparition » de l'investissement de Monsieur Pey

165. La République du Chili maintient son argument sur l'excès de pouvoir manifeste au motif que l'investissement de Monsieur Pey aurait disparu avant l'entrée en vigueur de l'API. Elle reconnaît néanmoins qu'il s'agit d'un nouvel argument qu'elle n'avait jamais formulé devant le Tribunal. Selon elle, sa demande serait cependant recevable dans la mesure où il s'agirait d'une violation qui "*become[s] discernible only upon review of the Award*<sup>203</sup>".

166. Ce n'est pas le cas en l'espèce<sup>204</sup>. A cet égard, le fait que l'argument du Chili concerne la compétence du Tribunal arbitral ne saurait être un motif pour autoriser une partie à présenter un nouvel argument devant le Comité *ad hoc*<sup>205</sup>.

167. Le principe de l'irrecevabilité de nouveaux arguments est clairement établi par les décisions des précédents comités *ad hoc*. Ainsi, dans l'affaire *MINE*, le comité *ad hoc* a indiqué: "*the annulment proceeding is not an occasion to present arguments and submissions which a party failed to make in the underlying proceedings*<sup>206</sup>". Plus récemment dans l'affaire *Vieira*, le Comité *ad hoc* a également rappelé que "*Comme conséquence du contrôle sur la légitimité de la procédure que doit réaliser un comité ad hoc, tout nouvel argument ou nouvel élément de*

<sup>203</sup> Mémoire en réplique §415

<sup>204</sup> Le prétendu élément nouveau sur lequel tente de s'appuyer la Défenderesse pour soutenir qu'il s'agit d'une erreur non-discernable est l'affirmation du Tribunal au paragraphe 379 en particulier "*s'agissant d'investissement existant au moment de l'entrée en vigueur du traité*". Tout d'abord, il ne s'agit pas d'une décision du Tribunal, cette question ne lui ayant pas été posée. De fait, il s'agit plus probablement d'un écart dans l'écriture le Tribunal ayant fait une référence expresse aux articles 1(2) et 2(2) de l'API. Or il a indiqué ce qu'il fallait entendre par ces articles aux paragraphes 368 et 369 de la Sentence : "*la formulation de l'article 1(2) reflète une conception large de la notion d'investissement. Le Tribunal arbitral constate d'emblée que l'achat des titres de CPP SA 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 forme de participation dans les sociétés". La seule condition posée par cet article est celle de l'acquisition en conformité au droit de l'État d'accueil. 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'État d'accueil" (soulignement ajouté). En tout état de cause, il ne s'agit pas d'un élément nouveau permettant de passer outre une renonciation à un droit. Comme l'a indiqué le tribunal dans l'affaire *Siag*, il ne peut y avoir un élément nouveau que si la partie ne pouvait pas savoir que les conditions de compétence n'étaient pas remplies. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Rien n'empêchait le Chili de présenter cet argument au Tribunal arbitral*

<sup>205</sup> Ce principe est clairement établi par la "jurisprudence" des comités *ad hoc*. Ainsi, dans la décision rendue dans l'affaire *Mine*, le comité *ad hoc* a indiqué : "*the annulment proceeding is not an occasion to present arguments and submissions which a party failed to make in the underlying proceedings*", *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 du 14 décembre 1989 §6.42.

<sup>206</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 du 14 décembre 1989 §6.42

*preuve sur le fond de la dispute devra être [considéré] dénué de pertinence pour la procédure d'annulation et, comme tel, irrecevable (...)."<sup>207</sup>*

168. Aujourd'hui, la République du Chili est irrecevable à présenter ce nouvel argument pour la première fois devant le Comité *ad hoc*. A cet égard, on rappellera les termes de l'article 41(1) du Règlement d'arbitrage qui prévoient que tout déclinatoire de compétence doit être soulevé aussi tôt que possible dans la procédure.

169. Ainsi, en application de cette règle, le tribunal arbitral dans l'affaire *Siag* a indiqué, à propos du droit de soulever un nouvel argument d'incompétence du Tribunal après que celui-ci ait déjà statué sur sa compétence :

*The Tribunal upholds Claimants' submission that Egypt could and should have made an objection during the jurisdiction phase and that its failure to do so was in contravention of the requirement laid down by ICSID Rule 41(1), that objections to jurisdiction "shall be made as early as possible. (...)*

*As the Tribunal has ruled, it is not Article 25 that has potentially been waived, it is the right conveyed by ICSID Rule 41 to object to the Center's jurisdiction (based on breach of Article 25). Non-compliance of Article 25 can be objected to pursuant to ICSID Rule 41. Failure to state said objection to jurisdiction promptly will render the objection waived, if the party raising the objection knew or should have known of the alleged breach of Article 25 at an earlier stage. (...)*

*For the foregoing reasons the Tribunal finds that Egypt's objection to jurisdiction on the grounds of Mr. Siag's alleged lack of Lebanese nationality shall be disregarded, pursuant to ICSID Rule 26, and has been waived pursuant to ICSID Rule 27<sup>208</sup> (soulignement ajouté).*

170. Il résulte de ces différentes décisions arbitrales, qu'une fois que la question de la compétence débattue entre les parties et la décision du tribunal sur sa compétence rendue, les parties ne sont plus recevables à présenter de nouveaux arguments d'incompétence au cours de la phase sur le fond, le demandeur à l'exception d'incompétence étant réputé avoir renoncé à son droit. Cette solution doit s'appliquer *a fortiori* lorsque le Tribunal arbitral a rendu une Sentence

<sup>207</sup> "Como consecuencia del control sobre la legitimidad del procedimiento que debe realizar un comité *ad hoc*, todo nuevo argumento o nueva evidencia sobre el fondo de la disputa deberá ser irrelevante para el procedimiento de anulación y, como tal, inadmisibles(...)", Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *SA Vieira c/ República de Chile*, CIRDI No.ARB/04/7 du 10 décembre 2010 §237. Il convient de rappeler que dans cette affaire le tribunal arbitral s'était déclaré incompétent pour connaître de la demande de la société Vieira, dès lors l'argument nouveau ne pouvait porter que sur la compétence du tribunal

<sup>208</sup> Sentence rendue dans l'affaire *Waguih Elie George Siag Clorinda Vecchi c/ Egypt* CIRDI No. ARB/05/15 du 1 juin 2009 §§311-313 ; dans le même sens *Autopista Concesionada de Venezuela c/ Bolivarian Republic of Venezuela*, CIRDI No.ARB/00/5, §90 ou encore *Siemens A.G c/ Republic of Argentine* CIRDI No.ARB/02/8 §68

définitive et qu'une des Parties tente de présenter un nouvel argument pour la première fois devant un Comité *ad hoc*.

171. Toute autre interprétation conduirait à admettre qu'une partie pourrait s'abstenir de soulever une exception d'incompétence devant le Tribunal arbitral et demander néanmoins au Comité *ad hoc* d'annuler la Sentence au motif que le Tribunal arbitral aurait manifestement excédé son pouvoir en se reconnaissant à tort compétent. Ce n'est pas ainsi que les rédacteurs de la Convention de Washington ont conçu la procédure d'annulation.

172. La discussion doit donc s'arrêter là et les développements subséquents sont superfétatoires.

173. Tout d'abord, la Défenderesse tente de contourner l'argument des Demanderesses selon lequel le critère de l'existence de l'investissement n'est pas un critère de compétence prévu par les termes de l'API en indiquant qu'il s'agit d'un "*matter of logic and common sense*"<sup>209</sup>.

174. L'argument présenté par le Chili a déjà été soutenu à plusieurs reprises dans différentes affaires et rejeté par différents tribunaux arbitraux comme cela a été indiqué dans le mémoire en réponse, note de bas de page n°368. Ainsi dans l'affaire *Tradex*, alors que l'État soulevait l'incompétence du tribunal au motif que l'investissement de Tradex avait disparu avant l'entrée en vigueur de la loi contenant la possibilité de saisir le CIRDI, le Tribunal a indiqué :

*The clear and detailed wording under the headings "Definitions" and "foreign investor" does not give room for further conditions particularly does it not require that the investment still exists at the time the law comes into force or the dispute arises to qualify Tradex as a "foreign investor" within the meaning of the 1993 law*<sup>210</sup>.

175. De même, dans l'affaire *Jan de Nul*, alors que l'Égypte soutenait que l'investissement avait disparu avec l'achèvement des travaux en 1994, soit avant l'entrée en vigueur de l'API de 2002 et avant la violation de celui-ci, le tribunal a indiqué :

*The Tribunal disagrees. As the Claimant stressed, not only is it stated "nowhere [...] that the investment should still be in existence when the dispute arises" but also and more importantly, "should this be the case the entire logic of investment protection treaties would be defeated" (Reply J., at 26, p.14). As convincingly explained by the Claimants' legal expert, providing an effective remedy is part of duties of fair and equitable treatment and of continuous protection and security for investments. A violation of that duty after the investment has come to an end does not change its nature. The duty to provide redress for violation*

<sup>209</sup> Mémoire en réplique §422

<sup>210</sup> *Tradex Hellas SA c/ Albania* CIRDI No. ARB/94/2 sentence sur la compétence du 24 décembre 1996 p.182

of rights persists even if the rights as such as come to an end. Otherwise an expropriating State might argue that it owes no compensation since the investment no longer belongs to the previous owner.

*For the same reasons, the Tribunal rejects the Respondent's additional contention that in the absence of an investment on 22 May 2003, the current dispute could not be in relation to an investment within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention*<sup>211</sup> (soulignement ajouté).

176. Enfin, dans l'affaire *MCI Power*<sup>212</sup>, alors que l'API contenait une disposition selon laquelle l'investissement devait exister au moment de l'entrée en vigueur de l'API<sup>213</sup>, le tribunal arbitral a rejeté l'argument de l'Équateur selon lequel l'investissement n'existait plus, en raison de l'expiration du contrat, qui constituait l'investissement initial de MCI<sup>214</sup>, concluant :

*(...) Article I(a) of the BIT gives a broad definition of the investment and that the rights and interests alleged by the Claimant to have subsisted as a consequence of Seacoast project, after the entry into force of the BIT - such as intangible assets of accounts receivable, the existence of an operating permit - would fit that definition*<sup>215</sup>.

177. En l'espèce, quand bien même l'investissement de Monsieur Pey aurait "disparu" en raison du décret d'expropriation n°165 de 1975, comme le soutient la République du Chili, *quod non*, ses droits à indemnisation subsistaient et ce jusqu'à l'entrée en vigueur de l'API. L'existence des droits des personnes expropriées bien après les décrets de confiscation a d'ailleurs été expressément admise par les juridictions et par le Président de la République du Chili<sup>216</sup> bien avant l'entrée en vigueur de l'API, et par le Parlement à l'occasion de promulguer la loi n°19.568 de 1998<sup>217</sup>, facilitant l'indemnisation de ces victimes. Or, l'article 1(2) de l'API entre l'Espagne et le Chili définit très largement le terme investissement notamment "*toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement*". Dès lors, en appliquant les critères retenus par le tribunal dans

<sup>211</sup> Décision sur la compétence dans l'affaire *Jan de Nul Dredging International N.V. c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI No. ARB/04/13, §§134-136

<sup>212</sup> *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. c. République d'Équateur*, CIRDI, Affaire No. ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007

<sup>213</sup> L'Article XII.1 de l'API entre les États-Unis et l'Équateur prévoit : "*It [this Treaty] shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter*"

<sup>214</sup> *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. c. République d'Équateur*, CIRDI, Affaire No. ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007

<sup>215</sup> *Ibid.*, §164

<sup>216</sup> Voir le Message du Chef de l'État au Congrès National du Chili du 3 juin 1991, pièce CN38g

<sup>217</sup> Loi 19.568 de 1998 prévoit en son article 1<sup>er</sup> : *Les personnes morales qui auraient été privées de la pleine propriété de leurs biens par application des décrets-lois Nos. 12, 77 ... de 1973 auront droit de solliciter leur restitution... auront les mêmes droits leurs successeurs ou réputés tels*" ; Artículo 1<sup>o</sup>.- *Las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N<sup>os</sup>. 12, 77 y 133, de 1973; 1.697, de 1977, y 2.346, de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización, en conformidad con las normas establecidas en esta ley. Igual derecho tendrán sus sucesores o quienes se reputen como tales*" (soulignement ajouté) (Pièce CN66c)

l'affaire *MCI Power*, l'investissement de Monsieur Pey a subsisté après le Décret n°165 d'expropriation.

178. Sur l'existence de l'investissement après le décret de confiscation, les Demanderesses rappelleront également les éléments suivants :

- La totalité des biens immeubles et meubles de CPP S.A et EPC Ltée continuait d'exister à la date d'entrée en vigueur de l'API.<sup>218</sup> Ils demeurent aujourd'hui sous occupation armée, un fait incontesté et retenu dans la Sentence<sup>219</sup>.
- La 8<sup>ème</sup> Chambre de Santiago avait demandé à M. Pey de prouver qu'il était le propriétaire de toutes les actions de CPP SA en mai 1995, montrant ainsi que pour le Tribunal l'expropriation subie était sans effet sur l'existence des droits de Monsieur Pey. Démonstration faite, la Cour a ordonné que tous les titres lui soient restitués<sup>220</sup>.
- Les communications entre Monsieur Pey et le Gouvernement du Chili avant l'arbitrage font état de l'existence de l'investissement en 1995-1997, du droit à sa restitution, de la volonté du Gouvernement de le restituer ou d'indemniser<sup>221</sup>.

179. A la lumière des développements précédents, le Comité *ad hoc* rejettera la demande de nullité de la République du Chili au motif que l'investissement de Monsieur Pey aurait disparu.

## Conclusion

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

180. Là encore, la demande d'annulation de la République du Chili a pour objet de pallier sa défaillance devant le Tribunal.

181. Malgré des efforts considérables pour démontrer que les investisseurs n'ont pas formulé de demandes sollicitant la condamnation de la République du Chili pour déni de justice ou traitement discriminatoire, elle n'y parvient pas.

---

<sup>218</sup> Voir les certifications des Bureaux des Hypothèques dans les pièces 13 à 19 annexes à la Requête d'arbitrage

<sup>219</sup> Sentence §§590-592

<sup>220</sup> Annexe N° 21 à la Requête d'arbitrage (CN47f)

<sup>221</sup> Voir l'échange de lettres entre Monsieur Victor Pey et la Présidence de la République du Chili entre novembre et janvier 1996 (Pièces 23-24-annexes à la Requête, CN49f, CN50f, CN51f)

182. En premier lieu, à l'argument que les Demanderesses ont bien formulé une demande pour déni de justice concernant la rotative Goss, la République du Chili oppose l'effet virtuel d'affirmer que les Demanderesses auraient manipulé leur demande complémentaire pour induire les membres du Comité *ad hoc* en erreur<sup>222</sup>. Cet effet ne résiste pas l'examen, le contenu littéral de la copie figurant dans les pièces CN147f et CN155f est celui de l'original dont la Sentence a tenu compte, la page de couverture et la pagination n'y changent rien ; les citations du mémoire en réponse du 15 octobre 2010 correspondent au texte se trouvant dans l'original de ce document, de même que leurs références<sup>223</sup>, sans la moindre possibilité d'induire le Comité *ad hoc* en erreur.
183. Ceci étant rappelé, la structure de la requête complémentaire contredit la position du Chili selon laquelle la question du déni de justice n'aurait été soulevée par les Demanderesses que pour justifier la recevabilité de leur demande complémentaire et la compétence du Tribunal. En effet, la question de la recevabilité de la demande - notamment la partie sur la clause de la nation la plus favorisée et de la clause "*fork in the road*" - est traitée en section II de la requête complémentaire, alors que les faits ayant conduit à cette requête et leur qualification juridique sont exposés aux sections I.2.3 et I.2.4.
184. Si un doute devait subsister, il est écarté par la conclusion de la requête complémentaire qui précise les différents fondements juridiques de la demande. Ainsi, les Demanderesses indiquaient :

*La demande aujourd'hui portée devant le Tribunal arbitral met en cause d'une part la violation de la République du Chili de son obligation de protection envers les Demanderesses (article 3.1 de l'API Espagne-Chili) et de son obligation de traitement juste et équitable (article 4.1), et d'autre part la violation de l'article 5 de l'API<sup>224</sup> (soulignement ajouté).*

185. On relèvera en outre que la requête complémentaire s'inscrit dans le prolongement du Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 dans lequel les Demanderesses soutenaient que la Décision n°43 constituait une violation des obligations du Chili au titre de l'API<sup>225</sup>. Ainsi, les Demanderesses écrivaient, s'agissant de la recevabilité de la requête complémentaire :

*Il s'agit en effet d'une demande complémentaire qui remplit les conditions de l'article 46 de la Convention de Washington. Elle est en relation directe avec l'investissement, à savoir le patrimoine de la société CPP SA, elle est couverte par le consentement à l'arbitrage et relève de la compétence du Centre. Elle est également en relation*

<sup>222</sup> Mémoire en réplique §§82 et 83

<sup>223</sup> A titre d'illustration, la note de bas de page n°410 renvoie aux pages 107 à 109 de la Réplique des Demanderesses du 23 février 2003, correspondant aux pages 107 à 109 de la pièce RA-20 et 101 et suivantes du document CN155f

<sup>224</sup> Requête complémentaire du 4 novembre 2002 Pièce RA-15

<sup>225</sup> Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 pp.125-126 (Pièce CN144f)

*directe avec le différend soulevé le 27 novembre 2000 entre le Contralor General et les Demanderesses lorsque le premier a répondu par la négative à la lettre de protestation que ces dernières lui avaient adressée le 6 mai 2000 à propos de la "Décision N°43"<sup>226</sup>.*

186. En tout état de cause, la condamnation du Chili pour déni de justice ne saurait justifier l'annulation de la Sentence, la conclusion du Tribunal arbitral à ce titre n'ayant pas eu de conséquence véritable à l'égard de la Défenderesse. En effet, après avoir considéré que le comportement de la République du Chili sur la rotative Goss était constitutif d'une violation au titre de l'API, le Tribunal a conclu que "*le déni de justice retenu (...) sur la question de la rotative Goss n'entraîne aucune indemnisation supplémentaire*"<sup>227</sup>.
187. Au-delà de ces accusations, la République du Chili tente de maintenir sa demande d'annulation en alléguant que les demandes pour déni de justice et traitement discriminatoire ne seraient pas proprement formulées et ne constitueraient donc pas de véritables demandes<sup>228</sup>.
188. A suivre le Chili, seule une demande remplissant les neuf conditions listées par le Chili aux paragraphes 74 et 114 constituerait une "véritable demande". Il prétend trouver la justification de ces conditions aux articles 46 de la Convention et 40 du Règlement d'arbitrage. Pourtant, ces articles n'ont pas les vertus que cherche à leur conférer le Chili. Tout au plus, ils prévoient (i) le délai dans lequel une demande incidente ou complémentaire doit être présentée par une partie, (ii) le fait que ces demandes doivent se rapporter directement au différend, (iii) que ces demandes sont couvertes par le consentement et sont de la compétence du Centre et du Tribunal.
189. Les conditions posées par la République du Chili sont les éléments permettant au Tribunal de décider du bien-fondé ou non de la demande. Si ces éléments sont manquants dans la requête ou dans la demande complémentaire, cela ne rend pas pour autant la demande inexistante.
190. Il est utile de rappeler que les prétentions des Demanderesses étaient claires et ne laissaient subsister aucun doute sur le fait qu'elles constituaient des demandes complémentaires par rapport à celles formulées jusqu'alors. Ainsi, dès l'introduction du Mémoire complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002, les Demanderesses précisaient que la Décision n°43 était "*illégal et engageait la responsabilité de l'État*"<sup>229</sup>. Dans ce mémoire, les Demanderesses consacraient une cinquantaine de pages sur les violations des dispositions de l'API par la République du Chili au travers de la Décision n°43. La République du Chili ne peut prétendre qu'il s'agissait de développements relatifs à la compétence, les Demanderesses ayant soumis

<sup>226</sup> Demande complémentaire du 4 novembre 2002 p.11 Pièces CN147f-RA-15

<sup>227</sup> Sentence §703

<sup>228</sup> Mémoire en réplique §§74 et 114

<sup>229</sup> Pièce CN144f

un mémoire séparé concernant la compétence du Tribunal<sup>230</sup> dans lequel elles indiquaient que la Décision n°43 de la République constituait un nouveau fait générateur du différend opposant les parties.

191. La République du Chili a eu l'opportunité de présenter ses arguments en réponse tout au long de la procédure d'arbitrage, elle n'a pas cru bon de les développer sur ce point.

192. Dans ce contexte, le droit d'être entendu signifie, quoiqu'en dise le Chili<sup>231</sup>, que "*chaque partie ait eu l'opportunité de présenter ses argumentations écrites et orales sur les questions soulevées*"<sup>232</sup>. C'est la définition retenue par Christoph Schreuer dans son ouvrage qui indique que le principe du droit à être entendu se caractérise par l'opportunité qui doit être donnée à chaque partie d'être entendue sur chaque point de litige<sup>233</sup>. Ainsi, il ne s'agit en aucun cas d'une obligation du tribunal de pallier à la défaillance d'une partie de faire usage de cette opportunité. Comme le souligne Schreuer :

*But this principle [of the right to be heard] does not mean that it is the tribunal's task to draw the parties' attention to an aspect of a legal question that they may have failed to address. Nor is the tribunal precluded from adopting legal reasoning that was not put forward by one of the parties without first seeking the parties' opinion*<sup>234</sup>.

193. Le choix de répondre ou non à un point de litige appartient ensuite aux parties et à leurs conseils. Si l'une des parties a omis de répondre à un argument sur lequel elle est ensuite condamnée, elle ne peut se prévaloir du droit d'être entendu pour obtenir l'annulation de la sentence. Toute autre interprétation reviendrait à interdire de condamner une partie sur un point soulevé par l'autre partie auquel elle n'aurait pas choisi de répondre. Poussée à l'extrême, cette position aboutirait à interdire toute condamnation par défaut.

194. En l'espèce, il convient de ne pas se tromper. La condamnation de la République du Chili pour déni de justice et traitement discriminatoire ne résulte pas du seul raisonnement du Tribunal déconnecté de toute demande, mais bien d'une décision de celui-ci sur une demande

---

<sup>230</sup> Pièce RA-12

<sup>231</sup> Mémoire en réplique §§47 et suivants

<sup>232</sup> Mémoire en réponse §88

<sup>233</sup> CH. SCHREUER, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2<sup>nd</sup> Ed., 2009, p. 990, §317. Dès lors que les comités *ad hoc* relèvent que l'opportunité a été donnée aux parties d'être entendues sur les points litigieux, ceux-ci rejettent les demandes d'annulations fondées sur l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure. Voir pour exemples : Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compania de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal c. République d'Argentine*, 3 juillet 2002, §85 ; Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena Hotels c. Egypte*, 5 février 2002, §66-70 ; Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Lucchetti c. Pérou*, 5 septembre 2007, §122

<sup>234</sup> CH. SCHREUER, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2<sup>nd</sup> Ed., 2009, p. 990, §317

formulée au cours de la procédure. Cet élément ne saurait d'ailleurs être contesté puisque le Tribunal a résumé la position des Demanderesses sur cette question<sup>235</sup>.

195. La République du Chili continue également de prétendre que la Sentence condamnant le Chili sur le fondement de la Décision n°43 serait contradictoire avec la décision du Tribunal sur les mesures provisoires sollicitées par les Demanderesses<sup>236</sup>.

196. A cet égard, les Demanderesses renvoient respectueusement le Comité *ad hoc* à leurs précédentes écritures démontrant que cette décision du 15 septembre 2001 ne s'opposait pas à la condamnation du Chili sur le fondement de la Décision n°43, et auxquelles la Défenderesse ne répond pas<sup>237</sup>.

197. Les Demanderesses ajouteront la remarque suivante : de nombreux éléments factuels présentés au Tribunal arbitral par les Demanderesses<sup>238</sup> ont eu lieu après le 25 septembre 2001. A titre d'exemples, nous citerons :

- Entre mai et juillet 2002 le Contralor n'a pas tenu compte de la question préjudicielle de la procédure Goss communiquée par les Demanderesses<sup>239</sup> ;
- En août 2002 la Cour d'Appel de Santiago d'abord<sup>240</sup> et la Cour Suprême ensuite<sup>241</sup> ont rejeté *a limine* la question préjudicielle de Monsieur Pey à l'égard de la réponse du Contralor et n'ont pas considéré le droit de propriété de Monsieur Pey ;
- La 1<sup>ère</sup> Chambre Civile a retardé pendant plus de six ans la mise en délibéré<sup>242</sup> de son jugement<sup>243</sup> et n'avait pas communiqué celui-ci le 4 novembre 2002, sept ans après avoir formulé la demande de restitution des presses GOSS, vingt-deux mois après que le jugement ait été mis formellement en délibéré.

198. Les Demanderesses ont consenti<sup>244</sup> à soumettre l'affaire GOSS à l'arbitrage le 4 novembre 2002 en vertu de ces faits nouveaux survenus, le premier et principal étant que

**« cette affaire, pendante depuis sept ans devant la 1ere Chambre Civile de Santiago n'a toujours fait l'objet d'aucun arrêt sur le fond (...) l'API Suisse-**

<sup>235</sup> Sentence §§637-645

<sup>236</sup> Pièces CN128f et RA-08

<sup>237</sup> Mémoire en réponse §§571-579

<sup>238</sup> Voir par exemple Demande complémentaire du 4 novembre 2002 pp.2 à 5 Pièce RA-15

<sup>239</sup> Pièces CN137f et CN140f

<sup>240</sup> Pièces CN141f et CN142f

<sup>241</sup> Pièces CN138f et CN139f

<sup>242</sup> L'article 162 du Code de procédure civile chilien prévoit "*le jugement définitif dans un procès ordinaire devra être prononcé dans un délai de 60 jours comptés à partir du jour où la cause sera en état pour statuer*".

<sup>243</sup> Pièce DP26

<sup>244</sup> Pièce CN147f

*Chili dispose [dans] l'article 9 relatif aux "Controverses entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante":*

*"3. In case the investor has submitted the dispute to national jurisdiction he may have recourse to one of the arbitral tribunals mentioned in paragraph (2) of this articles [dont le CIRDI], only if after a period of 18 months there is no decision on the subject matter by the competent national court."*

*« Comme indiqué ci-dessus, l'investisseur espagnol attend depuis sept ans que la 1ère Chambre Civile de Santiago rende un arrêt sur le fond. (...) »*

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

199. Le fondement légal de l'action et de l'objet de la demande Goss du 5 octobre 1995 sont différents de ceux du différend né en 2002. L'action exercée le 5 octobre 1995 est fondée sur un article du Code Civil chilien -l'action de restitution d'un « dépôt nécessaire » des Presses Goss<sup>245</sup>. Cette action a été exercée avant -et indépendamment-

- du différend avec le Président du Chili né le 30 novembre 1995, soumis à l'arbitrage le 7 novembre 1997;
- de la Décision 43 du 28 avril 2000.

200. Le Jugement du 24 juillet 2008 décrit l'objet et le fondement de l'action exercée le 4 octobre 1995 dans les termes suivants:

*« Il expose que, en premier lieu, il sollicite que lui soit restitué une machine rotative de marque GOSS (...) Que la restitution de la rotative se fonde sur les articles 2226<sup>246</sup> et 2227<sup>247</sup> du Code Civil (...) Il déclare que la situation décrite l'a obligé à quitter le pays et à se dessaisir de la possession matérielle de ses biens, qu'ils s'est ainsi constitué à l'égard de ses biens une situation juridique particulière, dont la qualification juridique devra être déterminée par le présent tribunal, mais qui peut être considérée comme un dépôt par nécessité, réglé par l'article 2226 du Code Civil » (pages 1 et 2 de la version française).*

201. La prémisse de cette action en restitution est l'entière et pleine existence légale **en 1995** de CPP S.A. et d'EPC Ltée, de l'investissement de M. Pey, contrairement à l'image virtuelle créée par la Défenderesse renvoyant aux années 70 et soutenue dans la *Request for annulment*, à savoir

<sup>245</sup> Voir le Jugement de la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile du 24 juillet 2008, connue le 31 janvier 2010 (pièce DP48f)

<sup>246</sup> Article 2226 du Code civil chilien: « *La restitución es a voluntad del depositante* »

<sup>247</sup> Article 2227 du Code civil chilien: « *La obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida* »

«75. (...) *the confiscation that has occurred in the 1970s. (...) Claimants addresses the Goss printer proceedings ...solely to explain why they sought the transfer of the claim regarding confiscation of that printer from the domestic courts to ICSID; it was not to state a different claim regarding alleged international law violations arising from the lack of outcome thus far in the local proceedings*»<sup>248</sup>; “prior to the January [1977] hearing, all of Claimants’ substantive claims regarding the Goss Machine had related solely to the confiscation of that machine in the 1970”<sup>249</sup>; “Claimant’s invocations of ‘denial of justice’ related to the expropriatory actions in the 1970s which had prompted Claimants’ arbitration request in the first place”<sup>250</sup>.

“420. The Tribunal assumed jurisdiction despite the fundamental logical and legal flaws identified above, eliding the absence of an investment and then ruling in Claimants’ favor. (...) Claimants (...) had never argued (...) that the investment itself was somehow a “continuing” one (...) and that was harmed by Chile’s purported post-BIT acts.

“489(...) the claims that were asserted in the arbitration had centered exclusively on acts committed by Chile in the 1970s; as explained throughout the Memorial and this Reply, at no point in the arbitration was Chile aware of the existence of any claims relating to any purported post-BIT acts. Such claims—and the jurisdictional basis therefore—became relevant only upon Chile’s discovery that in the Award the Tribunal had predicated Chile’s liability on certain post-BIT acts, without ever explaining what could possibly have constituted the post-BIT “existing investment” required for their exercise of jurisdiction over such acts”.

202. Voilà la clé de voûte de l’échafaudage bâti par la Défenderesse. Or le Jugement du 24 juillet 2008 vient confirmer que, contrairement à ce qu’affirme la *Reply*, l’objet de la demande auprès de la 1<sup>ère</sup> Chambre de Santiago portait sur la situation des presses Goss **en 1995**, après donc l’entrée en vigueur de l’API.

203. En 2002, les fondements cumulatifs de l’invocation de l’article 4 de l’API Espagne-Chili (et des articles 3 et 5) dans la Requête complémentaire du 4 novembre 2002 sont donc a) la rétention illégale du jugement Goss par la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago ; b) les faits survenus auprès de la Contraloria, de la Cour d’Appel de Santiago et de la Cour Suprême ; c) l’entrée en vigueur de l’API Chili-Suisse le 2 mai 2002, permettant d’exercer la clause *fork on the road*.

204. La clause *fork on the road* a été appliquée et respectée scrupuleusement par les Demanderesses.

<sup>248</sup> Point 427 de la *Reply* du 22-12-2010, souligné dans l’original

<sup>249</sup> *Ibid.*, point 71

<sup>250</sup> *Ibid.*, Point 75

205. Il résulte de ce qui précède que les Demanderesses ont présenté une demande au Tribunal arbitral soutenant que la Décision n°43 était discriminatoire et constituait de la part du Chili une violation de ses obligations internationales résultant de l'API Espagne-Chili, à laquelle la République a eu tout le temps nécessaire pour présenter ses arguments en défense. Après avoir choisi de ne pas le faire, elle ne peut demander la nullité de la Sentence arbitrale l'ayant condamnée sur ce fondement.

206. Finalement, les arguments de la Défenderesse relatifs au prétendu défaut de motivation par le Tribunal de ses conclusions sur le déni de justice et le traitement discriminatoire ne sont qu'une répétition de ceux formulés dans son mémoire en demande. En réalité, sous prétexte d'un défaut de motifs, la République du Chili reproche au Tribunal arbitral de ne pas avoir suivi son propre raisonnement. Les Demanderesses renvoient respectueusement le Comité *ad hoc* à leurs précédentes écritures sur ce sujet<sup>251</sup>.

207. Le Comité *ad hoc* devra donc rejeter la demande d'annulation de la Défenderesse sur ces fondements.

### 2.3 Les fondements d'annulation concernant le calcul du dommage

208. La République du Chili persiste dans ses prétentions concernant le *quantum* de la condamnation. Selon elle, le Tribunal n'aurait pas permis au Chili de présenter ses arguments sur le *quantum* d'une éventuelle condamnation pour violation du traitement juste et équitable.

209. Comme indiqué précédemment, toutes les parties ont eu l'opportunité de présenter leurs arguments.

210. Ainsi, les Demanderesses ont soutenu que les dommages résultant de la Décision n°43 étaient inclus dans l'évaluation établie par "Alejandro Arráez & Associés" du 19 février 2003<sup>252</sup>, qui tenait compte notamment de l'évaluation du patrimoine de CPP SA et EPC Ltée. approuvée par le gouvernement chilien le 27 mars 2002 dans le cadre de la Décision n°43<sup>253</sup>. Soulignons que cette évaluation du patrimoine de CPP SA et EPC Ltée avait été communiquée par la Défenderesse à la demande du Tribunal. C'est la raison pour laquelle les Demanderesses considéraient que le montant du dommage était le même quel que soit le fondement de la condamnation<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> Mémoire en réponse §§535-583

<sup>252</sup> Pièce DP39

<sup>253</sup> Pièce DP30

<sup>254</sup> Voir à cet égard mémoire en réponse §§593 et suivants

211. Les Demanderesses ont pris également soin de communiquer au Tribunal arbitral dans la Demande complémentaire du 4.11.2002 qu'**il n'existait pas de risque de double paiement**

*« cette demande n'a pas d'incidence sur le montant total des dommages et intérêts sollicités dans la procédure principale. En effet, le rapport des experts « Alejandro Arráez et Asociados » sur l'évaluation du groupe d'entreprises du journal Clarin (pièce D18<sup>255</sup>) avait conclu que l'indemnisation correspondant aux presses GOSS établie par la 1ère Chambre Civile de Santiago devait être déduite de l'évaluation qu'ils avaient faite du montant global des dommages et intérêts. »*

212. Il appartenait donc à la Défenderesse de contester dans ses écritures la possibilité de réclamer le même montant pour des fondements différents. Elle n'en a rien fait.

213. S'agissant du pouvoir du Tribunal de calculer le dommage subi, celui-ci, après avoir constaté la reconnaissance par le Chili d'un devoir général de compensation pour les actes illicites commis à l'égard de CPP SA et EPC Ltée, et la République du Chili n'ayant pas reconnu ce droit à Monsieur Pey, le Tribunal a décidé d'allouer aux Demanderesses le même montant que celui alloué aux tiers se revendiquant propriétaires des mêmes biens que Monsieur Pey et la Fondation espagnole.

214. Ce faisant, le Tribunal a appliqué une méthode de calcul unilatéralement fixée par le gouvernement du Chili, et précédemment considérée par lui comme constituant une juste compensation pour les dommages subis par les actionnaires de CPP SA et EPC Ltée et donc, aux termes de la Sentence, par les Demanderesses.

215. La critique du Chili sur les citations faites par les Demanderesses des affaires *Azurix* et *Rumeli Telekom*<sup>256</sup> est tout aussi dénuée de fondement. Dans l'affaire *Azurix*, le Comité *ad hoc* a effectivement confirmé le pouvoir discrétionnaire du Tribunal. Dans cette affaire les deux parties avaient soumis des rapports d'expertise sur la détermination du *quantum* que le Tribunal a écartés, utilisant les éléments de faits soumis par les parties pour parvenir à "*an approximation that the Tribunal considered to be fair in all the circumstances*"<sup>257</sup>. De la même manière dans *Rumeli Telekom*, le Tribunal a considéré que pour la détermination du quantum, "*It was not limited in that exercise to the evidence or figures put forward by the Parties*"<sup>258</sup>. Ces positions ont été pleinement acceptées par les Comités *ad hoc* saisis d'un recours en annulation.

<sup>255</sup> Pièce D18 : Rapport économique sur l'évaluation du groupe d'entreprises du Journal CLARIN, établi le 3 septembre 2002 par « Alejandro Arráez et Asociados », de Madrid (Espagne), dernière page, « Conclusion (B) ».

<sup>256</sup> Mémoire en réplique §141

<sup>257</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix Corp c/ The Republic of Argentina*, CIRDI No. ARB/01/12 du 1er septembre 2009 §351

<sup>258</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Rumeli Telekom S.A. & Telsiom Mobil Tele Komunikasyon Hizmetleri S.A. c/ Kazakhstan*, CIRDI N° ARB/05/16 du 25 mars 2010 §179

216. Dans le cas Pey Casado, le Tribunal a rejeté la prétention des Demanderesses selon laquelle le montant d'une condamnation sur le fondement de la Décision n°43 devrait être le même que celui calculé sur la base de l'application de l'article 7 de la Constitution en maintenant la confiscation après l'entrée en vigueur de l'API (enfreignant de la sorte les articles 3,4 et 5 de celui-ci). Ce faisant, il rejetait le rapport d'expert des Demanderesses mais également celui de la Défenderesse qui y répondait. Il a ensuite décidé d'allouer le montant que l'administration chilienne elle-même considérait être une juste et équitable compensation pour les victimes des décrets confiscatoires que le Chili s'était engagé à réparer, après avoir vérifié que les montants mentionnés à cet égard par toutes les parties dans leurs écritures étaient exacts.

217. En conséquence, la demande d'annulation sur la partie relative au *quantum* devra être rejetée. En tout état de cause, si le Comité *ad hoc* devait considérer que le Tribunal a gravement manqué à une règle fondamentale de procédure en calculant lui-même le montant de la réparation juste et équitable au vue de la violation avérée du Chili, les Demanderesses solliciteraient du Comité qu'il ne prononce que la nullité partielle de la Sentence relative au *quantum*.

\*\*\*\*\*

## II. L'EXCES DE POUVOIR MANIFESTE DU TRIBUNAL SUR UNE PARTIE DU 8<sup>E</sup> POINT DU DISPOSITIF DE LA SENTENCE AU SENS DE L'ARTICLE 52(1)(B) DE LA CONVENTION

### 1. SUR LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'ANNULATION PARTIELLE

218. La République du Chili soutient que la demande d'annulation partielle présentée par les Demanderesses est irrecevable au motif qu'il s'agirait d'une "demande reconventionnelle en annulation". Citant l'affaire *Vivendi I*, la Défenderesse affirme : "*A late annulment application by way of a counterclaim [...] is not contemplated by Article 52 of the ICSID Convention*"<sup>259</sup>.

219. Là n'est pas la question, ce que feint d'ignorer la République du Chili. En effet, comme les Demanderesses l'ont indiqué dans leur réponse :

*Si l'une des parties à la procédure d'annulation plaide à la satisfaction du Comité ad hoc l'appui à un des motifs d'annulation établis dans l'article 52(1) de la Convention CIRDI, le Comité dispose de toute latitude pour déterminer si ce motif entraîne l'annulation de la totalité ou seulement d'une partie de la Sentence. Dans cette détermination le Comité n'est pas lié par la présentation faite par la partie demandant initialement l'annulation ou autrement*<sup>260</sup>.

220. C'est précisément le cas dans notre affaire. Ainsi, la Défenderesse a bien sollicité l'annulation de la Sentence dans son intégralité. Pourtant, rien ne s'oppose à ce que le traitement du recours en annulation ne soit que partiel et distingue le 8<sup>ème</sup> point du dispositif dans le sens du rejet de toutes autres demandes d'annulation, hormis des paragraphes de la Sentence excluant l'application de l'article 7 de la Constitution sollicitée par les Demanderesses depuis le 6 septembre 1995 auprès du Président du Chili et tout au long de la procédure arbitrale.

221. Dans *MINE v Guinea*, la Défenderesse avait indiqué les parties de la sentence dont elle ne cherchait pas l'annulation<sup>261</sup>. Le Comité *ad hoc* lui avait répondu :

<sup>259</sup> Mémoire en réplique §533

<sup>260</sup> Mémoire en réponse §657

<sup>261</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 du 14 décembre 1989 §2.01

*4.07 Paragrah (3) of article 52 authorizes an ad hoc Committee to anul the award or any part thereof. Guinea's request for partial annulment is clearly admissible.*

222. Dans *Vivendi I*, l'annulation partielle de la Sentence du 21 Novembre 2000<sup>262</sup> était demandée en invoquant les pouvoirs dont dispose le Comité *ad hoc* ex article 52(3) de la Convention. Il a indiqué :

*68. The Committee agrees with Claimants that a counterclaim for annulment, that is, a claim which is not raised by the party concerned as a separate request in accordance with Article 52(1) of the Convention, is inadmissible. **But it does not follow that a party, such as Respondent in the present case, may not present its own arguments on questions of annulment, provided that those arguments concern specific matters pleaded by the party requesting annulment, in this case the Claimants.** In the opinion of the Committee, a party to annulment proceedings which successfully pleads and sustains a ground for annulment set out in Article 52(1) of the ICSID Convention cannot limit the extent to which an ad hoc committee may decide to annul the impugned award as a consequence. Certain grounds of annulment will affect the award as a whole—for example, where it is demonstrated that the tribunal which rendered the award was not properly constituted (Article 52(1)(a)). Others may only affect part of the award. An ad hoc committee is expressly authorised by the Convention to annul an award "in whole or in part" (Article 52(3)) (soulignement ajouté).*

*69. **Thus where a ground for annulment is established, it is for the ad hoc committee, and not the requesting party, to determine the extent of the annulment.** In making this determination, the committee is not bound by the applicant's characterisation of its request, whether in the original application or otherwise, as requiring either complete or partial annulment of the award. This is reflected in the difference in language between Articles 52(1) and 52(3), and it is further supported by the travaux of the ICSID Convention* (soulignement ajouté).

223. Cette faculté était également reconnue par le Comité *ad hoc* dans sa décision rendue dans l'affaire *Vieira S. A. c. République du Chili*, le 10 décembre 2010 :

*251. Il découle de l'Article 52(3) de la Convention CIRDI qu'un Comité Ad hoc peut non seulement annuler la sentence de façon intégrale, mais qu'il peut également le faire de façon « partielle ». Bien que l'Article 52(1) stipule qu'une partie peut demander l'annulation de la "Sentence", il est généralement accepté (et c'est le point de vue du présent Comité) qu'il peut également être concédée une annulation partielle de celle-ci. Toutefois, toute annulation, qu'elle soit partielle ou*

<sup>262</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compañia de Aguas des Aconquija S.A. and Vivendi Universal c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/97/3 du 3 juillet 2002 §68

*totale, ne peut porter que sur la partie dispositive de la Sentence ou d'une partie qui puisse en être détachée.*<sup>263</sup>

224. A la lumière de ce qui précède, c'est seulement si la République du Chili n'avait pas :

- (a) présenté une demande d'annulation complète, y compris du 8ème point du Dispositif et ;
- (b) soutenu, comme un des fondements de l'annulation pour excès de pouvoir manifeste "*the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force*" –la 2ème prémisses de ce paragraphe (la 1<sup>ère</sup> prémisses étant que "*no other investment was found to exist as of the time the BIT entered into force*"<sup>264</sup>),

que les Demanderesses auraient été irrecevables à solliciter du Comité *ad hoc* d'accepter l'annulation du 8<sup>ème</sup> point sur le fondement et avec la portée des arguments que les Demanderesses ont formulés, Demanderesses qui, en l'espèce, ***present their own arguments on questions of annulment***, arguments qui ***concern specific matters pleaded by the party requesting annulment***.

225. En l'espèce, les Demanderesses soutiennent l'annulation partielle du 8<sup>ème</sup> point du Dispositif de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(b), excès de pouvoir manifeste, pour non-application par le Tribunal arbitral de la Constitution chilienne, et en particulier de son article 7, dans l'arbitrage qui lui avait été soumis.

226. La République du Chili soutient quant à elle que la Sentence doit être annulée notamment au motif que le Tribunal aurait indiqué dans sa Sentence (i) que l'API ne s'applique qu'aux investissements existant au moment de son entrée en vigueur<sup>265</sup> et (ii) que l'investissement de Monsieur Pey aurait cessé d'exister dès 1975<sup>266</sup>. Cette position se résume ainsi :

*By ruling that Chile had committed a breach of the BIT with respect to Mr. Pey's investment, notwithstanding the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force, and that no other investment was found to exist at the time the BIT entered into force, the Tribunal manifestly exceeded its powers*<sup>267</sup> (soulignement ajouté).

<sup>263</sup> 251. *Se desprende del Artículo 52(3) del Convenio del CIADI que un Comité ad hoc no sólo puede anular el laudo de forma integral sino que también puede hacerlo de forma "parcial". Aunque el Artículo 52(1) establece que una parte puede pedir la anulación del "Laudo", es generalmente aceptado (y así lo considera este Comité) que también pueda concederse una anulación parcial del mismo.*<sup>263</sup> Sin embargo, cualquier anulación, bien sea parcial o total, sólo puede versar sobre la parte dispositiva del Laudo o de cualquier parte que pueda separarse del mismo.

<sup>264</sup> Mémoire en annulation §555 p.271 et mémoire en réponse §656 p.141

<sup>265</sup> Mémoire en réplique §416; voir réponse des Demanderesses *supra* §§173-178

<sup>266</sup> Sur l'existence d'un investissement voir *supra* §§186, 235

<sup>267</sup> Mémoire en annulation §555

227. Selon la République du Chili, l'investissement aurait disparu dès 1975 en raison du Décret n°165 expropriant formellement les sociétés détenues par Monsieur Pey et prononçant leur dissolution. Le Chili indique ainsi "*The Tribunal itself conceded this key point when it concluded that the expropriation of El Clarin was an "instantaneous" act that concluded when it happened in the 1970s*"<sup>268</sup>.

228. Dans sa Réplique, le Chili fait référence au paragraphe 600 de la Sentence pour justifier le caractère instantané de l'expropriation. Ce paragraphe n'est que la conclusion des développements suivants du Tribunal arbitral, d'où il résulte que l'instantanéité de l'acte est caractérisée par le Décret n°165 du 10 février 1975 :

*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 SA et EPC Ltda à l'État*<sup>269</sup> (soulignement ajouté).

229. Or, pour parvenir à cette conclusion, encore fallait-il que le Décret n°165 ait une valeur juridique, ce que le Tribunal a admis au paragraphe 603 de la Sentence :

*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 serait lui-même contraire à l'article 4 de la Constitution de 1925. 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.*

230. C'est précisément sur ce point que les Demanderesses considèrent que le Tribunal a manifestement excédé son pouvoir en n'appliquant pas la Constitution chilienne de 1980, applicable aux termes de la controverse née le 30 novembre 1995, et que dès lors la partie du dispositif de la Sentence résultant de cette déclaration doit être annulée - à savoir une partie du 8<sup>ème</sup> point du Dispositif.

231. La demande d'annulation des Demanderesses concerne bien "*specific matters pleaded by the party requesting annulment*"<sup>270</sup>, sur un fondement d'annulation soutenu par la Défenderesse,

<sup>268</sup> Mémoire en réplique §418

<sup>269</sup> Sentence §608

<sup>270</sup> Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compañia de Aguas des Aconquija S.A. and Vivendi Universal c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/97/3 du 3 juillet 2002 §68

elle est donc, selon les critères dégagés par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi I*, recevable, en ce qu'elle n'est pas une demande reconventionnelle.

232. Pour éviter toute ambiguïté, la demande d'annulation partielle de la Sentence formulée par les Demanderesses ne constitue en aucun cas une reconnaissance du bien-fondé de l'argument de la République du Chili sur la prétendue disparition d'un investissement des Demanderesses pouvant faire l'objet d'une protection par l'API.

233. Cet argument est notamment réfuté aux paragraphes n°173 et suivants.

234. Afin de limiter la portée de l'argument des Demanderesses, le Chili prétend qu'il s'agirait d'une nouvelle tentative pour obtenir une indemnisation plus importante que celle allouée par le Tribunal après l'échec de la demande de révision<sup>271</sup>.

235. Or, la présente demande d'annulation partielle est indépendante et sans aucun rapport avec le fait que, le 2 juin 2008, les Demanderesses aient porté à la connaissance du Tribunal arbitral, en conformité avec l'article 51 de la Convention, la découverte de ce qui leur apparaissait comme un fait nouveau consistant en une déclaration publique<sup>272</sup> du Président du Conseil de Défense de l'État (CDE) attirant l'attention sur la jurisprudence constante de la Cour Suprême à l'égard du Décret n°77 de 1973.

236. Il s'agissait de la déclaration du 22 février 2008 du CDE relative à la jurisprudence constante de la Cour Suprême du Chili à l'égard des décrets confiscatoires édictés en application du Décret n°77 de 1973, susceptible de montrer que le Tribunal avait été porté à erreur par la Défenderesse.

237. C'est exclusivement de la contradiction entre la position soutenue à cet égard par la République du Chili dans la procédure d'arbitrage et la nouvelle déclaration de la République du Chili par le CDE, avec ses conséquences, qu'a été saisi le Tribunal dans la demande en révision des parties VII, VIII et de la partie correspondante du dispositif de la Sentence. Le Tribunal n'a été saisi, en aucun cas, de la partie du 8<sup>ème</sup> point du Dispositif dont il est question dans la deuxième prémisse du point 555 de la requête en annulation du 5 septembre 2008, visé ici.

238. La Décision du 16 novembre 2009 dans la procédure de révision ne fait donc absolument aucune mention de la Constitution du Chili. La non-application manifeste de l'article 7 de la

---

<sup>271</sup> Mémoire en réplique, Section VI-B(1)

<sup>272</sup> Pièce DP46

Constitution aux faits et circonstances de la controverse soumise à l'arbitrage n'était d'ailleurs nullement susceptible d'une procédure de révision, et ce sujet ne fait pas l'objet de la Décision intervenue dans ladite procédure.<sup>273</sup>

## 2. L'EXCES DE POUVOIR MANIFESTE DU TRIBUNAL ARBITRAL

239. Ainsi que les Demanderesses l'ont démontré dans le mémoire en réponse<sup>274</sup>, le Tribunal arbitral a commis un excès de pouvoir manifeste en ce qu'il n'a absolument pas appliqué les dispositions constitutionnelles pertinentes, tout particulièrement l'article 7 de la Constitution du Chili de 1980 au différend soumis à l'arbitrage.

Les Demanderesses renvoient le Comité *ad hoc* à leurs développements dans leur mémoire en réponse, pages 121 à 138 et pages 148 à 156, démontrant que le défaut d'application de la Constitution au maintien de la confiscation après l'entrée en vigueur de l'API est manifeste.

240. Le Comité *ad hoc* relèvera que la Constitution du Chili de 1980, en particulier son article 7, n'a absolument pas été mentionné dans la Sentence ni, *a fortiori*, appliqué aux termes du différend né le 30 novembre 1995 sur lequel porte la controverse, c'est-à-dire lorsque l'API Espagne-Chili était déjà en pleine vigueur, ainsi que l'ont clairement souligné les Demanderesses au Président du Chili M. Eduardo Frei, dans la Requête d'arbitrage et leur premier Mémoire:

*La Huitième Chambre Criminelle de Santiago, par une décision ferme et définitive prise en Juin 1995, a statué que la totalité de ces 40.000 actions du "Consortium Publicitaire et Périodique" seraient restituées au soussigné, en raison de que la preuve était établie par la voie judiciaire que j'en suis le propriétaire légitime*<sup>275</sup>

*« l'article 6 de la Charte Fondamentale prescrit que les organes de l'État doivent soumettre leur action à la Constitution et aux normes édictées en conformité avec elle, ce qui, eu égard au précepte légal invoqué et de l'article 24 de la Constitution, qui confèrent au Président de la République la qualité de Chef de l'Exécutif, permet de conclure que notre institutionnalité envisage de manière explicite ce pouvoir – devoir de votre Excellence d'invalider l'acte irrégulier qui me porte*

<sup>273</sup> Voir en particulier les pp.17-20, 22, 45-46 et 51 de la Décision du 18 novembre 2009

<sup>274</sup> Mémoire en réponse §§680 et suivants

<sup>275</sup> Lettre du 6 septembre 1995 de M. Victor Pey au Président de la République du Chili, M. Eduardo Frei (Soulignement rajouté)

*préjudice et porte gravement atteinte à l'exercice des droits de la presse et de l'information* ». <sup>276</sup>

«7° Ayant récupéré les titres de propriété et les justificatifs de son paiement, l'investisseur espagnol entreprit de réclamer pour la première fois la restitution de ses propriétés confisquées. Il le fit au moyen d'une requête adressée par le canal d'un notaire au Président de la République **le 6 septembre 1995** (document annexe N°22). Celle ci fut repoussée le 20.11.1995 par le Ministère des Biens Nationaux (document annexe N° 23, pp 1-2), dans des écritures où il passe par dessus la nullité radicale de la confiscation (voir l'art. 4 de la Constitution (...))<sup>277</sup>

« 4.5.4.3.3.5 Selon l'art. 4° de la même Constitution:

*Aucune magistrature, aucune personne, ou réunion de personnes ne peuvent s'attribuer, fût-ce au prétexte de circonstances extraordinaires, une autorité ou des droits autres que ceux qui leur auraient été conférés expressément par les lois. Tout acte contrevenant à cet article est nul.*

4.5.4.3.3.6 Ce principe a été maintenu dans **la Constitution en vigueur depuis 1980** (doc. annexe num. 7 à nos écritures en date du 28 août 1998) **dont l'art. 7 précise que** les organes n'agissent pas valablement s'ils agissent en dehors de leur compétence, ou d'une manière différente de celle que prescrit la loi, en s'attribuant une autorité ou un droit autres que ceux qui leur ont été expressément conférés en vertu de la Constitution ou de la loi. Dans cette éventualité l'acte est nul (...). »<sup>278</sup> (soulignement ajouté).

241. En outre, il est manifeste qu'au Chili le Décret n°165 de 1975 portant dissolution de CPP S.A. était sans effets en 1995. Ainsi :

- Il est surabondamment démontré dans le dossier que les Cours de Justice du Chili, sans aucune exception, interprètent et appliquent directement l'article 7 de la Constitution et n'ont nullement besoin de la loi 19.568 pour constater, *ex officio*, la nullité *ab initio* de tous les décrets confiscatoires édictés en application du décret 77 de 1973 par infraction manifeste au principe de séparation des pouvoirs tel que formulé dans l'article 7 de la Constitution de 1980 et 4 de 1925<sup>279</sup> ;
- Le jugement de la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de Santiago du 24 juillet 2008 confirme qu'EPC Ltée possédait en 1995 toujours une personnalité juridique et avait, ainsi que M. Victor Pey au nom et pour le compte de cette dernière en sa qualité d'actionnaire, le droit d'agir en justice, tirant *ex officio* les conséquences de la

<sup>276</sup> Lettre du 10 janvier 1996 de M. Victor Pey au Président de la République du Chili, M. Eduardo Frei (Soulignement rajouté)

<sup>277</sup> Requête d'arbitrage déposée le 7 novembre 1997 au Secrétariat du CIRDI Pièce CN59f

<sup>278</sup> Mémoire sur la compétence et le fond du 17 mars 1999 Pièce CN80f

<sup>279</sup> Pièces CN32a et CN02f

nullité *ab initio* du Décret n°165 en application de l'article 7 de la Constitution de 1980<sup>280</sup> ;

- La loi 19.568 de 1998 confirme la nullité des décrets confiscatoires édictés en application du Décret n°77 de 1973, reconnaît le droit d'agir et le droit à la restitution de leurs biens pour toutes **les personnes morales** prétendument dissoutes en application du Décret 77 de 1973 et propriétaires des biens concernés :

*Article 1<sup>er</sup>. Les personnes morales qui auraient été privées de la pleine propriété de leurs biens par application des décrets-lois Nos. 12, 77..de 1973[...] auront droit de solliciter leur restitution ...Auront les mêmes droits leurs successeurs ou réputés tels.*<sup>281</sup> (soulignement ajouté).

- Cette loi confirme l'existence de droits sur l'investissement de M. Pey dans CPP S.A. et EPC Ltée après l'entrée en vigueur de l'API, l'article 1<sup>er</sup> *in fine* laissant à la seule volonté de l'investisseur (personne morale ou physique) le choix d'exercer son droit à la restitution-indemnisation soit auprès des Cours de Justice (qui appliquent directement l'article 7 de la Constitution) soit auprès de l'Administration (qui applique la Loi 19.568 de 1998):

*Pourront recourir à cette procédure [tous ceux] qui auraient un procès pendant à l'encontre de l'État, introduit antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi, dans lequel ils réclameraient la restitution ou l'indemnisation des biens mentionnés dans la première section. Dans ce cas ils devront se désister préalablement des actions introduites devant le tribunal respectif, et joindre à leur demande une copie authentifiée de la décision judiciaire qui aurait mis fin au litige* (soulignement ajouté).

- La Décision n°43 du Ministère des Biens Nationaux du 28 avril 2000 ne fait que confirmer le droit préexistant des propriétaires des actions de CPP SA et d'EPC Ltée à une indemnisation.

242. Le Comité *ad hoc* notera par ailleurs que dans ses deux premiers mémoires sur l'incompétence de juillet 1999 et du 27 décembre 1999<sup>282</sup>, la République du Chili ne contestait

<sup>280</sup> Annexes DP65 et DP48f

<sup>281</sup> Loi 19.568, de 1998: "Artículo 1°.- Las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N°s. 12, 77 y 133, de 1973; 1.697, de 1977, y 2.346, de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización, en conformidad con las normas establecidas en esta ley. Igual derecho tendrán sus sucesores o quienes se reputen como tales" (soulignement ajouté), (pièce CN66c)

<sup>282</sup> Pièces RA136b et CN88; le mémoire du Chili de juillet 1999 contredit ses prétentions actuelles à un tel point que la Défenderesse l'a dissimulé avec une pièce des Demanderesses sous le n°RA-56. Les Demanderesses

pas les affirmations des Demanderesses dans leur mémoire du 17 mars 1999 concernant la « nullité de droit public » des décrets confiscatoires de l'investissement, l'existence actuelle des actifs de CPP S.A. et d'EPC Ltée et que M. Pey avait acheté la totalité des actions de CPP S.A. L'opposition du Chili aurait été en contradiction avec le message du 3 juin 1991 du Chef de l'État au Congrès du Chili<sup>283</sup> et le projet de Loi No. 19.568 de 1998 qui, en vertu de la Constitution, reconnaît le droit d'agir notamment des personnes morales supposément dissoutes par les décrets édictés en vertu du Décret-loi 77 de 1973, de même que leur propriété sur les biens ainsi confisqués.

243. Les Demanderesses réitèrent les arguments des points 659 à 709 de leur Réponse du 15-10-2010 : il y a seulement motif à annulation, partielle, de la partie du paragraphe 8<sup>ème</sup> du Dispositif de la Sentence, et des seuls paragraphes à la base de cette partie, en rapport avec la matière spécifique plaidée dans la 2<sup>ème</sup> prémisse du point 566 du *Memorial* à l'appui de sa demande d'annulation de la Sentence, à savoir "*the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force*".

244. Sur ce fait précis, et contrairement à l'artifice de la section VI-B(2) de la *Reply*, le 8ème point du Dispositif de la Sentence arbitrale encourt « *a manifest disregard* » de la norme applicable, l'article 7 de la Constitution du Chili en vigueur lorsque l'API devient exigible. Il ne s'agit pas d'erreur, ni de correction dans l'interprétation de la Constitution.

245. Le terme *disregard* signifie ici que, compte tenu des termes dans lesquels les Demanderesses ont consenti à l'arbitrage du CIRDI en acceptant les termes offerts en 1991 par la République du Chili dans l'API avec l'Espagne, sur ledit fait précis

*« (...) the arbitrator appreciates the existence of a clearly governing legal principle but decides to ignore or pay no attention to it ».*<sup>284</sup>

246. La Sentence a enfreint l'article 52(1)(b) de la Convention et a modifié substantiellement la conclusion de l'arbitrage pour le motif que le Tribunal n'ayant absolument pas appliqué des articles impératifs de la Constitution du Chili (notamment l'article N° 7), a considéré que le Décret 165 de 1973 demeurerait efficace après l'entrée en vigueur de l'API - point 8 du Dispositif dont le fondement figure dans les paragraphes de la Sentence indiqués dans le paragraphe 671 du mémoire en réponse du 15 octobre 2010.

---

l'ont à nouveau communiqué sous le n° CN88 (et également le Message du Chef de l'État au Congrès National du Chili du 3 juin 1991, Pièce CN38d)

<sup>283</sup> Pièce CN38d

<sup>284</sup> *Merrill Lynch, at al. V. Bobker*, 808 F.2d 934, 2d Circ., 1986, USA.

### III. LES COUTS DE LA PROCEDURE

#### 1. FRAIS DE L'INCIDENT SUR L'ADMISSIBILITÉ DU RECOURS EN ANNULATION

247. Au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire lors de l'allocation des coûts et frais de la procédure d'annulation, le Comité *ad hoc* est respectueusement invité à tenir compte des faits suivants :

- L'existence du Décret Suprême n°111 du 21 avril 2008, auquel la délégation chilienne a attribué l'autorisation de déposer le recours en annulation, a été présenté dans le Registre de la Contraloria le 14 mai 2008 et n'a été dévoilé aux Demanderesses –malgré leur demande qu'il leur soit permis de connaître le document où le Président du Chili aurait autorisé la présentation de la *Request*-aux membres du Comité *ad hoc* et au Centre- qu'à l'issue de l'audience du 29 janvier 2010 sur la recevabilité du recours. Cette communication est intervenue *in extremis* après de nombreux échanges commencés dès le 5 septembre 2008 ;
- La délégation du Chili a porté le Comité *ad hoc* à croire dans l'entière et incontestable intégrité-validité du texte du Décret 111. Or dans la pièce CN242 figure la «*Résolution du 9 mai 2008 sur la correction d'erreurs dans les Décrets signés par le Président de la République du Chili*», dont l'article 2 dispose :

*«Sont délégués au Chef de la Division Juridique les prérogatives suivantes : a) celle de rectifier les Décrets déjà signés par la Présidente de la République ou le Président de la République, selon le cas, et par le Ministre respectif, (...) [cela] seulement afin de corriger des erreurs manifestes d'écriture ou numériques »<sup>285</sup> (c'est nous qui soulignons).*

Dans chacune des versions produites dudit Décret des pages et des paragraphes entiers apparaissent changées<sup>286</sup>, sans que l'approbation de ces changements - par la seule autorité habilitée pour ce faire, le Chef de l'État- figure nulle part.

- Indépendamment de la décision du Comité *ad hoc* déclarant le présent recours recevable malgré l'objection des Demanderesses, la communication de ce décret en septembre 2008, au moment du dépôt de la requête en annulation, aurait

<sup>285</sup> *Artículo 2º: Deléganse en el Jefe de la División Jurídica las siguientes facultades: a) La de rectificar los decretos ya firmados por la Presidenta de la República o el Presidente de la República, según corresponda, y por el Ministro respectivo, y aquellos firmados por el Ministro bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República" o "Por orden de la Presidenta de la República", según el caso, sólo para corregir errores manifiestos de escritura o numéricos.”*

<sup>286</sup> Voir les communications des Demanderesses des 5 et 17 février 2010 et les pièces jointes.

vraisemblablement limité les frais engagés par les Demanderesses sur cet aspect de la procédure ;

- l'interprétation de la Convention dans la pratique du CIRDI connue jusqu'à la présente procédure était celle de considérer que la procédure en nullité est à tel point différente de celle terminée dans la Sentence que, lorsque dans la procédure arbitrale restait un solde pécuniaire à la faveur d'une partie, le Secrétariat ne pouvait pas l'appliquer aux frais de cette partie dans la procédure en nullité sans une nouvelle autorisation. Ce critère, suivi en 2008 dans l'affaire *Vieira S.A. c. la République du Chili*<sup>287</sup>, d'absence de prorogation dans la procédure en nullité de l'autorisation dans la procédure épuisée relative à l'argent, bien fongible par excellence, avait été également appliquée à l'autorisation relative à la représentation de la partie correspondante dans la demande en nullité de la République du Chili contre la Sentence dans l'affaire MTD;
- la doctrine alors existante sur l'admissibilité dans un cas comparable était celle de la procédure d'annulation dans l'affaire *AMCO*<sup>288</sup>, suivie par les Demanderesses ;
- dans l'espèce, l'agent du Chili a communiqué au Centre l'identité des personnes autorisées à le représenter (i) le 5 janvier 2008, dans la procédure dont la fin est intervenue le 8 mai 2008; (ii) le 15 juillet 2008, en indiquant que c'était dans la procédure de révision de la Sentence du 8 mai 2008; (iii) le 7 mai 2010, dans la procédure d'annulation;
- enfin, le recours en annulation est, comme cela a été démontré, abusif en ce qu'il constitue en réalité un appel au fond de la Sentence, ce qui n'est pas admis par la Convention CIRDI.

## 2. FRAIS DE L'INCIDENT SUR LA SUSPENSION PROVISOIRE DE LA SENTENCE ARBITRALE

248. Le Comité *ad hoc* est respectueusement invité à tenir compte, en décidant des frais relatifs à la suspension de la Sentence, du fait que les Demanderesses pouvaient légitimement attendre l'application à sa demande des critères d'élucidation de l'article 52(5) de la Convention que

---

<sup>287</sup> Pièce DP59

<sup>288</sup> Décision sur la demande de nullité *Amco Asia c. Indonésie* du 16 mai 1986, para. 33 in 12 YB Com Int 129 (1987), cité dans le point 1.1 de la Présentation des arguments des Demanderesses sur l'irrecevabilité de la demande d'annulation déposée le 5 septembre 2008 par un *asesor* (adviser) du Chili.

de nombreux Comités *ad hoc* avaient jusqu'alors considéré prédominants<sup>289</sup>, tels que ceux des affaires *Repsol Ypf Ecuador, S.A. et al.*<sup>290</sup> et *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic*<sup>291</sup>.

### 3. FRAIS DE LA PROCÉDURE DE NULLITÉ

249. Les Demanderesses sollicitent du Comité *ad hoc* qu'il tienne compte des éléments suivants en décidant de l'allocation des coûts et frais de la procédure d'annulation :

- L'article 52(1) de la Convention ne peut être invoqué pour formuler un appel déguisé d'une sentence arbitrale en détournant ou tergiversant le contenu du dossier arbitral, ce qu'a fait systématiquement la République du Chili ;
- Le choix délibéré de la République du Chili de présenter des écritures d'une extrême longueur, multipliant répétitions et autres artifices pour donner un semblant de sérieux à sa demande d'annulation ;
- Le fait que la République du Chili a introduit une troisième langue dans la procédure, ce qui a augmenté les frais et potentiellement conduit à des erreurs dans la compréhension et le suivi du débat entre les Parties et le Comité *ad hoc*.
- La République du Chili n'a pas respecté l'accord intervenu lors de la 1<sup>ère</sup> session avec le Comité *ad hoc* sur l'égalité de la langue espagnole, en décidant unilatéralement que la version anglaise de sa Réplique "*shall govern*", alors que lors de l'audience du 29 janvier 2010 Monsieur Victor Pey, partie Demanderesse, avait indiqué devant le Comité *ad hoc* qu'il ne connaît pas l'anglais. Cela a gravement interféré dans les droits de défense, d'égalité et de non discrimination du Demandeur.

---

<sup>289</sup> Communication des Demanderesses du 21 janvier 2010 p.2 note 5 ; p.1 note 3

<sup>290</sup> Procedural order No. 4 du 28 février 2006

<sup>291</sup> ICSID Case No. ARB/97/3, Annulment Proceeding, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award rendered on 20 August 2007

#### IV. CONCLUSION

**PLAISE AU COMITE *AD HOC* :**

- d'accepter la présente Duplique, et ses pièces annexes, proposée en opposition au mémoire en réplique de la République du Chili du 22 décembre 2010 ;
- accorde aux Demanderesses le bénéfice de leurs précédentes écritures ;

En conséquence, les Demanderesses sollicitent respectueusement du Comité *ad hoc* :

- qu'il rejette la demande d'annulation formulée par la République du Chili, à la seule exception de la partie du 8<sup>ème</sup> point du Dispositif dont le fondement figure dans les paragraphes de la Sentence indiqués dans le paragraphe 671 du mémoire en réponse, aux motifs d'application des articles de l'API et de la Constitution du Chili indiqués dans la conclusion dudit mémoire;
- qu'il annule partiellement pour excès de pouvoir manifeste (article 52(1)(b) de la Convention) la partie du 8<sup>ème</sup> point du Dispositif de la Sentence seulement en ce que celui-ci concerne les paragraphes de la Sentence indiqués aux paragraphes 671 du mémoire en réponse ;
- qu'il lève la suspension provisoire de l'exécution des points 1 à 7 de la Sentence ;
- qu'il condamne la République du Chili à supporter les coûts de la présente procédure d'annulation, des incidents relatifs à sa recevabilité et à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence, y compris les frais et honoraires des membres du Comité *ad hoc*, les frais pour utilisations des installations du CIRDI, les frais de traduction, ainsi que les frais et honoraires professionnels des présentes Parties, des avocats, experts et autres personnes appelées à comparaître devant le Comité *ad hoc*, ou subsidiairement les frais de procédure d'annulation, des incidents relatifs à sa recevabilité et à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence, et à payer les sommes conformes à toutes autres condamnations que le Comité *ad hoc* estimerait justes et équitables.

Madrid, le 28 février 2011

Pour les Demanderesses



A handwritten signature in black ink, appearing to read "R. Garcia". The signature is stylized with a large, sweeping initial "R" and a long horizontal line extending to the right, crossing under the name.

**PIÈCES ANNEXÉES****N°**

DP-A	Les <i>specific bases for annulment</i> de la <i>Request</i> du 05-09-2008
DP-B	Les <i>specific bases for annulment</i> du <i>Memorial</i> du 10-06-2010
DP-C	Les <i>specific bases for annulment</i> de la <i>Reply</i> du 22-12-2010
DP01	Nationalité et Constitution du Chili 1925-1980-1989-2005- Le droit à renoncer
DP02	DP02-1971-07-12- Decisión 24 del Grupo de Cartagena- Decretos para poder aplicarla en Ecuador
DP02f	1971-07-12- Décision 24 du Groupe de Carthagène-Ordonnances pour sa mise en application en Équateur
DP03	1972-12 CORFO (MinEconomía) Inversiones extranjeras en Chile bajo el Estatuto del Inversor de 1960
DP03f	1972-12 CORFO (MinEconomie) Investissements Étrangers au Chili sous le Statut de l'Investisseur de 1960
DP04	1972-Décision 24-The Andean Foreign Investment Code by OLIVER (C.T.) in American Journal of International Law, vol. 66, October 1972, n° 5
DP05	1973-03-21 Décision 24 du Groupe de Carthagène- Colombie-Autorisation à l'Exécutif pour édicter les Ordonnances permettant son application
DP06	1974-04-29 Décision 24 du Groupe de Carthagène-Ordonnance pour sa mise en application au Venezuela
DP07	1977 Decisión 24-GARCIA AMADOR (F.V.) <u>El ordenamiento jurídico andino</u> . Buenos Aires 1977
DP07e0	1978 Décision 24-GARCIA-AMADOR 1 (F.V.) <u>The Andean Legal Order. A New Community Law</u> . N.York 1978
DP07e1	1978 Décision 24-GARCIA-AMADOR 2 (F.V.) <u>Appendices to The Andean Legal Order. A New Community Law</u> N. York 1978
DP08	1989-Nationalité-GUZMAN (Diego) La CDN Espagne-Chili prévaut sur la Constitution- <u>Traité de Droit International Privé</u> . Santiago du Chili 1989
DP09	1990-03-06 Nationalité-Résolution de Direction Générale des Registres - l'inscription de perte de la nationalité n'a pas d'effets constitutifs
DP10	1993-01-27 Sentencia CS Chile venta de acciones de una S.A.- Doctrine appliquée dans l'investissement de M. Pey
DP11	1995-10-02 GOSS-Demanda de Sr. Pey c Fisco- Restitución tras su depósito necesario en 1973
DP12	1995-10-02 GOSS-Requête Pey c Fisco- Restitution en 1995 après son dépôt forcée en 1973
DP13	1996-06-19 Nationalité-Résolution des Registres- l'inscription de perte de la nationalité n'a pas d'effets constitutifs
DP14	1997-12-10 Términos del consentimiento al arbitraje-Preguntas del CIADI a las Demandantes
DP15	1997-12-19 Consentimiento al arbitraje bajo el art. 7 de la Constitución-Respuesta de las Demandantes al CIADI
DP15f	1997-12-19 Consentement à l'arbitrage sous l'art. 7 de la Constitution- Réponse des Demanderesses aux questions du CIRDI
DP16	1998-02-12 Termes du consentement à l'arbitrage-Questions de M. Shihata, Secrét. Général du CIRDI
DP17	1998-03-20 Consentement à l'arbitrage sous l'art. 7 de la Constitution- Réponse des Demanderesses aux questions du CIRDI

DP18	1998-03-23 Consentimiento al arbitraje-Respuesta de las Demandantes a las preguntas del CIADI
DP19	1998-03-23 Termes du consentement à l'arbitrage-Réponse des Demanderesses aux questions du CIRDI
DP20	1998-03-30 Términos del consentimiento al arbitraje- Respuesta de las Demandantes a las preguntas del CIADI
DP20f	1998-03-30 Termes du consentement à l'arbitrage- Réponse des Demanderesses aux questions du CIRDI
DP21	1998-07-25 Nacionalidad-Sentencia de la Corte Suprema asimila la denegación del pasaporte a la retirada de la nacionalidad chilena
DP22	1998-07-25 Nationalité-Arrêt de la Cour Suprême assimilant le refus du passeport au retrait de la nationalité chilienne
DP23	1998-12-11 ORREGO-VICUÑA v. la Fondation espagnole Président Allende : <i>Confidential message to the Law Lords on Pinochet's extradition requested by the Foundation President Allende, plaintiff</i> <sup>292</sup>
DP24	1999-06-23 GOSS- Victor Pey notifica al 1er Juzgado Civil de Santiago el arbitraje ante el CIADI
DP24f	1999-06-23 GOSS- Victor Pey communique à la 1ère Chambre Civile l'arbitrage en cours auprès du CIRDI
DP25	1999-09-24 Accord sur la Protection des Investissements entre le Chili et la Suisse, appliqué dans la demande de suspension provisoire de la procédure GOSS auprès des juridictions internes
DP26	2001-01-03 GOSS El 1er Juzgado Civil cita a las partes a oír la Sentencia
DP26f	2001-01-03 GOSS La 1ère Chambre Civile cite les parties à entendre la Sentence
DP27	2001-03-05-GOSS El 1er Juzgado Civil reitera citación a las partes para oír la Sentencia
DP27f	2001-03-05-GOSS La 1ère Chambre Civile réitère la mise en délibéré de la Sentence
DP28	2001-06-21 Décision 43-Audience sur la demande de mesures provisoires-Intervention des Demanderesses
DP29	2001-09-26 Decisión del Tribunal de arbitraje sobre petición de medidas provisionales
DP29f	2001-09-26 Décision du Tribunal arbitral relative à la pétition de mesures conservatoires
DP30	2002-03-27 Décision 43-Le Gouvernement du Chili approuve l'évaluation du patrimoine de CPP SA et EPC Ltée
DP31	2002-06-21- La venta de las acciones de CPP SA al Sr. Pey y los traspasos firmados en blanco -Dictamen del Prof. Bruna
DP31f	2002-06-21- La vente des actions de CPP SA à M. Pey et les transferts signés en blanc- Consultation du prof. Bruna
DP32	2002-08-08 GOSS Communication du dossier judiciaire où on a reconnu que M Pey est propriétaire de la totalité des actions de CPP SA
DP33	2002-11-04 GOSS Victor Pey pide suspensión provisional del proceso ante el 1er Juzgado Civil de Santiago en tanto el arbitraje está en curso
DP33f	2002-09-04 GOSS Victor Pey demande la suspension provisoire de la procédure tandis que l'arbitrage est en cours
DP34	2002-09-21 Denegación del derecho al arbitraje- Cámara de Diputados de Chile-Acta de sesión especial sobre el arbitraje ante el CIADI
DP34f	2002-09-21-Dénégation du droit à l'arbitrage-Chambre des Députés du Chili-Procès Verbal de la session spéciale sur l'arbitrage auprès du CIRDI
DP35	2002-11-14 GOSS 1ère Chambre Civile rejette la demande de suspension provisoire de la procédure tandis que l'arbitrage est en cours

<sup>292</sup> Accessible dans <http://www.elclarin.cl/images/pdf/19981211OrregoVicunConfidentialOpinionSpain.pdf>

DP36	2002-12-18 GOSS 1ère Chambre Civile reçoit le recours en appel de la décision de ne pas suspendre provisoirement la procédure
DP37	2003-01-23 Confiscación-Sentencia Corte Suprema de Chile -Nulidad derecho público
DP38	2003-02-10 Investissements Étrangers Opinion de Me Araya sur le Rapport Santa Maria, expert du Chili
DP39	2003-02-19 Rapport d'Alejandro Arráez y Asociados sur la valeur du patrimoine de CPP S.A.
DP40	2004-01-29 Nacionalidad CDN España-Chile cabe renunciar a doble nacionalidad chilena-Min Justicia de España
DP40f	2004-01-29 Nationalité CDN Espagne--Chili on peut renoncer à la double nationalité chilienne-Min Justice de l'Espagne
DP41	2005-09-23 Financial Times et Paul Wolfowitz cités par M. Bedjaoui le 7-11-2005 en réponse à une invitation du CIRDI
DP42	2006-04-05 (Coup de 2005) Les Demanderesses sollicitent lever l'immunité de M. Leoro Franco
DP42f	2007-02-15 (Coup de 2005) Les Demanderesses sollicitent au Président du Conseil administratif lever l'immunité de M. Leoro Franco
DP43	2007-04-19 Respuesta del Presidente del Consejo administrativo del CIADI a la petición de levantar la inmunidad del Sr. Leoro Franco
DP43f	2007-04-19 Réponse du Président du Conseil administratif du CIRDI à la pétition de lever l'immunité de M. Leoro Franco
DP44	2007-04-26 Observaciones a la respuesta del Pte. del Consejo administrativo del CIADI a la petición de suspender la inmunidad del Sr. Leoro Franco
DP44f	2007-04-26 Observations à la réponse du Président du Conseil administratif du CIRDI à la pétition de lever l'immunité de M. Leoro Franco
DP45	2007-08-21 Eduardo Vieira S.A. (España) c República de Chile CIADI ARB-04-7 Sentencia
DP46	2008-02-22 Confiscation-Déclaration du Président du Conseil de Défense de l'État relative à la jurisprudence constante de la Cour Suprême sur le Décret 77 de 1973
DP47	2008-05-18 Bilateral Investment Treaties Protection to non-profit organisations
DP48	2008-07-24 GOSS Sentencia de 1ª Instancia del 1er Juzgado Civil de Santiago
DP48f	2008-07-24 GOSS Sentence de 1ère Instance de la 1ère Chambre Civile de Santiago
DP49	2008-09-15 ORREGO VICUÑA et la désignation du Comité <i>ad hoc</i> à venir- Lettre au Président du Conseil administratif du CIRDI
DP50	2009-06-16 GOSS Le Fisc affirme que la procédure GOSS aurait été abandonnée et demande qu'elle soit déclarée sans effet
DP51	2009-08-06 GOSS <i>Inaudita parte</i> la 1ère Chambre Civile rejette la demande du Fisc de déclarer que cette procédure aurait été abandonnée
DP52	2009-08-12 GOSS <i>Inaudita parte</i> le Fisc forme appel contre la décision de la 1ère Chambre Civile de 2009-08-06
DP53	2009-12-18 GOSS <i>Inaudita parte</i> la Cour d'Appel de Santiago déclare que la procédure GOSS a été abandonnée. Mise aux archives
DP54	2009-Nationalité-SLOANE (Robert D.) Breaking the Genuine Link -The Contemporary International Legal Regulation of Nationality -2009
DP55	2010-08-10-Vivendi Second Annulment Decision
DP56	2010-08-23-Déni de justice-FRANCIONI (Francesco) "Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law" 20 EURJIL 729 23-8-10 1307
DP57	2010-08-23-Déni de justice-KURTZ (Jürgen) "Access to Justice, Denial of Justice and International Investment" 20 EURJIL 1077 23-8-10 1302
DP58	2010-08-23-MCLACHLAN (Campbell) "Investment Treaties and General International Law" ICLQ 2008 23-8-10 1215

DP59	2010-12-10 Eduardo Vieira S.A. (España) c Chile Decisión del Comité <i>ad hoc</i> sobre nulidad del Laudo
DP60	2010-12-17 Affaire Pinochet- Arrêt de la Cour d'Assises de Paris - Condamnations à perpétuité
DP61	2010-MORTENSON (J.D.) "The Meaning of 'Investment' ICSID's travaux and the Domain of International Investment Law" 51 HVILJ 257 23-8-10 1253
DP61b	2010-12-01 CAMPOLIETI (F.) « Sur le défaut de motifs comme cause d'annulation des sentences arbitrales CIRDI » Les Cahiers de l'Arbitrage, 2010-4
DP62	2011-01-24 GOSS- V. Pey pide conocer lo actuado en este procedimiento después del 1-09-2002
DP62f	2011-01-24 GOSS- V. Pey demande à connaître ce qui est intervenu dans ce dossier à partir du 1er sept. 2002 en avant
DP63	2011-01-31 GOSS- Les Demanderesses prennent connaissance des actes intervenus dans ce procès depuis le 1-09-2002
DP64	2011-01-31 GOSS- Nulidad de la decisión que declara que las Demandantes habrían abandonado este proceso
DP64f	2011-01-31 GOSS- Nullité de la décision déclarant que les Demanderesses auraient abandonné cette procédure
DP65	2011-02-28 La corrélation entre le Jugement du 24.07.2008 dans l'affaire GOSS et la procédure d'arbitrage devant le CIRDI