

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
WASHINGTON, D.C.**

Dans la procédure en annulation entre

VÍCTOR PEY CASADO ET FONDATION « PRESIDENTE ALLENDE »

Demandereses à l'arbitrage
Défenderesses à la procédure en annulation

et

RÉPUBLIQUE DU CHILI

Défenderesse à l'arbitrage
Requérante à la procédure en annulation

Affaire CIRDI ARB/98/2

**DÉCISION SUR LA DEMANDE EN ANNULATION
DE LA RÉPUBLIQUE DU CHILI**

Membres du Comité ad hoc

Maître L. Yves Fortier, C.C., c.r., Président
Professeur Piero Bernardini
Professeur Ahmed El-Kosheri

Secrétaire du Comité ad hoc

Mme Eloïse Obadia

Assistante du Comité ad hoc

Mme Renée Thériault, jusqu'au 24 décembre 2011

Date d'envoi aux parties : le 18 décembre 2012

REPRÉSENTATION DES PARTIES

Représentant les Demanderesses :

M. Juan E. Garcés
Garcés y Prada, Abogados
Madrid, Espagne

Avec la coopération de :

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

M. Samuel Buffone
BuckleySandler LLP
Washington D.C., USA

Représentant la Défenderesse :

M. Matías Mori Arellano
M. Carlos Dettleff
Comité des investissements étrangers
Santiago, Chili

M. Paolo Di Rosa
Mme Jean E. Kalicki
M. Samuel M. Witten
Mme Mallory B. Silberman
Mme Geraldine B. Fuenmayor F.*
M. Rodolfo Fuenzalida*
M. Andrés Lyon*
Arnold & Porter LLP
Washington D.C., USA

M. Jorge Carey
M. Gonzalo Fernández Ruiz
Carey y Cía
Santiago, Chili

**Anciens avocats étrangers d'Arnold & Porter ;
ne font plus partie du cabinet*

TABLE DES MATIÈRES

REPRÉSENTATION DES PARTIES	2
I. LA PROCÉDURE D’ANNULATION	7
II. LE CONTEXTE HISTORIQUE ET LA PROCÉDURE D’ARBITRAGE	11
A. Le contexte historique.....	12
B. Historique de la procédure	13
III. LA SENTENCE DU TRIBUNAL	15
A. Les conclusions du Tribunal sur la compétence en ce qui concerne M. Pey Casado.....	15
(1) <i>Investissement</i>	15
(2) <i>Nationalité</i>	17
(3) <i>Consentement</i>	19
B. Les conclusions du Tribunal sur la compétence en ce qui concerne la Fondation	23
(1) <i>Investissement</i>	23
(2) <i>Nationalité</i>	23
(3) <i>Consentement</i>	24
C. L’API	24
(1) <i>Investissement</i>	24
(2) <i>Nationalité</i>	24
(3) <i>Compétence ratione temporis au regard de l’API</i>	24
(4) <i>Conclusion</i>	25
D. Les conclusions du Tribunal sur les violations de l’API.....	25
(1) <i>Application de l’API ratione temporis</i>	25
(2) <i>Déni de justice et traitement juste et équitable</i>	26
E. L’évaluation des dommages par le Tribunal	27
IV. NORMES JURIDIQUES	30
B. Excès de pouvoir manifeste	31
C. Inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure.....	34
D. Défaut de motifs.....	38
E. Étendue de l’annulation	39
V. MOTIFS D’ANNULATION.....	40
A. Nationalité.....	42
(1) <i>Excès de pouvoir manifeste</i>	43
(2) <i>Défaut de motifs</i>	52
(3) <i>Inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure</i>	59
B. Investissement.....	62
(1) <i>Propriété de l’investissement</i>	62
(2) <i>Investissement effectué conformément à l’API</i>	68
(3) <i>L’application ratione temporis de l’API</i>	79
(4) <i>L’investissement par la Fondation – excès de pouvoir manifeste</i>	87
C. Déni de justice.....	90
(1) <i>Inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure</i>	90

	(2) <i>Excès de pouvoir manifeste</i>	102
	(3) <i>Défaut de motifs</i>	105
D.	Discrimination.....	108
	(1) <i>Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure</i>	108
	(2) <i>Excès de pouvoir manifeste</i>	115
	(3) <i>Défaut de motifs</i>	116
E.	La décision du Tribunal sur les mesures conservatoires	122
F.	Domages-intérêts	126
	(1) <i>Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure</i>	126
	(2) <i>Défaut de motifs</i>	143
G.	L'audience de mai 2003.....	149
	(1) <i>Droit d'être entendu</i>	149
	(2) <i>Traitement inéquitable / inégalitaire des parties</i>	159
H.	L'audience de janvier 2007.....	161
I.	Demandes de documents.....	164
J.	Partialité de l'arbitre Bedjaoui	171
K.	La décision <i>ex aequo et bono</i> du Tribunal	173
L.	La demande en annulation des Demanderesses	175
VI.	FRAIS	180
VII.	DÉCISION	182

ABBREVIATIONS ET SIGLES D'USAGE FRÉQUENT

API	Traité d'investissement entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili, entré en vigueur le 29 mars 1994
CIRDI ou le Centre	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
C-Mém. Dem. Annul.	Contre-mémoire des Demanderesses sur l'annulation (intitulé par les Demanderesses « Mémoire en réponse »)
CN	Pièce annexe au Contre-mémoire des Demanderesses sur l'annulation
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, en date du 18 mars 1965
CPP	Consorcio Periodístico y Publicitario S.A.
Demande Compl. Dem.	Demande complémentaire des Demanderesses en date du 4 novembre 2002 [Procédure d'arbitrage]
DP	Pièce annexe à la Réplique des Demanderesses sur l'annulation
EPC	Empresa Periodística Clarín, Ltda.
Mém. Déf. Annul.	Mémoire de la Défenderesse sur l'annulation
Mém. Déf. Comp. Arb.	Mémoire de la Défenderesse sur la compétence, en date du 20 juillet 1999 [Procédure d'arbitrage]
Plan Dét. Arg. Déf. Pré-Audience	Plan Détaillé des arguments de la Défenderesse en vue de l'audience [Procédure en annulation]

Plan Dét. Arg. Dem. Pré-Audience	Plan détaillé des arguments des Demanderesses en vue de l'audience en annulation
RA	Pièce produite par la Défenderesse dans la procédure en annulation
RALA	Sources juridiques produites par la Défenderesse dans la procédure en annulation
Règlement d'arbitrage	Règlement de procédure du CIRDI relatif aux instances d'arbitrage
Répl. Dem. Annul.	Réplique des Demanderesses sur l'annulation (intitulée par les Demanderesses « Duplique »)
Répl. Dem. Comp. et Fond	Réplique des Demanderesses sur la compétence et le fond, en date du 23 février 2003 [Procédure d'arbitrage]
Rép. Déf. Annul.	Réponse de la Défenderesse sur l'annulation
Req. Arb. Dem.	Requête d'arbitrage des Demanderesses en date du 3 novembre 1997 [Procédure d'arbitrage]
Sentence	Sentence du Tribunal arbitral rendue le 8 mai 2008
Tr. Annulation [jour] [page:ligne] (Ang.), (Fr.) ou (Esp.)	Transcription de l'audience sur l'annulation tenue les 7 et 8 juin 2011 [anglais] [français] [espagnol]
Tr. Arb. [jour] [page:ligne] (Esp.) ou (Fr.)	Transcription de l'audience sur la compétence et le fond tenue du 5 au 7 mai 2003 [espagnol] [français] [Procédure d'arbitrage]
Tr. Comp. [jour] [page:ligne] (Esp.) ou (Fr.)	Transcription de l'audience sur les questions de compétence tenue les 15 et 16 janvier 2007 [espagnol] [français] [Procédure d'arbitrage]

I. LA PROCÉDURE D'ANNULATION

1. Le 5 septembre 2008, la République du Chili (la « **République** » ou la « **Défenderesse** » ou le « **Chili** ») a déposé auprès du Secrétaire général par intérim alors en fonctions du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (le « **CIRDI** » ou le « **Centre** ») une demande (la « **Demande** ») en annulation d'une sentence rendue le 8 mai 2008 dans l'Affaire CIRDI ARB/98/2 (la « **Sentence** ») entre Víctor Pey Casado et la Fondation « Presidente Allende », d'une part (les « **Demanderesses** »), et la République, d'autre part. Le Centre a accusé réception de la Demande et l'a transmise aux Demanderesses le 10 septembre 2008.
2. La Demande a été déposée alors que la Sentence faisait l'objet d'une procédure en révision engagée par les Demanderesses le 2 juin 2008. La demande en révision a été enregistrée le 17 juin 2008 et le Tribunal, composé des arbitres qui avaient prononcé la Sentence, a rendu sa décision le 18 novembre 2009, rejetant la demande en révision.
3. Par lettre en date du 18 septembre 2008, les Demanderesses ont soutenu que la Demande déposée par la République était irrecevable car elle avait été déposée en anglais alors que les langues de la procédure d'arbitrage initiale et de la procédure en révision en cours étaient le français et l'espagnol. Par lettres en date des 8 octobre et 22 octobre 2008, les Demanderesses ont réitéré leur argumentation selon laquelle la Demande était irrecevable au motif supplémentaire qu'elle n'avait pas été signée par les agents désignés par la République du Chili devant le CIRDI.
4. Le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la Demande le 6 juillet 2009 et a transmis une Notification d'enregistrement aux parties à cette date. Dans sa lettre de transmission, le Secrétaire général a indiqué qu'elle refuserait d'enregistrer une demande en annulation seulement si les conditions prévues à l'article 50 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (le « **Règlement d'arbitrage** ») n'étaient pas remplies et que son enregistrement de la Demande ne portait pas atteinte aux pouvoirs du Comité *ad hoc* en

matière de compétence et de fond, conformément aux articles 41 et 42 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la « **Convention CIRDI** »).

5. Dans la Notification d'enregistrement, le Secrétaire général a noté que la Demande contenait une requête en suspension provisoire de la Sentence (la « **Requête** ») sur le fondement de l'article 52(5) de la Convention CIRDI et de l'article 54(1) du Règlement d'arbitrage. Le Secrétaire général a en outre relevé que : « L'article 54(2) du Règlement d'arbitrage dispose que le Secrétaire général informe les parties de la suspension provisoire de la sentence en même temps qu'il les notifie de l'enregistrement de la demande. Je note, cependant, que dans le contexte de la demande en révision de la sentence arbitrale, le Tribunal arbitral qui examine actuellement ladite demande a suspendu l'exécution de la Sentence arbitrale le 5 août 2008 ».
6. À la suite de la décision du Tribunal arbitral sur la révision rendue le 18 novembre 2009, la République a demandé, le 2 décembre 2009, que le Centre désigne le Comité *ad hoc* et confirme la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence conformément à l'article 52(5) de la Convention CIRDI et à l'article 54(2) du Règlement d'arbitrage. Par lettre en date du 8 décembre 2009, les Demanderesses ont soutenu que la demande de la République était irrecevable pour les mêmes raisons que celles soulevées dans le cadre de la Demande.
7. Le 4 décembre 2009, conformément à l'article 54(2) du Règlement d'arbitrage, le Secrétaire général par intérim du CIRDI a informé les parties de la suspension à titre provisoire de la Sentence.
8. Le Comité *ad hoc*, composé du Professeur Piero Bernardini (ressortissant d'Italie), du Professeur Ahmed El-Kosheri (ressortissant d'Égypte) et de Maître L. Yves Fortier, C.C., c.r., (ressortissant du Canada), a été constitué le 22 décembre 2009. Les parties ont été informées que Mme Eloïse Obadia, Conseiller juridique senior, CIRDI, agirait en

qualité de Secrétaire du Comité. Par lettre du 4 janvier 2010, le Secrétaire a informé les parties que le Comité avait désigné M. L. Yves Fortier en qualité de Président du Comité.

9. Le Comité a invité les parties à soumettre des observations écrites supplémentaires sur la question de la recevabilité et la suspension de l'exécution de la Sentence, suspension qui a été maintenue par le Comité le 21 janvier 2010 sur le fondement de l'article 52(5) de la Convention CIRDI. La possibilité a été également donnée aux parties d'exposer oralement leurs arguments sur ces questions au cours de la première session, qui s'est tenue à Paris le 29 janvier 2010. Les parties ont présenté des observations écrites supplémentaires sur la question de la recevabilité après la première session.
10. Au cours de la première session, les parties ont approuvé la désignation de Mme Renée Thériault d'Ogilvy Renault (tel que ce cabinet existait alors), collaboratrice du Président, en qualité d'assistante du Comité. Mme Thériault a cessé ses fonctions le 24 décembre 2011. Les parties se sont également mises d'accord sur les langues de la procédure : les Demanderesses soumettraient leurs conclusions en français et remettraient une traduction en espagnol dans un délai de 15 jours à compter de la soumission ; de son côté, la Défenderesse soumettrait ses conclusions en anglais et remettrait une traduction en espagnol dans un délai de 15 jours à compter de la soumission. Les parties sont convenues que toutes les décisions du Comité seraient rendues dans les trois langues officielles du Centre.
11. Le 4 mai 2010, le Comité *ad hoc* a rendu une Décision rejetant la Requête des Demanderesses tendant à faire déclarer irrecevable la Demande en annulation de la Sentence présentée par la République (la Décision a été transmise aux parties le 6 mai 2010).
12. Le 5 mai 2010, le Comité *ad hoc* a rendu une Décision sur la Demande de suspension de l'exécution de la Sentence présentée par la République du Chili, maintenant la

suspension de l'exécution de la Sentence jusqu'à ce qu'il ait statué sur la Demande en Annulation (la Décision a été transmise aux parties le 7 mai 2010).

13. Le 8 juin 2010, le Comité *ad hoc* a rendu l'Ordonnance de Procédure n° 1 relative au calendrier de la procédure pour la soumission par les parties de leurs conclusions. Conformément à ce calendrier, la République du Chili a soumis son mémoire sur l'annulation le 10 juin 2010 (« **Mém. Déf. Annul.** »). Víctor Pey Casado et la Fondation « Présidente Allende » ont soumis un contre-mémoire le 15 octobre 2010 (« **C-Mém. Dem. Annul.** »). Le Chili a soumis sa réponse le 22 décembre 2010 (« **Rép. Déf. Annul.** »). Víctor Pey Casado et la Fondation « Présidente Allende » ont soumis leur réplique le 28 février 2011 (« **Répl. Dem. Annul.** »).
14. Le 18 avril 2011, le Comité *ad hoc* a rendu l'Ordonnance de Procédure n° 2 relative à diverses questions de procédure, notamment le maintien des dates d'audience et la recevabilité des éléments de preuve ainsi qu'une demande aux parties de ne pas publier ni divulguer des documents sensibles relatifs à la procédure en annulation.
15. Le 5 mai 2011, le Comité *ad hoc* a rendu l'Ordonnance de Procédure n° 3 relative à des questions supplémentaires de procédure, notamment la confirmation des dates d'audience, la recevabilité des éléments de preuve et modifiant l'Ordonnance de Procédure n° 2.
16. Le 27 mai 2011, les parties ont soumis des Plans Détaillés de leurs arguments en vue de l'audience (« **Plan Dét. Arg. Dem. Pré-Audience** » et « **Plan Dét. Arg. Déf. Pré-Audience** »).
17. L'audience s'est tenue à Paris les 7 et 8 juin 2011.
18. Lors de la conclusion de l'audience, le Président a clôturé la phase orale de la procédure, et a indiqué que le Comité *ad hoc* informerait les parties par l'intermédiaire du Secrétariat lorsqu'il aurait rendu sa Décision.

19. Le Comité *ad hoc* a ensuite délibéré par divers moyens de communication, notamment lors de réunions tenues à Paris le 8 juin 2011 et le 29 septembre 2011. Le 23 juin 2012, conformément à l'article 28(2) du Règlement d'arbitrage, le Comité a invité les parties à soumettre un état de leurs frais respectifs au plus tard le 6 juillet 2012. Les Demanderesses l'ont soumis le 6 juillet 2012 et la République, avec l'autorisation du Comité, a soumis l'état de ses frais le 13 juillet 2012.
20. Le 23 juin 2012, l'instance a été déclarée close conformément aux articles 53 et 38(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. En vertu des articles 53 et 56 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, le Comité a par lettre du 21 octobre 2012 prorogé de 60 jours le délai pour rédiger et signer la Décision dans les trois langues officielles du Centre.

II. LE CONTEXTE HISTORIQUE ET LA PROCEDURE D'ARBITRAGE

21. Comme on le verra, cette procédure d'arbitrage dure depuis très longtemps. La situation factuelle comprend des événements qui s'étendent sur plus de quatre décennies et l'historique de la procédure devant le CIRDI a commencé en octobre 1997. La Sentence du Tribunal a été rendue le 8 mai 2008.
22. Le Chili, dans son Mémoire sur l'Annulation, a présenté un résumé de ce qu'il affirme constituer le contexte pertinent dans lequel s'inscrit sa contestation de la Sentence, y compris à la fois le contexte historique et le développement procédural de l'affaire. Ce résumé est, selon le Chili, incontesté par les parties, sauf indication contraire¹. Le Comité trouve ce résumé très utile pour replacer la Demande du Chili dans son contexte et, par conséquent, il le reproduit ci-après :

¹ Voir Mém. Déf. Annul., para. 18.

A. Le contexte historique

23. Le Chili résume la situation factuelle de son différend avec les Demanderesses dans les termes suivants². Le Comité reconnaît l'exactitude de ce résumé.

19. **Mr. Víctor Pey Casado** was born in Spain in 1915. He has been a **Spanish national** from birth and throughout his life. This issue was not in controversy in the arbitration, the principal disagreement between the parties being whether or not he had been a Chilean national on certain critical dates for ICSID jurisdictional purposes.

20. Mr. Pey **moved to Chile** at the age of 24, in 1939, and **resided in Chile** for 34 years until 1973. During that time he married a Chilean and had children in Chile. In 1958 he applied to obtain the **Chilean nationality by nationalization**, which was conferred upon him in December 1958.

21. In 1970, **Mr. Salvador Allende**, who was a friend of Mr. Pey, became President of Chile.

22. Throughout his decades of residence in Chile, Mr. Pey had had several different jobs, but in the early 70's he became associated with a **Chilean newspaper called "El Clarín."** This newspaper, which had been created and was owned for many years by a well-known figure in the Chilean media named **Darío Sainte-Marie**, was controlled by a company called **Consortio Periodístico y Publicitario, S.A. ("CPP")**, through a wholly owned subsidiary of CPP called **Empresa Periodística Clarín, Ltda. ("EPC")**.

23. "El Clarín" had a left-leaning political orientation and was one of the principal media supporters of President Allende, who was a socialist. Mr. Pey became a key figure in the **management of "El Clarín"** during the 1972-1973 time frame. (This too was not in dispute; rather, the main area of disagreement between the parties was whether Mr. Pey had ever been an *owner* of CPP).

24. The 1972-1973 time period was one of very intense political and ideological turmoil in Chile. On **11 September 1973**, President Allende was overthrown in a **coup d'état** led by General Augusto Pinochet. That same day, military troops occupied the **physical premises of "El Clarín,"** seizing papers located in Mr. Pey's office there. The property thereafter remained under complete control by the military (and was subsequently **confiscated formally by means of Decree No. 165 in 1975**).

² *Ibid.*, paras. 19-31.

25. Soon after the 1973 coup d'état, **Mr. Pey moved to Venezuela and thereafter to Spain**, where he resided until at least **1989**, which was the year of the **return of democracy in Chile** following 16 years of military government.

26. Upon his return to Chile, Mr. Pey applied for and obtained from the Chilean Government **benefits for returning Chilean political exiles**.

27. In **1991**, the **Chile-Spain bilateral investment treaty ("BIT")** was signed.

28. In **1994**, the **Chile-Spain BIT entered into force**.

29. In 1995, Mr. Pey filed in the First Civil Court in Santiago a request for compensation for the confiscation of a Goss printing machine that was on the "El Clarín" premises when the property was seized by the military. This claim is referred to hereinafter as "**the Goss machine case**."

30. On 23 July 1998, Chile promulgated **Law No. 19.568**, which was designed to compensate those persons who had suffered confiscations of property at the hands of the military government through an administrative process. After being informed of his right to recover under this law, in a letter dated **24 June 1999**, Mr. Pey expressly **waived his right to seek compensation under Law 19.568** for the expropriation of the CPP and EPC.

31. On **28 April 2000**, the Chilean Ministry of National Assets issued **Decision 43**, in which it authorized compensation to four individuals (or, as applicable, their heirs) for the expropriation of CPP and EPC, as such individuals had proven to the satisfaction of the Ministry to be the genuine owners of those companies. These individuals were: **Darío Sainte-Marie, Ramón Carrasco, Emilio González and Jorge Venegas**.

B. Historique de la procédure

24. Le résumé de la procédure d'arbitrage par le Chili est reproduit ci-dessous³. Le Comité reconnaît l'exactitude de ce résumé.

33. **Mr. Pey consented to ICSID arbitration** by means of a letter dated **2 October 1997**, addressed to the Chilean Government. This was the first of the two "critical dates" relevant to the ICSID Convention's nationality-related jurisdictional requirements for claimants who are natural persons (set forth in Article 25(2)(a)). Mr. Pey filed his **arbitration request** at ICSID on 7 November

³ *Ibid.*, paras. 33-45.

1997. The request was registered on 20 April 1998, which was the second critical date.

34. The **first Tribunal** was constituted with **Mr. Francisco Rezek** as President, **Mr. Mohammed Bedjaoui** (appointed by the Claimants) and **Mr. Jorge Witker** (appointed by Chile). Following a challenge to Mr. Witker by the Claimants, he resigned, and Chile named **Mr. Galo Leoro Franco** in his place.

35. **Between 1998 and 2000**, the parties held a round of **jurisdictional written pleadings and a jurisdictional hearing**. Only days after the Tribunal's deliberations had concluded, the Claimants submitted a letter dated **12 March 2001**, in which **Claimants asked Mr. Rezek to resign**, on the basis that he had improperly admitted into evidence certain documents submitted by Chile at the jurisdictional hearing (and therefore, according to the Claimants, out of time). **Mr. Rezek resigned the very next day, on 13 March 2001**. In his resignation letter, Mr. Rezek denied the Claimants' allegation but resigned anyway, invoking the "loss of confidence" in him by one of the Parties.

36. Mr. Rezek was succeeded by **Mr. Pierre Lalive**, who asked that an entirely new round of written submissions be made on the jurisdictional issues. This was done in the 2000-2001 timeframe. Also during that timeframe, the Claimants submitted a provisional measures request, asking the Tribunal to stay the execution of Decision 43. The request was rejected by the Tribunal in a **Provisional Measures Decision** dated **25 September 2001**, in part on the basis that Decision 43 could not affect the Claimants' rights since it did not involve the Claimants but rather third parties.

37. On **8 May 2002**, the Tribunal headed by Mr. Lalive issued its jurisdictional decision, in which it declined to rule on Chile's objections, and instead **joined the jurisdictional issues to the merits**. The merits phase thus was resumed as of that date.

38. Between January and April 2003 the parties exchanged written pleadings on jurisdiction and the merits, culminating in a **hearing on jurisdiction and merits held in Washington in May 2003**.

39. The Tribunal thereafter failed to issue its Award for well over two years. In **August 2005**, following certain reports made by Mr. Leoro Franco to a Chilean official (who was not involved in the arbitration) concerning irregularities in the Tribunal's deliberations, **Chile challenged all three arbitrators** on the Tribunal. On **26 August 2005**, **Mr. Leoro Franco resigned**, citing as a motive only the loss of confidence of one of the parties.

40. On **21 February 2006**, **Mr. Bedjaoui was disqualified** by ICSID (the first and only disqualification in ICSID history). Thereafter, the Claimants named **Mr. Mohammed Chemloul**. **Mr. Emmanuel Gaillard** was named as the third arbitrator (by ICSID, because Mr. Leoro's co-arbitrators had not accepted his

resignation, as a result of which under the applicable ICSID rules, the Centre designates the replacement of the resigning arbitrator). Thus, on **14 July 2006**, **the Tribunal was reconstituted**, with Messrs. Lalive (President), Chemloul, and Gaillard.

41. On **16 August 2006**, the Republic sent a letter to the Tribunal in which, in light of the Tribunal's constitution with two new members, it set forth a **request for new written submissions and a hearing on all issues** (both jurisdictional and merits-related). This request was rejected and prompted a series of exchanges between the parties and the Tribunal, the net result of which was a **complete rejection by the Tribunal of Chile's** proposal for new written submissions, and a decision to authorize only a jurisdictional hearing of limited scope, circumscribed to five specific jurisdictional questions circulated by the Tribunal to the parties. The Republic asked that the scope be broadened to other issues, but the Tribunal rejected that request as well. The **jurisdictional hearing** was held on **5-6 January 2007**, in Paris.

42. Almost a year and a half later, on **8 May 2008**, the Tribunal issued its Award.

43. On **2 June 2008**, the Claimants submitted a **Request for Revision** of the 8 May 2008 Award, invoking certain alleged new facts that in the Claimants' view justified having the Tribunal elevate the amount of the damages awarded to US\$ 797 million (up from the figure of over US\$ 500 million they had requested in their Arbitration Request, and from the revised figure of almost US\$ 400 million cited in their 2003 Counter-Memorial on the Merits and Jurisdiction).

44. On **5 September 2008**, the Republic filed its **Annulment Request**.

45. On **18 November 2009**, the Revision Proceeding Tribunal (composed of the same arbitrators as the panel that issued the Award) issued its **Revision Decision**, in which it denied the Claimants' request in its entirety, and moreover awarded costs to the Republic. [Caractères gras dans l'original]

III. LA SENTENCE DU TRIBUNAL

A. Les conclusions du Tribunal sur la compétence en ce qui concerne M. Pey Casado

(1) Investissement

25. Après un examen approfondi des éléments de preuve oraux et écrits ainsi que des arguments des parties, le Tribunal a conclu que M. Pey Casado a acquis, en 1972, l'intégralité des actions de Consorcio Periodístico y Publicitario S.A. (« CPP »), qui

détenait l'intégralité des actions de Empresa Periodística Clarín Ltda. (« **EPC** »), et que cette acquisition constituait un investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI.

26. Les conclusions pertinentes du Tribunal relatives à l'investissement de M. Pey Casado sont reprises ci-dessous :

180. [...] Après un examen attentif des arguments et des pièces soumises par les parties, le Tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des preuves, est parvenu à la conclusion que M. Pey Casado a acheté l'intégralité des actions de la société CPP S.A. au cours de l'année 1972. Cette conclusion repose sur trois éléments principaux que sont la conclusion de ce que les parties appellent les « *Protocoles d'Estoril* », complétés par ce qu'elles appellent le « *Document de Genève* », les versements effectués au profit de M. Darío Sainte Marie pour un montant total de 1,28 million USD et la remise à M. Pey Casado, en plusieurs paquets, des titres de la société accompagnés de leurs formulaires de transfert signés en blanc.

[...]

196. Au vu des éléments qui précèdent, le Tribunal est en mesure de conclure que M. Pey Casado a effectivement fait l'acquisition, pour la somme de 1,28 million USD, de la totalité des titres de la société CPP S.A., qui elle-même possédait l'intégralité du capital de la société EPC Ltda.

[...]

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

[...]

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

a) M. Pey Casado a en effet apporté ses propres capitaux afin d'acquérir les entreprises CPP S.A. et EPC Ltda. Il leur a également apporté son savoir-faire d'ingénieur et s'est impliqué dans la gestion du journal en assumant les fonctions de président du conseil d'administration de la société CPP S.A.

b) M. Pey Casado a effectué son investissement pour une durée indéterminée, au moins pour plusieurs années. Le fait que les titres des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda et leurs biens ait été saisis ne saurait sérieusement être invoqué[] pour conclure que la condition de durée n'est pas satisfaite en l'espèce.

c) Enfin, l'acquisition et l'exploitation d'un journal, certes largement diffusé, est une opération présentant certains risques, le secteur d'activité étant marqué[] d'une forte spécificité et le contexte économique et politique de l'époque étant incertain.

[...]

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

(2) Nationalité

27. Le Tribunal a ensuite examiné la question de savoir si, aux fins de l'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI, M. Pey Casado jouissait, aux deux « dates critiques » du 2 octobre 1997 et du 20 avril 1998, d'une double nationalité, à savoir la nationalité espagnole et la nationalité chilienne, puisque, si tel était le cas, il serait expressément exclu du champ d'application de la Convention CIRDI.

28. Après avoir résumé les questions débattues sur lesquelles il devait statuer, le Tribunal a déclaré :

252. [...] Les seules questions décisives en l'espèce sont celles de savoir si, aux dates critiques, il avait conservé la nationalité chilienne, comme le prétend la défenderesse dans son exception d'incompétence, ou si, comme l'opposent les parties demanderesses, il en avait été privé ou y avait renoncé valablement.

29. Le Tribunal a ensuite procédé à l'analyse du droit applicable à la question de la nationalité et a conclu :

260 [...] c'est en appliquant le droit chilien que doit être examinée la question de savoir si en l'espèce les autorités chiliennes ont, comme il est allégué par l'intéressé, privé M. Pey Casado de sa nationalité chilienne, ou bien, s'il s'avère que tel n'a pas été le cas, si M. Pey Casado a valablement renoncé à la nationalité chilienne.

30. Le Tribunal a ensuite examiné la question de savoir si M. Pey Casado avait été privé de sa nationalité chilienne ou s'il y avait renoncé avant les deux dates critiques. Le Tribunal a conclu que M. Pey Casado n'avait pas été privé de sa nationalité chilienne⁴.
31. Après avoir conclu que M. Pey Casado « demeurait double national espagnol/chilien jusqu'en 1997 »⁵, le Tribunal s'est intéressé à la question cruciale de savoir si « comme il l'a allégué, M. Pey Casado a valablement renoncé à sa nationalité chilienne par ses déclarations faites en 1997, ce qui est contesté par l'État défendeur »⁶.
32. Après un examen exhaustif du droit chilien sur cette question et une analyse des preuves des experts produits par les parties, le Tribunal a conclu :

307. De l'avis du Tribunal arbitral, la défenderesse n'est pas parvenue à apporter une démonstration convaincante de l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne, en l'absence de textes précis et de jurisprudence pertinente. [...]

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

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

⁴ Voir Sentence, para. 274.

⁵ *Ibid.*, para. 285.

⁶ *Ibid.*, para. 286 (soulignement dans la Sentence).

(3) Consentement

(i) Investissement au regard de l'API

33. Enfin, le Tribunal a cherché à déterminer si, aux termes de l'API Espagne / Chili, le Chili avait consenti à l'arbitrage de son différend avec M. Pey Casado.

34. Il s'en est suivi une longue discussion par le Tribunal des articles pertinents de l'API, en particulier des articles 1(2) et 2. Il a ensuite relevé :

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

369. L'article 2(2) précise que les investissements effectués antérieurement à l'entrée en vigueur de l'API ne bénéficieront de la protection de l'API que s'ils peuvent être qualifiés d'investissements étrangers au sens de la législation de l'État d'accueil. Le Tribunal estime que la législation à laquelle fait référence l'API est la législation chilienne en vigueur au moment auquel l'investissement est réalisé, c'est-à-dire en 1972.

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

35. Le Tribunal a ensuite considéré :

375. En l'espèce, les articles 1(2) et 2(2) ne posent pas de difficultés particulières d'interprétation. Le préambule, composé de trois brefs paragraphes et rédigés en termes très généraux, reflète essentiellement le souhait de créer des conditions favorables à l'investissement entre les deux États parties. Il est clair que ces trois paragraphes ne contiennent aucune disposition de fond susceptible de créer des conditions supplémentaires à l'octroi de la protection offerte par l'API. Si le Tribunal acceptait l'interprétation de la défenderesse, il consacrerait une interprétation particulièrement restrictive du terme investissement au sens des articles 1(2) et 2(2) de l'API allant contre la lettre et l'esprit du préambule. Une telle démarche serait de toute évidence contraire à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

[...]

379. Il est clair, en revanche, que les articles 1(2) et 2(2) de l'API exigent de l'investisseur qu'il effectue un investissement qui soit conforme à la législation chilienne en vigueur à l'époque et, s'agissant d'investissements existant au moment de l'entrée en vigueur du traité, qui puisse être qualifié d'investissement étranger au sens de cette législation.

36. Le Tribunal a ensuite présenté le dernier argument du Chili sur cette question :

380. La défenderesse a concentré son argumentation sur la Décision n°24 dont elle affirme qu'elle est entrée en vigueur au Chili le 30 juin 1971, qu'elle était applicable et effectivement appliquée et qu'elle n'a pas été respectée par l'investissement étranger que M. Pey Casado prétend avoir réalisé en 1972.

37. Le Tribunal a rejeté l'argument du Chili et a conclu de manière catégorique que l'investissement de M. Pey Casado répondait aux critères de l'API. Il a déclaré :

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

(ii) *Nationalité au regard de l'API*

38. Après s'être référé à la définition d'« investisseur » qui figure à l'article 1 de l'API, le Tribunal n'a eu aucune difficulté à conclure que M. Pey Casado « remplit la condition de la nationalité au sens de l'API »⁷.

⁷ *Ibid.*, para. 418.

39. Auparavant, le Tribunal avait conclu :

416. Dans le cas d'espèce, il suffit pour M. Pey Casado de démontrer qu'il possédait la nationalité espagnole au moment de l'acceptation de la compétence du tribunal arbitral sur le fondement de l'API et, pour bénéficier de la protection de fond du traité, au moment de la ou des violations alléguées de l'API. Comme on l'a vu dans les développements qui précèdent, cette condition est satisfaite.

(iii) *Compétence « ratione temporis » au regard de l'API*

40. Le Tribunal a confirmé que l'investissement effectué par l'investisseur en 1972 au Chili « est couvert par l'API »⁸ conformément à l'article 2(2).

41. Le Tribunal a ensuite examiné si les trois différends étaient nés après l'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994. Selon l'investisseur, le premier différend est survenu en 1995, le second en 2000 et le troisième en 2002.

42. À son tour, le Tribunal, après avoir examiné les éléments de preuve et s'être référé aux affaires précédentes du CIRDI relatives à la question de la détermination de la date à laquelle un différend se cristallise afin d'évaluer si ce différend est couvert par un API prévoyant le consentement à la compétence du CIRDI, a affirmé que les trois différends s'étaient cristallisés après l'entrée en vigueur de l'API et qu'il était donc compétent « *ratione temporis* ». Il a observé :

446. Le Tribunal en conclut que le différend est né après l'entrée [en] vigueur du Traité, les parties n'ayant pas exprimé et opposé leurs différences de vues avant l'année 1995. Les demanderesses ont précisé à plusieurs reprises qu'il fallait distinguer le différend et les faits à l'origine du différend. Le Tribunal partage cette analyse. Comme l'a récemment rappelé le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Duke Energy*, « *What is decisive of the Tribunal's jurisdiction ratione temporis is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place.*

⁸ *Ibid.*, para. 432.

[...]

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

[...]

464. Le Tribunal estime que le dernier différend entre les parties, s'est cristallisé au cours de la période 2002-2003. Avec l'introduction de leur demande complémentaire le 4 novembre 2002, les demanderesses ont, pour la première fois dans cette procédure, reproché à l'État chilien un déni de justice et ainsi formulé une réclamation. C'est en demandant au Tribunal arbitral dans son mémoire du 3 février 2003 de rejeter la demande complémentaire des demanderesses que la défenderesse a confirmé l'existence d'un différend sur la question du déni de justice.

(iv) *La disposition relative à l'option irrévocable (fork-in-the-road) de l'API*

43. En ce qui concerne sa compétence à l'égard de M. Pey Casado, il restait au Tribunal à déterminer si l'investisseur, au vu de l'article 10 de l'API, avait contrevenu à cette disposition relative à l'option irrévocable (*fork-in-the-road*) en engageant une action devant les tribunaux du Chili.
44. Le Tribunal a ensuite rappelé le critère de la triple identité et a conclu de manière catégorique :

486. Si l'un des trois éléments de la triple identité rappelée ci-dessus fait défaut, la clause d'option irrévocable ne peut être appliquée. Or, cette triple identité n'a jamais existé dans la présente affaire.

(v) *Conclusion*

45. Le Tribunal a donc rejeté l'exception d'incompétence à l'égard de M. Pey Casado soulevée par le Chili. Il a déclaré, en conclusion :

500. Dès lors, le Tribunal arbitral ne peut que rejeter l'exception qui a été soulevée par la défenderesse et admettre sa compétence pour statuer sur le fond du litige pour ce qui concerne la première partie demanderesse, M. Pey Casado.

B. Les conclusions du Tribunal sur la compétence en ce qui concerne la Fondation

(1) Investissement

46. Le Tribunal a d'abord rappelé que la « *Fundación Presidente Allende* » avait été constituée le 6 octobre 1989 par M. Pey Casado, selon le droit espagnol, et qu'elle avait son siège en Espagne.

47. Après avoir examiné les éléments de preuve, le Tribunal a conclu que :

525. De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation a démontré qu'elle était en possession de 90% des actions de CPP S.A., qui lui ont été transmises par M. Pey Casado au moyen d'écritures passées entre le 6 octobre 1989 et le 27 mai 1990. Cette transmission a été parfaite à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture, le 27 avril 1990.

48. La Fondation a donc acquis le statut d'investisseur au regard de l'API⁹.

(2) Nationalité

49. Le Tribunal n'a eu aucune hésitation à conclure que « ... la Fondation Presidente Allende, étant incorporée et ayant son siège en Espagne, remplit à l'évidence la condition de la nationalité au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI »¹⁰.

⁹ Voir Sentence, para. 543.

¹⁰ *Ibid.*, para. 550.

(3) Consentement

50. Le Tribunal a également conclu que « ... il est clair que la Fondation Presidente Allende a consenti à l'arbitrage (à l'exclusion de ce qui concernait la rotative Goss) le 6 octobre 1997 »¹¹.

C. L'API

(1) Investissement

51. Après s'être référé à l'article 1(2) de l'API et s'être fondé sur la sentence du tribunal dans l'affaire *CME Czech Republic B.V. c. la République tchèque*¹², le Tribunal a conclu que la Fondation « satisfait la condition d'investissement au sens de l'API »¹³.

(2) Nationalité

52. Le Tribunal s'est référé à la définition d'« investisseur » qui figure à l'article 1(1) de l'API et a conclu que la Fondation avait la nationalité espagnole.

(3) Compétence *ratione temporis* au regard de l'API

53. Le Tribunal a estimé que la conclusion à laquelle il était parvenu quant à sa compétence *ratione temporis* pour connaître des différends soulevés par M. Pey Casado s'appliquait également à sa compétence à l'égard de la Fondation. Il a déclaré :

567. Pour ces raisons, le Tribunal estime que les conclusions auxquelles il est arrivé quant à sa compétence *ratione temporis* pour connaître des demandes de M. Pey Casado s'appliquent également aux demandes faites par la Fondation Presidente Allende et qu'il est donc compétent *ratione temporis* pour connaître des trois différends invoqués par la Fondation Presidente Allende.

¹¹ *Ibid.*, para. 553.

¹² *CME Czech Republic B.V. c. la République tchèque*, Sentence CNUDCI en date du 14 mars 2003.

¹³ Voir Sentence, para. 560.

(4) Conclusion

54. Le Tribunal a donc rejeté l'exception d'incompétence à l'égard de la « *Fundación Presidente Allende* » soulevée par le Chili dans les termes suivants :

568. En résumé, la seconde partie demanderesse a établi, aux yeux du Tribunal arbitral, qu'elle remplissait bien les conditions posées pour la compétence tant par l'article 25 de la Convention CIRDI que par l'API. Il en résulte dès lors que le Tribunal arbitral est compétent pour statuer sur le fond du litige pour ce qui concerne la deuxième partie demanderesse, la Fondation Presidente Allende.

D. Les conclusions du Tribunal sur les violations de l'API

(1) Application de l'API *ratione temporis*

55. Les Demanderesses ont fait valoir devant le Tribunal que : « L'application combinée des paragraphes 2.2 et 2.3 permettrait de conclure que '*le Traité [l'API] peut s'appliquer à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité*' car l'API ne contient '*aucune date butoir excluant de son champ d'application des faits (actes de dépossession) à l'origine d'une controverse*'. Dès lors qu'une controverse est née entre les parties en 1995, postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, les dispositions de fond de ce dernier sont applicables à des faits antérieurs à son entrée en vigueur »¹⁴.
56. Après un examen approfondi des faits pertinents, de divers décrets chiliens et décisions ministérielles chiliennes ainsi que des arguments des parties, le Tribunal a conclu de la manière suivante :

600. Après examen des faits et des prétentions des parties, le Tribunal est parvenu à la conclusion que l'expropriation résultant du Décret n°165 ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API. En revanche, les dispositions de fond de l'API sont applicables *ratione temporis* à la violation résultant de la Décision n°43 et au

¹⁴ *Ibid.*, para. 578.

déni de justice allégué par les demandresses, ces actes étant postérieurs à l'entrée en vigueur du traité.

(2) Déni de justice et traitement juste et équitable

57. Le raisonnement et la conclusion du Tribunal en ce qui concerne la violation par le Chili de l'article 4 de l'API sont bien illustrés par les paragraphes suivants de la Sentence. Le Comité les reprend *in extenso* :

653. La question se pose en particulier de savoir si le comportement des autorités chiliennes, législatives, administratives et judiciaires, peut ou non être considéré comme constituant un « déni de justice » et une violation du devoir d'accorder à l'investissement étranger une protection suffisante, soit plus précisément, un « traitement *juste et équitable* » au sens de l'article 4 (1) de l'API ainsi conçu :

« Chaque Partie garantira dans son territoire, en accord avec sa législation nationale, un traitement juste et équitable aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie, sous des conditions non moins favorables que pour ses investisseurs nationaux ».

[...]

658. Dans le contexte spécifique du présent litige, tel qu'il a été résumé dans la présente sentence dans sa partie Faits et dans les considérations juridiques qui précèdent, l'application de la notion de « déni de justice » et celle de l'obligation de « traitement *juste et équitable* » n'appellent pas de longue analyse. Elles se laissent résumer à deux questions relativement simples :

- La première est celle de savoir si l'absence de toute décision par les juridictions chiliennes pendant une période de sept années (1995-2002), d'une part, et l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice.
- La seconde est celle de savoir si les investissements reconnus par le Tribunal arbitral comme ayant été faits par M. Pey Casado ont bénéficiés du « traitement *juste et équitable* » prescrit par l'API.

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

665. Sur la seconde question, celle de savoir si les investissements des demandresses ont bénéficié d'un traitement juste et équitable, une réponse négative s'impose de l'avis du Tribunal arbitral, compte tenu des conclusions

auxquelles il est parvenu précédemment aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique. En bref, il s'agit de la conclusion selon laquelle M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne.

[...]

674. Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable.

E. L'évaluation des dommages par le Tribunal

58. En ce qui concerne l'évaluation par le Tribunal des dommages subis par les Demanderesses, le Tribunal part du principe selon lequel, étant donné que, dans sa Décision n° 43, le Chili avait déjà fixé le montant des dommages-intérêts qu'il devait verser aux personnes dont il avait exproprié les biens, « l'existence même de dommages résultant de la confiscation n'appelle aucune analyse particulière »¹⁵.
59. Le Tribunal a ensuite rappelé que les Demanderesses cherchaient à obtenir de la Défenderesse un montant de 52.842.081 USD au titre du « *damnum emergens* » et un montant de 344.505.593 USD au titre du « *lucrum cessans* », ainsi que des dommages-intérêts non quantifiés au titre du dommage moral subi par M. Pey Casado¹⁶.
60. Suivent alors sept paragraphes que le Comité estime devoir reproduire *in extenso* en raison, ainsi qu'on le verra ultérieurement, de la conclusion à laquelle il est parvenu en ce

¹⁵ *Ibid.*, para. 680.

¹⁶ *Ibid.*, para. 683.

qui concerne la violation par le Tribunal, dans son évaluation des dommages, de deux des motifs énoncés à l'article 52 de la Convention CIRDI :

689. Dans l'exercice de son droit et pouvoir d'appréciation des preuves, le Tribunal arbitral ne peut que constater que les demanderesses n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve convaincante, ni par pièces, ni par témoignage, ni par expertise, des importants dommages allégués et causés par les faits relevant de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral, et cela qu'il s'agisse du *damnum emergens*, du *lucrum cessans*, ou encore d'un dommage moral - la simple vraisemblance d'un dommage dans les circonstances concrètes de l'espèce ne suffisant évidemment pas.

[...]

691. Il est clair aussi, quoi qu'il en soit, que tout recours à une expertise, l'expérience arbitrale le montre, est en soi généralement de nature à augmenter, parfois fortement, la durée et les coûts d'un arbitrage. En tout état de cause, le Tribunal arbitral est conscient de son devoir de mettre un terme, dès que l'état du dossier le permet, à une procédure d'une durée qui, dépassant la moyenne, a été allongée, ainsi qu'on l'a vu, pour des raisons diverses, dont la complexité inhabituelle des questions litigieuses et l'attitude même des parties.

692. En l'absence de preuves convaincantes apportées par les demanderesses et le recours à une ou plusieurs expertises devant être exclu, le Tribunal arbitral est cependant en mesure de procéder à une évaluation du dommage à l'aide d'éléments objectifs dès lors que, selon les données incontestées résultant du dossier, les autorités chiliennes elles-mêmes, à la suite de la Décision n° 43, ont fixé le montant de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à une indemnisation.

693. Il convient de rappeler dans ce contexte que le préjudice à indemniser n'est pas celui souffert à la suite de l'expropriation (demande qui n'est pas couverte par les dispositions de fond de l'API), mais celui souffert en raison des violations de l'API que le Tribunal arbitral a constatées et à propos desquelles il est compétent pour rendre une décision. Notamment, l'indemnisation doit servir à mettre les demanderesses dans la position dans laquelle elles seraient si les violations en question n'avaient pas eu lieu, c'est-à-dire si, dans la Décision n°43, les autorités chiliennes avaient indemnisé les demanderesses, et non pas des tierces personnes non-propriétaires des biens en question. Dans cette hypothèse, les autorités chiliennes auraient accordé le montant d'indemnisation qu'elles ont accordé en vertu de la Décision n°43 aux demanderesses dans la présente instance, celles-ci étant, le Tribunal arbitral l'a constaté, les véritables propriétaires des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Par conséquent, c'est le montant payé comme indemnisation en vertu de la Décision n°43 qui correspond au préjudice souffert par les demanderesses.

694. L'indemnisation décidée par la Décision n°43 du 28 avril 2000 a été alloué[e] par le Ministère des Biens Nationaux en vertu des décrets d'indemnisation n° 76-79, en date du 11 avril 2002. Il s'agit d'un montant global d'indemnisation de USD 10 millions, bien que le montant exact soit contesté entre les parties.

695. La demanderesse a communiqué, par une lettre en date du 19 juillet 2007, au Tribunal les documents qui, selon elle[], lui permettent de connaître les montants précis alloués aux bénéficiaires de la Décision n°43 adoptée par [le] Ministère chilien des biens nationaux le 28 avril 2000 et des décrets n°76-79.

61. En conclusion, le Tribunal a fixé les dommages-intérêts dus par la Défenderesse aux Demanderessees à 10.132.690,18 USD ¹⁷.

62. Dans son dispositif, le Tribunal a décidé ce qui suit :

1. décide qu'il est compétent pour connaître du litige entre les demanderessees et la République du Chili ;

2. constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderessees d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ;

3. constate que les demanderessees ont droit à compensation ;

4. ordonne à la République du Chili de payer aux demanderessees le montant de USD 10.132.690,18, portant intérêt au taux de 5%, composé annuellement, à compter du 11 avril 2002 jusqu'à la date d'envoi de la présente sentence ;

5. met à la charge de la défenderesse une contribution aux frais et dépens exposés par les demanderessees, d'un montant de USD 2.000.000,- (deux millions) ;

6. décide que les frais de procédure seront supportés par les parties dans la proportion de : 3/4 du montant total (soit USD 3.136.893,34) pour la défenderesse et 1/4 du montant total (soit 1.045.631,11) pour les demanderessees ;

¹⁷ *Ibid.*, para. 702.

ordonne en conséquence à la défenderesse de payer aux demandresses la somme de USD 1.045.579,35 ;

7. ordonne à la République du Chili de procéder au paiement dans un délai de 90 jours à compter de la date d'envoi de la présente sentence, des sommes figurant dans le présent dispositif (points 4, 5 et 6), faute de quoi le montant portera intérêts composés annuellement au taux de 5%, à compter de la date d'envoi de la présente sentence jusqu'à celle du parfait paiement ;

8. rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

IV. NORMES JURIDIQUES

63. Les trois motifs spécifiques sur le fondement desquels le Chili demande l'annulation de la Sentence, conformément à l'article 52(1) de la Convention CIRDI sont les suivants :

Article 52

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :

- (a) [...]
- (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;
- (c) [...]
- (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;
- (e) défaut de motifs.

64. Le Comité va maintenant examiner brièvement ces normes telles qu'elles ont été interprétées par plusieurs comités *ad hoc*, et dont on peut dire que pour la plupart ils s'entendent. Le Comité examinera et analysera ensuite chacun des motifs d'annulation invoqués par le Chili¹⁸ au regard des onze points qu'il a identifiés.

¹⁸ Le Comité note qu'il est également saisi d'une demande en annulation du paragraphe 8 du dispositif de la Sentence présentée par les Demandresses.

B. Excès de pouvoir manifeste

65. Le motif d'annulation fondé sur l'excès de pouvoir manifeste est prévu par l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI. Comme l'ont expliqué les commentateurs, ce motif a pour objet de veiller, notamment, à ce que les tribunaux n'excèdent pas leur compétence, ni n'omettent d'appliquer la loi convenue entre les parties¹⁹. Indépendamment de la méthodologie suivie, un comité d'annulation doit examiner si le tribunal a excédé l'étendue de ses pouvoirs et si cet excès est manifeste. Comme l'a relevé le comité dans *CDC c. Seychelles*²⁰ :

A tribunal (1) must do something in excess of its powers and (2) that excess must be "manifest." It is a dual requirement.

66. En ce qui concerne l'excès de pouvoir, les deux parties conviennent qu'un tribunal peut excéder ses pouvoirs de deux manières : (i) en exerçant sa compétence de manière inappropriée (ou en n'exerçant pas sa compétence) ; et (ii) en n'appliquant pas le droit approprié²¹. S'agissant du défaut d'application du droit approprié, les parties conviennent qu'il existe une distinction importante entre le fait de ne pas appliquer le droit approprié, qui constitue un motif d'annulation, et une application incorrecte ou erronée de ce droit, qui ne constitue pas un motif d'annulation. Le Comité est d'accord. Comme l'a expliqué le comité *ad hoc* dans *Amco I*²² :

The law applied by the Tribunal will be examined by the *ad hoc* Committee, not for the purpose of scrutinizing whether the Tribunal committed errors in the interpretation of the requirements of applicable law or in the ascertainment or

¹⁹ Voir Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009) Art. 52, paras. 132 – 133 (ci-après « *Commentaire Schreuer Art. 52* »).

²⁰ *CDC Group PLC c. Seychelles*, Affaire CIRDI ARB/02/14, Décision sur l'annulation en date du 29 juin 2005, para. 39 (ci-après « *Décision CDC* »).

²¹ Voir Mém. Déf. Annul., paras. 400-402 ; C-Mém. Dem. Annul., paras. 216 et 389.

²² *Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. et P.T. Amco Indonesia c. la République d'Indonésie*, Affaire CIRDI ARB/81/1, Décision sur l'annulation en date du 16 mai 1986, para. 23 (ci-après « *Décision Amco I* »).

evaluation of the relevant facts to which such law has been applied. Such scrutiny is properly the task of a court of appeals, which the *ad hoc* Committee is not. The *ad hoc* Committee will limit itself to determining whether the Tribunal did in fact apply the law it was bound to apply to the dispute. Failure to apply such law, as distinguished from mere misconstruction of that law, would constitute a manifest excess of powers on the part of the Tribunal and a ground for nullity under Article 52(1)(b) of the Convention. The *ad hoc* Committee has approached this task with caution, distinguishing failure to apply the applicable law as a ground for annulment and misinterpretation of the applicable law as a ground for appeal.

67. Le Comité note que le Chili soutient également que, dans certaines circonstances, une mauvaise application du droit, même si le droit approprié a bien été identifié, peut être si grave qu'en pratique, elle constitue une inapplication du droit approprié²³. À l'appui de sa prétention, le Chili se réfère aux décisions de plusieurs comités, notamment *Soufraki*, *Amco II*, *Vivendi II*, *MTD* et *Sempra*²⁴.
68. La Défenderesse avance également que la bonne application d'un droit national exige du tribunal qu'il interprète ce droit de la manière dont il est interprété par les tribunaux de la nation concernée, ainsi que par la doctrine et les autorités de cette nation²⁵. À cet égard, le Comité est d'accord avec la nuance introduite par le Comité *ad hoc* dans *Soufraki*²⁶ :

It is the view of the Committee that the Tribunal had to strive to apply the law as interpreted by the State's highest court, and in harmony with its interpretative

²³ Voir Tr. Annulation [1] [38:2-16] (Ang.) ; [16:31-37] (Fr.) ; [40:22-41:5] (Esp.).

²⁴ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 253-255 ; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirats arabes unis*, Affaire CIRDI ARB/02/7, Décision sur la demande en annulation en date du 5 juin 2007 (ci-après « *Décision Soufraki* ») ; *Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. et P.T. Amco Indonesia c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI ARB/81/1, Seconde décision sur l'annulation en date du 17 décembre 1992 (ci-après « *Décision Amco II* ») ; *MTD Equity Sdn. Bhd et MTD Chile S.A. c. République du Chili*, Affaire CIRDI ARB/01/7, Décision sur l'annulation en date du 21 mars 2007 (ci-après « *Décision MTD* ») ; *Sempra Energy International c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/02/16, Décision sur l'annulation en date du 29 juin 2010 ; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/97/3, Seconde décision sur l'annulation en date du 10 août 2010.

²⁵ Voir Mém. Déf. Annul., paras. 415-418.

²⁶ *Décision Soufraki*, para. 97.

(that is, its executive and administrative) authorities. This does not mean that, if an ICSID tribunal commits errors in the interpretation or application of the law, while in the process of striving to apply the relevant law in good faith, those errors would necessarily constitute a ground for annulment.

69. Les parties sont en désaccord quant à la signification et à la portée du terme « manifeste ». Selon les Demanderesses, l'excès par le tribunal de ses pouvoirs doit être d'une telle évidence qu'il ne nécessite pas une analyse de la sentence²⁷. Pour la Défenderesse, le terme « manifeste » peut signifier soit « évident », soit « substantiel », et la preuve de l'existence d'un excès de pouvoir peut nécessiter une analyse détaillée de questions complexes de fait et de droit. Ce processus ne signifie pas en soi qu'un excès n'est pas manifeste²⁸.
70. Le Comité est d'accord avec la Défenderesse sur le fait qu'une argumentation et une analyse approfondies n'excluent pas la possibilité de conclure qu'il existe un excès de pouvoir manifeste, dès lors qu'il est suffisamment clair et grave. En outre, le Comité est de l'avis qu'il doit exercer un contrôle du caractère soutenable de l'approche du tribunal. Il est d'accord avec le comité dans *Klöckner I*²⁹ :

It is possible to have different opinions on these delicate questions, or even, as do the Applicant for Annulment or the Dissenting Opinion, to consider the Tribunal's answers to them not very convincing, or inadequate. But since the answers seem tenable and not arbitrary, *they do not constitute the manifest excess of powers* which alone would justify annulment under Article 52(1)(b). In any case, the doubt or uncertainty that may have persisted in this regard throughout the long preceding analysis should be resolved "*in favorem validitatis sententiae*" and lead to rejection of the alleged complaint.

²⁷ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 224-225.

²⁸ Voir Mém. Déf. Annul., para. 412 ; Rép. Déf. Annul., para. 252.

²⁹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. la République unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais S.A.*, Affaire CIRDI ARB/81/2, Décision sur l'annulation en date du 3 mai 1985, para. 52(e) (ci-après « *Décision Klöckner I* »).

C. Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

71. Le deuxième motif d'annulation de la Sentence invoqué par le Chili dans sa Demande en annulation est qu'il y a eu une inobservation grave de certaines règles fondamentales de procédure, comme le prévoit l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI. Le Comité note que les parties sont d'accord sur la signification de cette disposition, mais sont en désaccord sur les conséquences de son application à l'espèce.
72. Le Comité est d'accord avec le Chili sur le fait que ce motif d'annulation comporte trois éléments : (i) la règle de procédure doit être fondamentale ; (ii) le Tribunal doit y avoir contrevenu ; et (iii) cette inobservation doit être grave.³⁰
73. Les règles fondamentales de procédure sont les règles de procédure qui sont essentielles à l'intégrité du processus arbitral et qui doivent être observées par l'ensemble des tribunaux CIRDI. Les parties sont d'accord sur le fait que ces règles comprennent le principe du contradictoire, le traitement juste et équitable des parties, une répartition appropriée de la charge de la preuve et l'absence de partialité.
74. Le second critère exige que le Comité examine l'intégralité du dossier, notamment les transcriptions et la Sentence, afin de déterminer si le Tribunal a violé ou non la règle en question.
75. Le troisième critère est lié à la gravité de l'inobservation. Ici, le Comité note qu'il existe un désaccord significatif entre les parties quant à la manière dont la gravité de la violation doit être déterminée.

³⁰ Voir Tr. Annulation [1] [pp. 22-23] (Ang.) ; [pp. 10-11] (Fr.) ; [pp. 25 – 26] (Esp.).

76. Le Comité observe qu'il existe deux séries de précédents relatifs à cette condition importante. Ils ont été bien résumés par la Défenderesse lors de l'audience sur l'Annulation³¹ :

- Certains comités ont regardé l'importance du droit en jeu. Si le droit est fondamental ou important, le fait d'en être privé est susceptible de porter atteinte à la légitimité ou l'intégrité du processus arbitral. Par conséquent, selon ces comités, la violation d'un tel droit mérite réparation. Ainsi que l'ont relevé certains commentateurs et comités, « the departure must be more than minimal »³² ou « must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide »³³.
- D'autres comités ont relevé que la règle fondamentale doit être relative à une question déterminante pour le résultat. Dans l'affaire *Wena*, le comité a estimé que « the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed »³⁴.

77. Les parties ne sont pas d'accord sur la nature de la conséquence de l'inobservation sur la sentence. Les Demanderesses soutiennent qu'une partie requérante doit prouver que le non-respect d'une règle fondamentale de procédure a bien conduit le Tribunal à un résultat différent de celui auquel il serait parvenu si la règle avait été observée. La

³¹ Voir Tr. Annulation [1] [35:1-19] (Ang.) ; [15:26-37] (Fr.) ; [38:1-18] (Esp.).

³² Voir *Commentaire Schreuer Art. 52*, para. 287.

³³ Voir *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, Affaire CIRDI ARB/84/4, Décision sur l'annulation en date du 2 décembre 1989, para. 5.05 (ci-après « *Décision MINE* ») ; *Décision Amco II*, paras. 9.09 - 9.10 ; *Décision CDC*, para. 49.

³⁴ Voir *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI ARB/98/4, Décision sur l'annulation en date du 5 février 2002, para. 58 (ci-après « *Décision Wena* ») ; *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Affaire CIRDI ARB/01/10, Décision sur l'annulation en date du 8 janvier 2007, para. 81 ; *Décision CDC*, para. 49.

Défenderesse est d'un avis différent et avance que prouver d'une manière qui ne laisse la place à aucun doute que le Tribunal aurait modifié sa sentence impose un obstacle insurmontable qui ignore la valeur inhérente de la règle elle-même³⁵. Elle conclut qu'il appartient au Comité de rechercher si, dans le cas où la règle aurait été observée, il existe une possibilité distincte (une « chance ») que cela ait pu faire une différence quant à une question cruciale.

78. Le Comité souscrit à l'opinion de la Défenderesse. La partie requérante n'est pas tenue de démontrer que le résultat aurait été différent, ni qu'elle aurait gagné l'affaire, si la règle avait été respectée. Le Comité note en fait que, dans *Wena*, le comité a déclaré que la partie requérante doit démontrer « the impact that the issue may have had on the award »³⁶. Le Comité est d'accord sur le fait que c'est précisément de cette manière que la gravité de l'inobservation doit être analysée.
79. Les parties ont également évoqué la question de savoir si un comité peut, à sa discrétion, refuser d'annuler une sentence même dans le cas où il estime que le tribunal a commis une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure³⁷. Un examen par le Comité de décisions récentes rendues par d'autres comités *ad hoc* révèle que beaucoup d'entre eux ont conclu qu'ils disposaient d'une certaine liberté d'appréciation pour refuser d'annuler une sentence même dans le cas où un motif d'annulation est établi, à condition qu'un tel motif n'ait aucune conséquence pratique³⁸. Cependant, certains comités ont exprimé l'avis selon lequel un tel raisonnement ne s'applique pas à l'article

³⁵ Voir Tr. Annulation [1] [30:11-31:7] (Ang.) ; [14:9-19] (Fr.) ; [33:11-34:4] (Esp.).

³⁶ Voir *Décision Wena*, para. 61.

³⁷ Voir Mém. Déf. Annul., para 86 ; Rép. Déf. Annul., paras. 41-42 ; Répl. Dem. Annul., para. 33.

³⁸ Voir *Décision Wena* ; *Décision CDC* ; *Décision Soufraki* ; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. la République argentine*, Affaire CIRDI ARB/97/3, Décision sur l'annulation en date du 3 juillet 2002 (ci-après « *Décision Vivendi I* ») ; *Patrick Mitchell c. la République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI ARB/99/7, Décision sur l'annulation en date du 1^{er} novembre 2006 (ci-après « *Décision Mitchell* »).

52(1)(d) dans la mesure où la condition d'une inobservation « grave » renferme déjà en elle-même le caractère substantiel de l'impact. Par conséquent, si un tel motif est démontré, il entraîne une annulation *ipso facto*³⁹.

80. De l'avis du Comité, il ne dispose d'aucune liberté d'appréciation pour refuser d'annuler une sentence si une inobservation grave d'une règle fondamentale est démontrée. Le Comité exerce son pouvoir de libre appréciation lorsqu'il détermine si l'inobservation était grave ou non. L'examen de la gravité de l'inobservation implique un examen de la gravité de l'acte concerné, c'est-à-dire la privation du droit légal protégé par la règle, ainsi qu'un examen de la gravité de la conséquence ou de l'impact de l'inobservation. La libre appréciation du Comité réside dans l'évaluation de l'impact. L'impact sera très probablement significatif et requerra une annulation si l'inobservation affecte le droit légal des parties en ce qui concerne une question déterminante pour le résultat. En d'autres termes, une constatation selon laquelle, si la règle avait été observée, le tribunal aurait pu parvenir à une conclusion différente. Cependant, comme indiqué ci-dessus, le Comité ne considère pas qu'une requérante est tenue de prouver que le tribunal aurait nécessairement modifié sa conclusion si la règle avait été observée. Cela impliquerait qu'un comité entre dans le domaine de la spéculation, ce qu'il ne doit pas faire. Le Comité commencera donc par chercher à déterminer s'il y a eu une inobservation d'une règle fondamentale de procédure et, dans l'affirmative, il examinera ensuite l'impact de la violation pour déterminer si elle est grave ou non.
81. Il reste au Comité à examiner la question d'une possible renonciation au droit d'invoquer un tel motif, que les deux parties ont débattue⁴⁰.

³⁹ Voir *Décision CDC ; Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri c. la République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI ARB/05/16, Décision sur l'annulation en date du 25 mars 2010 (ci-après « *Décision Rumeli* »).

82. Conformément aux articles 27 et 53 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, une partie peut perdre son droit d'objecter sur le fondement d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure si elle s'est abstenue de faire valoir son objection à la procédure du tribunal dès qu'elle en a pris connaissance, ou « promptement », comme mentionné dans l'article 27. Il est clair qu'une telle « renonciation » ne peut être déclenchée que si la requérante savait que le tribunal, du fait de sa conduite, ne s'était pas conformé à la règle et qu'elle avait ainsi une possibilité raisonnable de faire valoir son objection. Si la partie qui objecte a pris connaissance, effectivement ou implicitement, de la violation d'une règle seulement après que la sentence a été portée à la connaissance des parties, elle ne peut pas être considérée comme ayant renoncé à son droit d'objection.

D. Défaut de motifs

83. Le premier comité d'annulation dans l'affaire *Vivendi* a commenté ce motif dans les termes suivants :

[I]t is well accepted both in the cases and the literature that Article 52(1)(e) concerns a failure to state *any* reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons [...] 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 modes 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 a clear case. This entails two conditions: first, the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in any expressed rationale; and second, that point must itself be necessary to the tribunal's decision. It is frequently said that contradictory reasons cancel each other out, and indeed, if reasons are genuinely contradictory so they might. However, tribunals must often struggle to balance conflicting considerations, and an *ad hoc* committee should be careful not to discern contradiction when what is actually

⁴⁰ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 38-40 ; remarques des Demanderesses lors de l'audience sur l'annulation, Tr. Annulation [1] [199:16-200:20] (Ang.) ; [82:38-83:20] (Fr.) ; [216:14-217:21] (Esp.).

expressed in a tribunal's reasons could more truly be said to be but a reflection of such conflicting considerations.⁴¹

84. Des comités dans d'autres cas d'annulation ont exprimé des avis similaires⁴².
85. Le Comité souscrit à l'interprétation de cette norme énoncée par le premier comité d'annulation dans l'affaire *Vivendi*. En outre, les parties semblent avoir accepté ces critères. Cependant, elles sont en désaccord sur la manière de traiter des motifs incohérents ou contradictoires. Tandis que la Défenderesse soutient que des explications incohérentes, contradictoires ou futiles sur des points déterminants pour le résultat constituent un défaut de motifs, les Demanderesses avancent que seul un défaut de motifs qui est manifeste peut conduire à l'annulation d'une sentence. En d'autres termes, seules (i) une absence totale de motivation ou (ii) des raisons manifestement futiles ou contradictoires sont susceptibles de constituer une erreur annulable⁴³.
86. Le Comité estime que, dès lors qu'il n'existe aucun fondement exprès pour étayer les conclusions sur un point crucial ou déterminant pour le résultat, l'annulation doit être prononcée, que le défaut de fondement soit dû à une absence totale de motivation ou soit le résultat d'explications futiles ou contradictoires.

E. Étendue de l'annulation

87. Comme l'ont relevé plusieurs comités, l'annulation est distincte de l'appel. Le pouvoir de contrôle est limité aux motifs d'annulation énoncés à l'article 52(1) de la Convention CIRDI⁴⁴. Dans l'affaire *Soufraki*, le comité a fait observer que⁴⁵ :

⁴¹ Voir *Décision Vivendi I*, paras. 64-65.

⁴² Voir *Décision Amco I*, paras. 38-44 ; *Décision MINE*, paras. 5.07-5.13 ; *Décision Amco II*, paras. 7.55-7.57 ; *Décision Wena*, paras. 77-82 ; *Décision CDC*, paras. 66-72 ; *Décision Mitchell*, para. 21.

⁴³ Voir Tr. Annulation [1] pour la Défenderesse : [pp. 45-46] (Ang.), [pp. 18-19] (Fr.) et [pp. 44-47] (Esp.); pour les Demanderesses : [pp. 184-185] (Ang.), [p. 76] (Fr.) et [pp. 200-202] (Esp.).

⁴⁴ Voir *Décision Wena*, para. 18 (qui cite *Klöckner I*, paras. 3, 62, 119 et *Décision MINE*, para. 4.05).

[T]he annulment review, although obviously important, is a limited exercise, and does not provide for an appeal of the initial award. In other words, it is not contested that “... an *ad hoc* committee does not have the jurisdiction to review the merits of the original award in any way. The annulment system is designed to safeguard the integrity, not the outcome, of ICSID arbitration proceedings.” (quoting Guide to ICSID Arbitration). This has been stressed very recently in the case MTD Equity and MTD Chile v. Republic of Chile:

“Under Article 52 of the ICSID Convention, an annulment proceeding is not an appeal, still less a retrial; it is a form of review on specified and limited grounds which take as their premise the record before the Tribunal.”

88. Le Comité approuve ces déclarations sans aucune réserve.

V. MOTIFS D’ANNULATION

89. L’article 52(1) de la Convention CIRDI énonce les cinq motifs sur le fondement desquels une partie peut demander l’annulation d’une sentence. Il s’agit d’une liste exhaustive. Cet article dispose :

Article 52

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l’annulation de la sentence pour l’un quelconque des motifs suivants :

- (a) vice dans la constitution du Tribunal ;
- (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;
- (c) corruption d’un membre du Tribunal ;
- (d) inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure ;
- (e) défaut de motifs.

90. Comme cela a été noté ci-dessus, le Chili a, en l’espèce, invoqué trois de ces motifs spécifiques : l’excès de pouvoir manifeste, l’inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure et le défaut de motifs.

⁴⁵ Voir *Décision Soufraki*, para. 20.

91. Dans le cours de la présente procédure en annulation, les parties ont présenté des conclusions détaillées. Ces conclusions comprennent :
- la Demande en annulation du Chili (130 pages) ;
 - le Mémoire sur l'annulation du Chili en date du 10 juin 2010 (369 pages, version anglaise) ;
 - le Contre-mémoire sur l'annulation des Demanderesses en date du 15 octobre 2010 (158 pages, version française) ;
 - la Réponse sur l'annulation du Chili en date du 22 décembre 2010 (287 pages, version anglaise) ;
 - la Réplique sur l'annulation des Demanderesses en date du 28 février 2011 (74 pages, version française).
92. Les parties ont également déposé des « plans détaillés des arguments en vue de l'audience » le 27 mai 2011. Enfin, les parties ont présenté de longues plaidoiries détaillées au cours de l'audience qui s'est tenue les 7 et 8 juin 2011.
93. À ce stade de sa Décision, le Comité va distiller la somme considérable d'éléments du dossier qu'il a soigneusement examinés et identifier les onze points précis que le Chili a bien résumés dans son plan détaillé. Pour chacun de ces points, le Comité tentera de présenter succinctement les arguments respectifs des parties au regard des trois motifs d'annulation invoqués par le Chili. Le Comité s'intéressera ensuite à la demande des Demanderesses tendant à l'annulation du paragraphe 8 du dispositif du Tribunal.
94. Les onze points sont les suivants :
- 1) Nationalité
 - 2) Investissement
 - 3) Déni de justice
 - 4) Discrimination
 - 5) La décision du Tribunal sur les mesures conservatoires

- 6) Dommages-intérêts
- 7) L'audience de mai 2003
- 8) L'audience de janvier 2007
- 9) Demandes de documents
- 10) Partialité de l'arbitre Bedjaoui
- 11) La Décision *ex aequo et bono* du Tribunal.

B. Nationalité

95. Les parties sont d'accord sur le fait que M. Pey Casado a toujours été un ressortissant espagnol et également sur le fait qu'il est devenu un ressortissant chilien par sa naturalisation en 1958. La question en litige était celle de savoir si M. Pey Casado avait par la suite cessé d'être un ressortissant chilien, avant les deux dates critiques visées par l'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI, à savoir (1) la date du consentement (soit le 2 octobre 1997) et (2) la date d'enregistrement (soit le 20 avril 1998). Les Demanderesses ont soutenu que M. Pey Casado avait volontairement renoncé à sa nationalité chilienne avant ces deux dates, et ont soumis trois documents à titre de preuve de cette renonciation. Le Chili a fait valoir qu'aucun de ces documents ne pouvait en soi être considéré comme une renonciation et que, en toute hypothèse, toute tentative de renonciation n'aurait produit aucun effet juridique du fait que la renonciation volontaire à la nationalité n'était pas permise à l'époque par la Constitution chilienne et qu'elle n'a été introduite dans le droit chilien que lorsqu'une modification expresse de la Constitution à cet effet a été adoptée en 2005. Le Chili a également avancé que, à supposer même, pour les besoins de l'argumentation, que la renonciation ait été légalement possible au Chili à l'époque, la « déclaration » faite par M. Pey Casado à un consulat espagnol en Argentine, selon laquelle il manifestait son intention de renoncer à sa nationalité chilienne, n'aurait pu prendre effet qu'après avoir été formellement notifiée aux autorités chiliennes – notification qui, selon le Chili, n'est intervenue que bien après les dates critiques.

(1) Excès de pouvoir manifeste

96. Les principales questions soulevées par le Chili en ce qui concerne la nationalité au regard de l'article 52(1)(b) sont les suivantes :

- si l'application par le Tribunal de l'article 11 de la Constitution chilienne constitue un défaut manifeste d'application du droit approprié ;
- si le Tribunal s'est reconnu à tort compétent en n'examinant pas, puis en ne déterminant pas, si les actes de M. Pey Casado avaient en fait été suffisants pour constituer une renonciation à sa nationalité chilienne ;
- dans l'affirmative, si une telle renonciation est intervenue avant les deux dates critiques visées par la Convention CIRDI ; et
- si, compte tenu de ce qui précède, le Tribunal a ou non manifestement omis d'appliquer l'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI.

Positions des parties

Position du Chili

97. Le Chili soutient que le Tribunal n'a pas appliqué le droit approprié⁴⁶ en considérant l'article 11 de la Constitution ambigu et les décisions des tribunaux chiliens soumises par le Chili non pertinentes. Selon le Chili, le Tribunal a adopté une interprétation de la Constitution chilienne qui était fondamentalement en contradiction avec le texte clair de la disposition constitutionnelle en question. Le Chili fait valoir qu'il n'était pas possible de renoncer volontairement à la nationalité chilienne avant 2005, année au cours de

⁴⁶ Voir Sentence, paras. 307 et s.

laquelle la Constitution chilienne a été modifiée. L'article 11 (« Raisons de la perte de la nationalité chilienne ») de la Constitution chilienne dispose⁴⁷ :

Article 11. la nationalité chilienne se perd :

1°. Par la naturalisation dans un pays étranger, sauf dans le cas des Chiliens visés aux incises numéros 1, 2 et 3 de l'article précédent qui auraient obtenu une autre nationalité sans renoncer à leur nationalité chilienne et conformément aux dispositions du N° 4 de ce même article.

La raison de la perte de la nationalité chilienne indiquée ci-dessus n'affectera pas les Chiliens qui, en vertu de dispositions constitutionnelles, légales ou administratives de l'État du territoire duquel ils résident, adoptent la nationalité étrangère comme condition de leur permanence dans ce pays ou comme condition d'égalité juridique des ressortissants du pays respectif dans l'exercice des droits civils ;

2°. Par décret suprême, dans le cas de services rendus au cours d'une guerre aux ennemis du Chili ou à leurs alliés ;

3°. Par un arrêt condamnant les délits allant à l'encontre de la dignité de la patrie ou des intérêts fondamentaux et permanents de l'État, et considérés comme tels par loi approuvée au quorum qualifié. Lors de ces procédures, les faits seront toujours évalués en toute conscience ;

4°. Par l'annulation de la lettre de naturalisation, et

5°. Par loi révoquant la naturalisation concédée à titre gracieux. Ceux qui auraient perdu la nationalité chilienne pour n'importe laquelle des raisons prévues au présent article, ne pourront être réhabilités que par la loi.

98. Le Chili affirme que cette liste ne comprend pas la « unilateral voluntary renunciation »⁴⁸. Le Chili fait valoir⁴⁹ :

437. [...] Chile presented abundant jurisprudential and doctrinal evidence establishing that, under Chilean law, (a) the list of five grounds for losing Chilean nationality in Article 11 — which was the only Article of the Chilean

⁴⁷ Voir Mém. Déf. Annul., para. 436. Notes de bas de page omises.

⁴⁸ *Ibid.*, para. 437.

⁴⁹ *Ibid.*

Constitution that addressed this issue — was intended by the constitutional drafters to be an exhaustive one; (b) the list in Article 11 had subsequently been interpreted as exhaustive by courts and commentators; and (c) voluntary renunciation therefore did not exist at the time of the critical dates. As described below, Chile further noted at the 2007 jurisdictional hearing that this interpretation was roundly and unequivocally confirmed by the fact that a constitutional amendment was approved in Chile in 2005 that for the first time established voluntary renunciation as a basis for loss of Chilean nationality.

99. Le Chili soutient que le Tribunal a complètement ignoré son argument. Il relève⁵⁰ :

451. Given the plain text of the relevant Constitutional article before and after the amendment, the situation was quite simple: before the amendment, there was no voluntary renunciation under Chilean law; after the amendment — which came into effect eight years after the initiation of the *Pey Casado* arbitration — voluntary renunciation became possible for the first time. Despite the Tribunal’s explicit recognition that its task was to ascertain and apply Chilean law on this point, and despite the overwhelming evidence presented by Chile pointing to a widespread (and uniform) understanding of the relevant principles of Chilean law, it chose not to accept this uncontroverted legal truth. In doing so, it impermissibly ignored the fact that the settled law in Chile at the time of Mr. Pey’s three alleged renunciations (which according to Mr. Pey took place in December 1996, January 1997, and September 1997, respectively) was that a Chilean national could not lose his Chilean nationality simply by attempting to voluntarily renounce it. This rule of law was plain, simple, unqualified, and uncontroversial, and no legitimate source of Chilean law had ever stated otherwise.

452. In sum, even though the Tribunal (a) had expressly asserted in the Award that it deemed Chilean law to be exclusively the applicable law for purposes of its determination on Mr. Pey’s nationality; (b) had accepted in its Award that Mr. Pey had not been deprived of his nationality by the Chilean State; and (c) had itself explicitly conceded in the Award that “the Chilean Constitution does not expressly contemplate renunciation as a ground[] for loss of the Chilean nationality,” the Tribunal nevertheless imposed its own, unsupported, interpretation of Chilean law on the subject. More specifically, it ruled: (a) that the list of bases for loss of nationality in Article 11 was not exhaustive (despite the conjunction “and” at the end of the list in Article 11, and the overwhelming jurisprudential and scholarly evidence showing that such list was indeed exhaustive and had consistently been interpreted as such); (b) that it was in fact possible under Chilean law to voluntarily renounce the Chilean nationality; (c)

⁵⁰ *Ibid.*, paras. 451-454. Notes de bas de page omises.

what is more, that it had always been possible to do so; (d) that the 2005 Constitutional Amendment had not created a new ground for loss of nationality; and (e) that the only new aspect of the 2005 constitutional amendment was that it had created a new requirement that formal renunciations had to be effected before a competent authority.

453. In light of the foregoing, it is patently clear that the Tribunal failed to apply the unquestionably applicable principles of Chilean law, and by doing so, it failed to apply the law that it had itself characterized as the exclusive applicable law to the issue of nationality.

454. In reaching these conclusions, and as further explained below, the Tribunal undertook two impermissible lines of analysis that justify annulment: First, it interpreted Chilean nationality law in terms of what it thought such law *ought to be* (to render it in the Tribunal's view more sensible or logical), rather than in terms of what that law *actually was*, according to both the plain text of the relevant norms of Chilean law, and of the Chilean jurisprudence and doctrinal literature. Second, the Tribunal tried to justify its conclusions — on an issue that, by its own admission, required a determination solely under Chilean law — by reference to a comparative international analysis that also demonstrates that the Tribunal did not apply the proper law, which was Chilean law, and Chilean law alone. [Caractères italiques dans l'original]

100. Dans sa Réponse, le Chili soutient ce qui suit⁵¹ :

299. In sum, the Tribunal was obligated to determine not only whether Chilean law permitted Mr. Pey to renounce his nationality, but also: (a) whether any of the documents Mr. Pey presented were in fact sufficient for him to effectively renounce his Chilean nationality; and (b) whether any such renunciation had in fact been effected *before* the critical dates contemplated in Article 25(2)(a) of the ICSID Convention. Had the Tribunal properly applied Chilean law; drawn the conclusions that flowed logically—and necessarily—from the record; and applied Article 25(2)(a) to those facts, its jurisdictional determination would have been entirely different. This failure to apply the proper law (Chilean law of nationality and Article 25(2)(a) of the Convention) and the Tribunal's improper assertion of jurisdiction *ratione personae* constitute a manifest excess of power, which requires annulment of the Award under Article 52 (1)(b) of the ICSID Convention. [Soulignement et caractères italiques ajoutés]

⁵¹ Voir Rép. Déf. Annul., para. 299.

Position des Demanderesses

101. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal avait toute latitude dans son interprétation du droit chilien et que, en toute hypothèse, il a appliqué correctement le droit chilien⁵². Elles affirment en outre que le droit chilien envisageait bien en fait la renonciation volontaire à la nationalité chilienne et que M. Pey Casado a, en fait, bien pris les mesures nécessaires pour procéder à une telle renonciation. Selon les termes employés par les Demanderesses⁵³ :

317. Selon la République du Chili, le Tribunal aurait ignoré le droit chilien, et en particulier la Constitution chilienne, en décidant que Monsieur Pey avait valablement renoncé à sa nationalité chilienne.

318. Cette affirmation est inexacte.

319. Tout d'abord, comme le souligne la Défenderesse, le Tribunal a expressément indiqué que la question de la nationalité de Monsieur Pey était régie par le droit chilien. Ainsi, le paragraphe 260 de la Sentence précise :

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

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

321. Ainsi, le Tribunal arbitral a d'abord analysé la Constitution chilienne de 1980 en vigueur à la date de la renonciation volontaire de Monsieur Pey. Sur ce point, il indique « *le texte même de l'article 11 de la Constitution chilienne est ambigu sur la question et ne permet nullement d'affirmer ou de postuler un prétendu caractère limitatif des cas énumérés de perte de nationalité* ».

⁵² Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 280-281.

⁵³ Cette citation est longue, mais le Comité estime qu'elle doit être reproduite dans son intégralité. Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 317-341 ; 357-360. Notes de bas de pages omises.

322. Cependant, comme l'a reconnu le Tribunal arbitral, la Constitution chilienne de 1980 prévoyait déjà des cas de renonciation à la nationalité chilienne. En effet, son article 11(1) disposait jusqu'à sa modification le 25 août 2005: « *la nationalité chilienne se perd par le fait d'avoir acquis la nationalité d'un pays étranger, excepté dans le cas des chiliens entr[a]nt dans le cadre des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article précédent qui auraient obtenu une autre nationalité sans avoir renoncé à leur nationalité chilienne et ce en concordance avec ce qui est stipulé au paragraphe 4 de ce même article* » (soulignement ajouté).

323. C'est d'ailleurs ce qu'a admis le Professeur Cea lors de son intervention à l'audience de janvier 2007 par ces termes : « *si un chilien obtenait la nationalisation dans un pays étranger, la Constitution [de 1980] lui permettait de conserver sa nationalité chilienne, si bien sûr un traité international de réciprocité était en vigueur et s'il décidait de ne pas renoncer à sa nationalité chilienne* » (soulignement ajouté).

324. La possibilité de renoncer à la nationalité chilienne avait d'ailleurs été démontrée par les Demanderesses dans leur Mémoire complémentaire sur la compétence du 11 septembre 2002 citant plusieurs décisions de la Cour suprême chilienne ou arrêts de Cours d'appel chiliennes.

325. A cet égard, il convient également de relever que l'argument de la République du Chili selon lequel le Tribunal arbitral aurait interprété la Constitution chilienne en contradiction avec l'interprétation retenue par les juridictions chiliennes est dénué de fondement.

326. Cela résulte de la lecture des jurisprudences citées par les Demanderesses dans leurs différentes écritures. En tout état de cause, le Tribunal arbitral a indiqué « *quant aux quelques décisions des tribunaux chiliens en la matière qui ont été évoqués, aucune d'entre elles ne concerne une situation identique à celle du présent litige, si bien qu'il est difficile ou même impossible d'y trouver la preuve du bien fondé de l'une ou l'autre des thèses contraires qui ont été développées sur la renonciation à la nationalité* ».

327. Ayant constaté l'existence de la renonciation volontaire dans le cas de l'acquisition de la nationalité d'un État étranger, le Tribunal a alors indiqué : « *Rien n'a été établi, aucun texte légal ni aucune décision n'ont été produits ni aucun argument allégué qui soit susceptible de justifier, de l'avis du Tribunal arbitral, un régime qui, en matière de renonciation volontaire, serait discriminatoire : permissif en cas d'acquisition d'une autre nationalité, prohibitif en cas d'autre nationalité déjà acquise, soit de double nationalité* ».

328. Aux yeux du Tribunal, l'ensemble des éléments de droit chilien soumis par les Parties s'opposait à l'interprétation de la République du Chili, à savoir que la Constitution chilienne interdisait la renonciation volontaire à la nationalité chilienne.

329. La conclusion à laquelle le Tribunal est parvenu est confortée par le fait que certaines conventions internationales en vigueur au Chili prévoient la possibilité de renoncer volontairement à la nationalité. C'est ainsi le cas de la Conven[tion] Américaine des Droits de l'Homme dont l'art. 20.3 reconnaît le droit à changer de nationalité ; de la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906, comme l'a souligné le Tribunal dans sa Sentence. Ces conventions sont d'application immédiate au Chili en vertu des articles 5 et 10.4 de la Constitution chilienne.

330. Rappelons, s'agissant de la Convention Américaine des Droits de l'Homme, qu'un Arrêt du 2 avril 2001 de la Cour d'Appel de Valparaiso, confirmé par la Cour suprême le 13 juin suivant, a indiqué que, selon les termes de cette Convention, les autorités chiliennes ne pouvaient pas empêcher un chilien de changer de nationalité en lui interdisant de renoncer à sa nationalité chilienne. Or, la Conven[tion] Américaine des Droits de l'Homme a été incorporée au système juridique chilien en 1991, soit bien avant que Monsieur Pey ait renoncé à sa nationalité.

331. C'est également le cas de la Convention Bilatérale sur la Double Nationalité signée entre l'Espagne et le Chili en 1958 (CDN), applicable à Monsieur Pey, auquel renvoi l'article 10.4 de la Constitution de 1980 dans sa version en vigueur entre 1989 et 2005. En effet, l'article 6 de la CDN dispose : « *Les espagnols et les chiliens qui auraient acquis la nationalité chilienne ou espagnole en renonçant préalablement à leur nationalité d'origine, pourront récupérer cette dernière, en déclarant qu'ils en ont la volonté devant le Préposé au Registre correspondant* » (soulignement ajouté).

332. En réalité, la République du Chili n'admet pas que le Tribunal arbitral soit parvenu à cette conclusion en dépit de l'intervention de Monsieur Cea, Président de la Cour Constitutionnelle chilienne, qui était venu affirmer, lors de l'audience du 15 janvier 2007, qu'il n'était pas possible de renoncer à la nationalité chilienne avant la réforme constitutionnelle de 2005.

333. A cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que Monsieur Cea est intervenu en tant que représentant de la délégation chilienne et non en qualité d'expert, en dépit de ce que la République du Chili tente de faire croire aux membres du Comité *ad hoc*.

334. En second lieu, le Tribunal arbitral dispose d'un large pouvoir d'appréciation concernant la force probante des éléments qui lui sont soumis et ce, même s'agissant de la nationalité, comme rappelé dans l'affaire *Soufraki*.

335. Enfin, les propos de Monsieur Cea ont été immédiatement contredits par les Demanderesses lors de l'audience du 15 janvier 2007.

336. En réalité, c'est bien en application du droit chilien que le Tribunal arbitral a reconnu à Monsieur Pey le droit de renoncer volontairement à sa nationalité

chilienne. Tout au plus, le Tribunal a pu commettre une erreur de droit, *quod non*, ce qui ne serait de toute façon pas suffisant pour fonder l'annulation de la Sentence, quand bien même cette erreur serait manifeste.

337. Le recours formé par la République du Chili sur ce fondement n'est autre qu'un appel au fond et ne saurait, en conséquence, être admis par le Comité *ad hoc*. La demande d'annulation du Chili sur ce fondement devra être rejetée.

338. L'argument de la République du Chili consistant à soutenir que le Tribunal arbitral aurait violé l'article 52(1)(b) en reconnaissant que Monsieur Pey avait effectivement renoncé à sa nationalité chilienne est tout aussi mal fondé.

339. Ainsi le Tribunal arbitral indique au paragraphe 322 de la Sentence :

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

340. Cette conclusion du Tribunal arbitral est suffisante pour rejeter la prétention de la Défenderesse. Néanmoins, dans un souci de clarté pour le Comité *ad hoc*, les Demanderesses procèderont ci-dessous à l'analyse de la Sentence concernant la réalité de la renonciation à sa nationalité chilienne par Monsieur Pey.

341. Pour les besoins de la démonstration, il convient tout d'abord de rappeler les actes effectués par Monsieur Pey en renonçant à sa nationalité chilienne tels que résumés par le Tribunal arbitral dans sa Sentence aux paragraphes 288 à 292.

[...]

357. S'agissant de la date de la déclaration, le Tribunal arbitral fait référence à la date du 16 septembre 1997 lorsque Monsieur Pey a expressément indiqué au Consulat d'Espagne que sa lettre du 10 décembre 1996 au Département Étranger et Immigration du Ministère de l'Intérieur chilien devait être entendue comme une déclaration solennelle de sa renonciation à la nationalité chilienne.

358. Ainsi, la déclaration de renonciation à la nationalité est intervenue le 10 décembre 1996, réitérée au plus tard le 16 septembre 1997, en tout état de cause avant les dates pertinentes de l'article 25 de la Convention de Washington.

359. L'allégation de la République du Chili selon laquelle la déclaration ne serait intervenue que le 10 juillet 1998, date à laquelle l'Ambassade d'Espagne à Santiago du Chili a informé le Ministère des Relations Extérieures chilien de la renonciation à sa nationalité chilienne par Monsieur Pey est donc erronée. En réalité, avec cet argument, la République du Chili tente de former un appel au

fond de la décision du Tribunal, celui-ci ayant clairement indiqué que la déclaration de renonciation était intervenue avant cette date en application de la loi.

360. Il résulte des développements ci-dessus que le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la République du Chili sur ce fondement. [Soulignement et caractères italiques dans l'original]

Analyse du Comité

102. Le Comité, après avoir procédé à une étude approfondie de cette partie de la Sentence – qui conclut que M. Pey Casado avait valablement renoncé à sa nationalité chilienne avant les deux dates critiques – et à un examen soigneux des arguments des parties, estime que le Tribunal a bien appliqué et interprété le droit chilien sur la nationalité qui convient. Pour parvenir à sa conclusion, le Tribunal s'est référé non seulement à la Constitution chilienne, mais également à des conventions internationales telles que la Convention sur la double nationalité entre l'Espagne et le Chili, la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de 1906, ainsi que la Convention inter-américaine des droits de l'homme. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses sur le fait qu'il ne lui appartient pas d'examiner si l'interprétation du Tribunal est ou non conforme au droit chilien, mais si l'interprétation du Tribunal est manifestement contraire aux principes du droit chilien. Compte tenu, notamment, du paragraphe introductif de l'analyse du Tribunal sur la question de la nationalité, le Comité est convaincu que le Tribunal est parvenu à sa conclusion sur le fondement de son interprétation du droit chilien approprié⁵⁴ :

De l'avis du Tribunal arbitral, la défenderesse n'est pas parvenue à apporter une démonstration convaincante de l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne, en l'absence de textes précis et de jurisprudence pertinente. Ainsi, quant aux quelques décisions des tribunaux chiliens en la matière qui ont été évoquées, aucune d'entre elles ne concerne une situation identique à celle du présent litige, si bien qu'il est difficile

⁵⁴ Voir Sentence, para. 307.

ou même impossible d'y trouver la preuve du bien fondé de l'une ou l'autre des thèses contraires qui ont été développées sur la renonciation à la nationalité.

103. Il se peut que le Chili ne soit pas d'accord avec l'interprétation du Tribunal et il aurait sans doute souhaité que le Tribunal adoptât sa thèse, mais il ne peut pas dire que le fait que le Tribunal se soit reconnu compétent *ratione personae* est tel qu'il constitue un excès de pouvoir manifeste. La demande du Chili est en conséquence rejetée.

(2) Défaut de motifs

104. Le Chili soutient que le Tribunal n'a pas indiqué les motifs de sa conclusion relative à la nationalité et a donc violé l'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI. En particulier, selon le Chili, le Tribunal n'a pas motivé :

- sa décision selon laquelle M. Pey Casado n'était plus un ressortissant chilien au moment des dates critiques au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI ;
- sa conclusion selon laquelle la renonciation volontaire à la nationalité était possible au regard du droit chilien (en particulier au regard de l'article 11 de la Constitution chilienne) ;
- sa conclusion selon laquelle M. Pey Casado a – en fait – renoncé à sa nationalité chilienne ;
- sa conclusion selon laquelle une telle renonciation est intervenue avant les dates critiques au sens de l'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI ;
- sa décision de faire peser sur le Chili – après que le Chili eut prouvé que M. Pey Casado était devenu un ressortissant chilien en 1958 – la charge supplémentaire de prouver que M. Pey Casado n'avait pas ultérieurement renoncé à sa nationalité chilienne (*probatio diabolica*), plutôt que de placer sur les Demanderesses la charge de prouver qu'il y avait renoncé ; et

- ses conclusions selon lesquelles les exigences en matière de compétence liées à la nationalité posées par l'API Chili-Espagne n'ont pas fait obstacle aux prétentions des Demanderesses.

Positions des parties

Position du Chili

105. Le Chili soutient ce qui suit⁵⁵ :

454. [...] In particular, it is impossible to discern how it reached the conclusion that voluntary unilateral renunciation was permissible under Chilean law in 1996-7 (which is the time period during which Mr. Pey allegedly renounced his Chilean nationality). Such conclusion is particularly implausible given: (a) the directly contrary textual content of the relevant Constitutional provision; (b) the universally consistent Chilean jurisprudence and doctrine on this point; (c) the fact that it was not until the Constitution was amended in 2005 that voluntary renunciation became—for the first time—a basis for loss of nationality under Chilean constitutional law.

[...]

462. In attempting to address this issue in their Counter-Memorial, Claimants quote paragraphs 317 *et seq.* of the Award. However, those paragraphs merely discuss the issue of the power of appreciation of the Tribunal; they do not address the central point raised by Chile, which is the absence of any reasons for the Tribunal's conclusion that effective renunciation can occur without any notice to the State concerned and/or for the Tribunal's conclusion that Mr. Pey had in fact renounced his Chilean nationality prior to the critical dates under Article 25(2)(a). [Soulignement ajouté]

Position des Demanderesses

106. Les Demanderesses affirment que le Tribunal, dans sa Sentence, a amplement motivé ses conclusions. Elles écrivent⁵⁶ :

⁵⁵ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 454 ; 462. Note de bas de page omise.

361. La République du Chili soutient également que la Sentence doit être annulée pour défaut de motivation en application de l'article 52(1)(e). Selon elle, le Tribunal n'aurait pas motivé sa décision reconnaissant la possibilité de renoncer à la nationalité chilienne en droit chilien. Il n'aurait pas non plus expliqué quels actes de Monsieur Pey étaient constitutifs d'une renonciation à la nationalité chilienne. A cet égard, la République du Chili prétend que la conclusion du Tribunal selon laquelle Monsieur Pey avait réitéré sa renonciation à la nationalité par sa déclaration devant le Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine), serait en contradiction avec sa conclusion précédente selon laquelle la lettre de 1996 ne constituerait pas une renonciation à sa nationalité.

362. En premier lieu, les développements ci-dessus démontrent que le Tribunal n'a pas renversé la charge de la preuve, a effectivement appliqué le droit chilien pour trancher la question de la nationalité de Monsieur Pey aux dates pertinentes de l'article 25 de la Convention CIRDI et que la Sentence est suffisamment motivée.

363. On rappellera que le contrôle du Comité *ad hoc* doit se limiter à vérifier que le Tribunal a motivé sa décision sans qu'il ait besoin de se prononcer sur le bien fondé de son raisonnement ou sur son caractère convaincant, sauf à admettre un appel au fond. [Soulignement ajouté]

364. S'agissant du point de savoir si les actes de Monsieur Pey étaient constitutifs d'une renonciation à la nationalité chilienne, le Tribunal arbitral a exposé sa position aux paragraphes 317 et suivants de la Sentence. Il indique « *le 16 septembre 1997, Monsieur Pey Casado a procédé expressément auprès du Consulat d'Espagne à Mendoza (Argentine) à une déclaration de renonciation au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle* ».

365. Cette affirmation doit se lire à la lumière des paragraphes précédents de la Sentence, et en particulier des paragraphes 288 et suivants, ce que fait d'ailleurs la République du Chili.

366. Ceci étant, contrairement à l'allégation de la Défenderesse, le Tribunal ne se contredit pas. En effet, lorsque le Tribunal indique que « *la déclaration de Monsieur Pey Casado de son changement de résidence vers l'Espagne a pour conséquence un changement de la loi qui lui est applicable mais ne le prive nullement de ses deux nationalités* » (Sentence §294), c'est en tenant compte des termes de la lettre du 10 décembre 1996 qui sont ambigus.

⁵⁶ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 364 - 371. Notes de bas de page omises.

367. Dans cette lettre, Monsieur Pey indiquait :

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

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

369. Or, l'un des autres actes émis par Monsieur Pey et retenu par le Tribunal arbitral est la déclaration de Monsieur Pey du 16 septembre 1997 dans laquelle il précise « *pour ne laisser place à aucun doute à cet égard, je déclare que la communication du 10 décembre 1996 (...) doit s'entendre de la façon qui convienne le mieux en Droit aux fins desquelles elle a été présentée, y compris comme preuve de ma renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne au cas où serait requise par l'Administration chilienne une renonciation formelle à la nationalité chilienne, ce que j'affirme et à quoi je souscris de nouveau par la présente* » (soulignement ajouté).

370. Dès lors, si la lecture de la seule lettre du 10 décembre 1996 pouvait laisser subsister une ambiguïté sur les intentions de Monsieur Pey, cette même lettre, lue à la lumière de la déclaration faite par Monsieur Pey en 1997, ne laisse plus de place au doute. Or, dans la déclaration de 1997, c'est bien la lettre de 1996 qui constitue une renonciation.

371. Dès lors, comme pour les autres fondements relatifs à la nationalité de Monsieur Pey, la demande d'annulation de la Sentence sur ce fondement sera rejetée par le Comité *ad hoc*. [Soulignement et caractères italiques dans l'original]

Analyse du Comité

107. Le Comité n'a aucune hésitation à souscrire aux arguments des Demanderesses. Même si le Comité devait être en désaccord avec l'interprétation par le Tribunal de la Constitution chilienne et son analyse de la renonciation effective par M. Pey Casado à sa nationalité chilienne (ce qui n'est pas le cas), le Comité ne peut pas, même en faisant preuve de beaucoup d'imagination, conclure que le Tribunal n'a pas motivé ses conclusions. En fait, le Tribunal a amplement motivé ses conclusions d'une manière que le Comité estime

(bien qu'il ne s'agisse pas d'une question que le Comité est invité à trancher, ni qu'il a le pouvoir de trancher) tout-à-fait convaincante.

108. En ce qui concerne l'interprétation de la Constitution chilienne de 1980, le Comité est de l'avis que le Tribunal a exposé des motifs suffisants et effectivement convaincants pour conclure que la renonciation unilatérale volontaire est possible au regard de la Constitution. Le Tribunal a d'abord décidé qu'il n'existe pas de jurisprudence qui interdise une renonciation volontaire unilatérale. Le Tribunal a ensuite estimé qu'aucune des décisions judiciaires qui ont été soumises et évoquées par les parties ne présente une situation similaire à celle de l'espèce⁵⁷. Ce n'est pas le rôle du Comité d'examiner ces décisions.
109. Le Tribunal a ensuite centré son attention sur le texte de l'article 11 de la Constitution chilienne. Il a d'abord relevé que le texte est ambigu sur la question de savoir s'il contient une liste exhaustive ou non des cas de perte de la nationalité chilienne. Il a ensuite expliqué pourquoi, à son avis, cet article ne pouvait pas être interprété comme contenant une liste exhaustive de tels cas⁵⁸.
110. Le Tribunal a expliqué pourquoi, à son avis, il serait illogique de conclure que le texte de la Constitution permet une renonciation dans le cas de l'acquisition d'une nouvelle nationalité, mais ne permet pas une telle renonciation dans le cas d'une nationalité déjà acquise (par exemple, d'une double nationalité), ou de subordonner une telle renonciation à l'acquisition d'une troisième nationalité⁵⁹.

⁵⁷ Voir Sentence, para. 307.

⁵⁸ *Ibid.*, paras. 308-310.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 311.

111. Le Tribunal a conclu que la renonciation unilatérale volontaire existait avant la modification apportée à la Constitution en 2005⁶⁰. Le Comité note à cet égard la référence faite par les Demanderesses au témoignage du Dr. Cea, Président de la Cour constitutionnelle du Chili, qui, au cours de l'audience de janvier 2007, a reconnu qu'il est possible, au regard de la Constitution de 1980, de renoncer volontairement à sa nationalité chilienne, corroborant ainsi la conclusion du Tribunal⁶¹ :

si un chilien obtenait la nationalisation dans un pays étranger, la Constitution [de 1980] lui permettait de conserver sa nationalité chilienne, si bien sûr un traité international de réciprocité était en vigueur et s'il décidait de ne pas renoncer à sa nationalité chilienne. [Soulignement dans l'original]

112. Enfin, le Comité observe que, pour étayer sa conclusion, le Tribunal s'est longuement référé dans sa Sentence à des conventions internationales et aux principes du droit international en matière de nationalité⁶².

113. Le Chili soutient que, même si l'on devait admettre que la renonciation volontaire était légalement possible avant 2005, M. Pey Casado n'a pas valablement renoncé avant les deux dates critiques de la Convention CIRDI. Selon le Chili, le Tribunal n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles il a rejeté cet argument et a conclu que M. Pey Casado avait en fait renoncé à sa nationalité chilienne avant les dates critiques.

114. Le Comité n'est pas d'accord sur ce point et renvoie aux paragraphes 288 à 292 de la Sentence, dans lesquels le Tribunal a résumé ce qu'il a en définitive estimé être les arguments convaincants des Demanderesses sur cette question. Comme cela a été mentionné dans la Sentence, les Demanderesses ont soutenu que M. Pey Casado avait

⁶⁰ *Ibid.*, para. 312.

⁶¹ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 323 (qui fait référence à Tr. Comp. [1] [20:24-28] (Fr.) soumise comme pièce CN-213).

⁶² Voir Sentence, paras. 313-315 ; 319-322.

renoncé à sa nationalité chilienne dans trois documents respectivement en date des 10 décembre 1996, 7 janvier 1997 et 16 septembre 1997. Les Demanderesses ont également fait valoir que le Chili avait été informé de la renonciation de M. Pey Casado le 10 juillet 1998 et que cette renonciation avait été formellement enregistrée par un fonctionnaire chilien le 4 août 1998⁶³. Le Chili a répondu que les documents du 10 décembre 1996 et du 7 janvier 1997 ne pouvaient pas être interprétés comme exprimant un souhait de renoncer à sa nationalité⁶⁴ et que le document du 16 septembre 1997 n'avait été présenté à aucun fonctionnaire chilien et n'avait été reçu par le Chili que le 10 juillet 1998, c'est-à-dire après les deux dates critiques. En réponse, les Demanderesses ont soutenu que la date d'effet de la renonciation est en toute hypothèse la date à laquelle cette renonciation est déclarée, date qui était clairement antérieure aux dates critiques, et non la date à laquelle elle est enregistrée⁶⁵.

115. Dans son analyse des positions respectives des parties sur cette question, le Tribunal a estimé que M. Pey Casado avait expressément renoncé à sa nationalité chilienne dans le troisième document, à savoir le document du 16 septembre 1997. La renonciation a ainsi pris effet à cette date. Le Tribunal a en outre estimé que cette renonciation avait été formellement enregistrée par un fonctionnaire chilien le 4 août 1998⁶⁶.
116. Certes, la Sentence n'aborde pas le point soulevé par la Défenderesse quant à la date de présentation du document du 16 septembre 1997 aux autorités chiliennes, mais il est clair, selon le Comité, que c'est parce que le Tribunal a de toute évidence considéré que ce point n'était pas crucial pour sa décision quant à la question de savoir si M. Pey Casado avait renoncé valablement ou non à sa nationalité chilienne, renonciation que le

⁶³ Voir Mém. Déf. Annul., para. 660.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 661.

⁶⁵ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 350.

⁶⁶ Voir Sentence, para. 317.

Tribunal a estimé être intervenue avec le document du 16 septembre 1997. Le Comité note à cet égard que le Tribunal s'est fondé en particulier sur la sentence *Soufraki*, dans laquelle il a été décidé que, bien qu'un tribunal « [...] will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities [...] it will in the end decide for itself whether [...] the person whose nationality is at issue was not a national of the State in question [...] »⁶⁷. Ainsi, une fois que le Tribunal eut conclu que la renonciation était valablement intervenue avec le document du 16 septembre 1997, avant les dates critiques, toute la question de la notification aux autorités chiliennes, notamment le point de savoir si cette notification avait été effectuée ou non avant les dates critiques, est devenue superfétatoire.

117. En résumé, sur la question de la nationalité, le Comité estime que le raisonnement du Tribunal est tout-à-fait complet. Ce motif est en conséquence rejeté.

(3) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

118. La principale question soulevée par le Chili en ce qui concerne la nationalité au regard de l'article 52(1)(d) est celle de savoir si le Tribunal a fait peser à bon droit la charge de la preuve sur le Chili quant à cette question. Comme cela a été relevé ci-dessus, les parties sont d'accord sur le fait que M. Pey Casado a toujours été un ressortissant espagnol ainsi que sur le fait qu'il est devenu un ressortissant chilien par sa naturalisation en 1958. Comme nous l'avons vu ci-dessus, les parties étaient en désaccord sur la question de savoir si M. Pey Casado avait cessé d'être un ressortissant chilien avant les deux « dates critiques ». Le Chili a insisté sur le fait que cette question était cruciale pour la compétence du Tribunal, parce que, si le Tribunal avait conclu que M. Pey Casado avait encore la double nationalité hispano-chilienne à l'une au moins des dates critiques, il

⁶⁷ *Ibid.*, paras. 318-319 (qui cite *Décision Soufraki*, para. 55).

n'aurait pas été compétent au regard de la Convention CIRDI pour connaître de la demande des Demanderesses.

Positions des parties

Position du Chili

119. Le Chili fait valoir que « [s]ince it was accepted even by the Claimants that Mr. Pey Casado had been a Chilean national, the burden of proof should have been on Mr. Pey Casado to prove that he had in fact renounced his Chilean nationality at some point prior to the critical dates for purposes of Article 25(2)(a), as he claimed »⁶⁸. Le Chili soutient⁶⁹ :

350. Despite the fact that proof of Mr. Pey's valid renunciation of his Chilean citizenship was a necessary element for him to establish that he satisfied ICSID's jurisdictional requirements relating to nationality, and the fact that "[t]he investor must evidence all the necessary conditions for the Arbitral Tribunal to affirm its jurisdiction," the Tribunal instead placed the burden of proof upon the Republic. And it did so by imposing on Chile a *probatio diabolica*, requiring that it prove that Mr. Pey had *not* renounced his Chilean nationality. Given that Mr. Pey was the proponent of the assertion that he *had* renounced, the burden should have been on him to prove that he had in fact validly done so. However in the Award, the Tribunal found that the Republic "n'est pas parvenue à apporter une démonstration convaincante de l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne, en l'absence de textes précis et de jurisprudence pertinente." Because it used this statement to explain its jurisdictional decision in favor of the Claimants, it is evident that the Tribunal placed the burden of proof upon the Respondent on this issue.

[...]

354. Here, if the Tribunal had not improperly placed the burden of proof upon the Respondent on the issue of Mr. Pey's Chilean nationality, it is clear that a "substantially different" award might have been reached, as Mr. Pey would not have survived the Republic's nationality-based jurisdictional challenge. The fact

⁶⁸ Voir Mém. Déf. Annul., para. 348.

⁶⁹ *Ibid.*, paras. 350 ; 354. Notes de bas de page omises.

that the Tribunal's reversal of the burden of proof on nationality was outcome-determinative is nowhere more evident than in the May 2002 jurisdictional ruling: had the Tribunal there imposed on Mr. Pey the burden of proving that he had renounced Chilean nationality, instead of placing it on the Republic to prove that Mr. Pey had *not* validly renounced such nationality, the Tribunal would have had to uphold Chile's jurisdictional challenge and dismiss Mr. Pey's claim. This conclusion is compelled by the fact that the Tribunal explicitly indicated that neither party had managed to prove its respective assertions, which a *fortiori* means that if the burden of proof had been inverted, Chile rather than the Claimants would have prevailed on the jurisdiction challenge. [Caractères italiques dans l'original]

Position des Demanderesses

120. Les Demanderesses soutiennent que, après qu'elles eurent apporté la preuve que M. Pey Casado avait renoncé à sa nationalité chilienne avant les « dates critiques », le Tribunal a conclu à bon droit que la charge de la preuve reposait dès lors sur le Chili, qui devait démontrer que la renonciation n'était pas valable. Elles relèvent⁷⁰ :

296. En l'espèce, les Demanderesses ont démontré que Monsieur Pey avait renoncé à sa nationalité chilienne antérieurement à la date pertinente pour l'article 25 de la Convention CIRDI. Tant les autorités espagnoles que les autorités chiliennes avaient reconnu et accepté cette renonciation. Ce faisant, les Demanderesses ont satisfait aux exigences de l'article 25 de la Convention CIRDI en démontrant que Monsieur Pey avait la nationalité exclusive espagnole aux dates pertinentes.

297. Il appartenait donc à la Défenderesse de démontrer que la renonciation de Monsieur Pey à sa nationalité chilienne, reconnue par l'Espagne et le Chili, était contraire à la Constitution chilienne pour que son exception d'incompétence prospère.

298. En outre, quelle que soit la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve, le Tribunal ne s'est pas appuyé sur les règles relatives à la preuve pour fonder sa décision. Le Tribunal a considéré que la thèse soutenue par les Demanderesses était bien fondée en dépit de l'exception soulevée par la République du Chili.

⁷⁰ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 296-298. Note de bas de page omise.

Analyse du Comité

121. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses. L'approche du Tribunal était correcte. Demander au Chili de prouver que la renonciation des Demanderesses n'était pas valable après qu'il eut conclu que celles-ci s'étaient acquittées de la charge de prouver que M. Pey Casado avait renoncé à sa nationalité chilienne ne constitue pas une inobservation d'une règle fondamentale de procédure, encore moins une inobservation grave. La demande du Chili est donc rejetée.

C. Investissement

(1) Propriété de l'investissement

122. Le Chili soutient que la question de savoir si M. Pey Casado était le propriétaire de l'investissement, à savoir des actions CPP dans *El Clarín*, est extrêmement importante ; en effet, si le Tribunal avait conclu que M. Pey Casado n'en était pas le propriétaire, il aurait évidemment décidé qu'il n'était pas compétent pour connaître du différend. Le Tribunal a décidé que M. Pey Casado était le propriétaire des actions sur le fondement de trois jeux de documents : (1) deux documents que M. Pey Casado a affirmé être les contrats relatifs à son acquisition des actions CPP (qu'il est convenu d'appeler les « Protocoles d'Estoril » et la « Déclaration de Genève ») ; (2) certains virements bancaires que M. Pey Casado a affirmé correspondre au paiement des actions ; (3) certains certificats d'actions CPP et bordereaux de transfert signés en blanc que M. Pey Casado avait en sa possession.

(i) *Excès de pouvoir manifeste*

123. Les principales questions soulevées par le Chili en ce qui concerne la propriété de l'investissement sont les suivantes :

- si le Tribunal a commis un excès de pouvoir manifeste en n'identifiant pas – et, par conséquent, en n'appliquant pas – le droit approprié pour apprécier la validité des documents d'Estoril et de Genève en tant que contrats de vente. Afin de déterminer si ces documents constituaient des contrats de vente valables conclus en Espagne, le Tribunal était obligé d'appliquer le Code civil espagnol, qui est le code qui régit les contrats en général et les contrats de vente en particulier ;
- si le Tribunal, à supposer même, pour les besoins de l'argumentation, qu'il ait identifié le droit approprié, a omis d'appliquer ce droit en interprétant les documents d'Estoril et de Genève comme étant des contrats de vente ; et
- si le Tribunal a omis d'appliquer le droit approprié en rejetant l'application des normes légales chiliennes qui régissaient le transfert des actions de sociétés au Chili à l'époque du prétendu investissement (à savoir l'article 451 du Code de commerce chilien et l'article 37 du Règlement sur les sociétés anonymes), et en décidant plutôt que le transfert des actions CPP à M. Pey Casado était valable, sans identifier la règle pertinente sur laquelle le Tribunal se fondait à l'appui d'une telle conclusion.

(ii) *Défaut de motifs*

124. La principale question soulevée par le Chili en ce qui concerne la propriété de l'investissement au regard de l'article 52(1)(e) est celle de savoir si le Tribunal a omis de motiver ses conclusions sur les questions relatives à la validité du transfert des actions CPP et au droit de propriété de M. Pey Casado sur ces actions qui en découle.

Positions des parties

Position du Chili

125. Le Chili résume sa position dans les termes suivants⁷¹ :

391. As demonstrated above, contrary to Claimants' contention in their Counter-Memorial, Chile is not arguing merely that the Tribunal misinterpreted or erred in applying the proper law to determine whether Mr. Pey acquired the CPP shares. Rather, it is Chile's position that the Tribunal completely failed to apply the proper law by applying the *wrong set of rules* to reach the various determinations that led to its conclusion concerning Mr. Pey's ownership of the shares. Indeed, the Tribunal failed to apply: (a) the appropriate provisions of the Spanish Civil Code to the issue of the validity of the alleged purchase agreements or contracts (the Estoril Protocol and Geneva Declaration); and (b) the Chilean Commercial Code and Chile's Regulation of National and Foreign Companies to the issue of the validity of the transfer of the CPP shares.

392. By basing key determinations concerning the issue of ownership of the CPP shares on an application of the wrong law, and/or on a non-application of the correct law, the Tribunal manifestly exceeded its powers, which warrants annulment of the Award under Article 52 (1)(b) of the ICSID Convention. [Caractères italiques dans l'original]

126. Le Chili soutient en outre que le Tribunal n'a pas expliqué plusieurs aspects de sa décision relative à l'existence d'un « investissement » couvert par l'API⁷².

Position des Demanderesses

127. Les Demanderesses rejettent la prétention du Chili et soutiennent : ⁷³

239. N'ayant trouvé ni dans les textes, ni dans l'application qu'en avaient fait les cours chiliennes, la confirmation de la thèse de la Défenderesse, le Tribunal a interprété ce silence comme la démonstration que la sanction ne pouvait pas être

⁷¹ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 391-392. Note de bas de page omise.

⁷² Voir liste de seize exemples, para. 683 et trois exemples supplémentaires, para. 475 du Mém. Déf. Annul.

⁷³ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 239-242. Notes de bas de page omises.

la nullité absolue, celle-ci ne se présument, en principe, pas. Par cette conclusion, le Tribunal n'a pas refusé, ou omis, d'appliquer le droit chilien pertinent en la matière. Tout au plus, la République du Chili pourrait prétendre que le Tribunal a commis une erreur dans son appréciation, erreur qui n'est pas suffisante pour justifier l'annulation de la Sentence, quand bien même elle serait « *manifestement injustifiée* ».

240. Le Tribunal arbitral poursuit en indiquant que, selon les dispositions de droit chilien, l'accomplissement des formalités n'est enfermé dans aucun délai. Dès lors, Monsieur Pey aurait pu y remédier s'il n'en avait pas été empêché par la confiscation de ses titres et du Livre-registre des actionnaires par les autorités chiliennes.

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

128. Les Demanderesses rejettent également l'affirmation du Chili selon laquelle le Tribunal n'a pas motivé sa décision à cet égard⁷⁴.

Analyse du Comité

129. Il est clair que le Chili cherche ici en fait à faire appel de la décision du Tribunal et qu'il demande au Comité de substituer sa décision à celle du Tribunal. Comme cela est bien établi, cela n'entre pas dans les attributions d'un Comité d'annulation. Un comité *ad hoc* n'est pas une instance d'appel. En toute hypothèse, le Comité estime que le Tribunal n'a pas excédé ses pouvoirs et qu'il a amplement motivé sa conclusion selon laquelle M. Pey Casado était le propriétaire de la totalité des actions CPP.
130. Le Chili soutient que le Tribunal a totalement omis d'appliquer le droit approprié en appliquant les mauvaises règles pour conclure que M. Pey Casado était le propriétaire des actions. Le Chili conteste deux aspects du raisonnement du Tribunal, qui concernent : (i)

⁷⁴ *Ibid.*, para. 447.

la validité des contrats de vente des actions ; et (ii) la validité du transfert des actions CPP. En ce qui concerne les contrats de vente des actions (les Protocoles d'Estoril et la Déclaration de Genève), le Chili soutient que le Tribunal aurait dû appliquer le Code civil espagnol et non le Code de commerce espagnol. En ce qui concerne le transfert des actions, le Chili soutient que le Tribunal aurait dû appliquer le Code de commerce chilien et la Règlementation des sociétés nationales et étrangères et non le Code civil chilien⁷⁵.

131. Le Comité note que le Tribunal a fondé son analyse relative à la propriété des actions CPP sur la constatation d'un ensemble de faits détaillés⁷⁶. La question juridique de la validité des contrats est introduite par le Tribunal dans les termes suivants⁷⁷ :

Dans le souci d'être complet, le Tribunal examinera en dernier lieu l'argument de la défenderesse visant à contester la validité juridique du contrat de vente des actions de CPP S.A.

132. La question de « la validité juridique du contrat de vente des actions » n'était pas essentielle pour le raisonnement et la conclusion du Tribunal en ce qui concerne la propriété des actions CPP. Par conséquent, même si l'on suppose, pour les besoins de la discussion, que le Tribunal a appliqué le mauvais droit pour trancher cette question (et, aux fins de clarification, le Comité ne dit pas que c'est ce que le Tribunal a fait), une telle erreur ne constituerait pas un excès de pouvoir manifeste, ni un défaut de motifs. En toute hypothèse, le Comité est persuadé, d'après les arguments des Demanderesses, que le Tribunal a implicitement appliqué le Code civil espagnol (article 1445 en particulier) en se référant à l'analyse des Demanderesses présentée au cours de l'audience de mai 2003 et en déclarant qu'il y avait un accord sur l'objet et sur le prix⁷⁸. Enfin, le Comité note que, comme l'affirment les Demanderesses, le Chili n'a jamais soutenu devant le

⁷⁵ Voir Rép. Déf. Annul., para. 391.

⁷⁶ Voir Sentence, paras. 202-218.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 219.

⁷⁸ Voir Répl. Dem. Annul., para. 74.

Tribunal que le Code civil espagnol était applicable pour déterminer la validité des contrats de vente. Le Chili s'attachait plutôt aux termes utilisés dans les documents concernés. Il va sans dire que la Sentence ne peut pas être annulée sur le fondement d'un argument introduit pour la première fois dans la procédure en annulation.

133. En ce qui concerne la validité du transfert de la propriété des actions CPP, le Tribunal a reconnu que l'article 451 du Code de commerce chilien et l'article 37 du Règlement sur les sociétés anonymes exigent le respect de normes spécifiques ; le Tribunal a considéré que ces normes doivent être observées afin d'assurer que le transfert de contrôle produise un effet *erga omnes*⁷⁹. Le Tribunal n'a cependant pas été convaincu par les arguments de la Défenderesse et a conclu que l'absence d'inscription au livre-registre des actionnaires de la société n'avait pas affecté la validité du transfert de contrôle qui est ici en cause, qui concerne un transfert *inter partes*⁸⁰.
134. Dans sa Réponse sur l'annulation, le Chili soutient que le Tribunal n'a pas indiqué la règle au regard de laquelle il a analysé la validité du transfert de contrôle *inter partes*. En l'absence de toute explication précise à ce sujet dans la Sentence, le Chili en déduit que le Tribunal a implicitement accepté les arguments des Demanderesses et a appliqué à tort le Code civil chilien⁸¹. Le Comité n'est pas d'accord. Il ne voit pas dans la Sentence de référence, explicite ou implicite, à l'application par le Tribunal du Code civil chilien à cette question. Le Tribunal a analysé les affaires pertinentes et les rapports d'experts et a conclu que ni le Code de commerce, ni le Règlement sur les sociétés anonymes ne prévoit la nullité du transfert en cas de non-respect des formalités requises⁸².

⁷⁹ Voir Sentence, para. 226.

⁸⁰ *Ibid.*, para. 227.

⁸¹ Voir Rép. Déf. Annul., para. 378.

⁸² Voir Sentence, paras. 227-228.

135. Le Comité ne constate aucun excès de pouvoir manifeste de la part du Tribunal sur ces questions et, comme indiqué ci-dessus, il estime que le Tribunal a amplement motivé ses conclusions. La demande du Chili est par conséquent rejetée.

(2) Investissement effectué conformément à l'API

136. Les parties sont en désaccord sur le point de savoir si l'investissement de M. Pey Casado était en fait un « investissement » au sens des articles 1(2) et 2(2) de l'API Chili-Espagne. Ces articles exigeaient que l'investissement ait été effectué « en conformité avec » la législation chilienne et ait la qualité d'investissement « étranger » au regard du droit chilien alors applicable.

137. Le Chili fait valoir que le Tribunal était tenu d'appliquer trois normes juridiques essentielles applicables aux investissements réalisés dans le secteur de la presse au Chili en 1972 et qui, le Tribunal l'a explicitement reconnu, étaient en vigueur au Chili à ce moment-là : (1) la Convention sur la double nationalité conclue entre le Chili et l'Espagne, qui a établi le concept de « nationalité effective », qui lui-même permettait de déterminer laquelle des législations de ces deux nations serait applicable à un moment donné à un ressortissant jouissant de la double nationalité hispano-chilienne ; (2) la Décision 24, qui exigeait qu'un apport en capital soit effectué par une personne étrangère pour qu'un investissement puisse avoir la qualité d'« investissement étranger » et qui empêchait tout investissement étranger dans le secteur de la presse chilien ; et (3) la loi chilienne n° 16.643, qui exigeait que les propriétaires de journaux au Chili soient chiliens.

138. Le Chili soutient que ces normes mettaient les Demanderesses face à un « dilemme inextricable ». Si M. Pey Casado était un étranger au moment de son investissement (1972), il n'aurait pas pu investir dans le secteur de la presse au Chili « en conformité avec le droit chilien », comme l'exige l'API, parce que tout investissement étranger dans le secteur des médias était interdit en 1972 tant par la Décision 24 que par la loi n° 16.643 ; au contraire, s'il était un ressortissant chilien à ce moment-là, alors, par

définition, il n'aurait pas pu réaliser un investissement « étranger » au sens de l'API. Selon le Chili, le Tribunal ne pouvait pas rationnellement considérer M. Pey Casado à la fois comme un Chilien au sens de la Décision 24 et de la loi n° 16.643 et comme un Espagnol au sens de l'API.

(i) *Excès de pouvoir manifeste*

139. Le Chili soutient que le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs en n'appliquant pas les articles 1(2) et 2(2) de l'API Chili-Espagne, qui exigeaient qu'il détermine si le prétendu investissement de M. Pey Casado était un investissement effectué « en conformité avec » le droit chilien et également s'il s'agissait d'un investissement « étranger ».

(ii) *Défaut de motifs*

140. Sur cette question, le Chili soutient également que le Tribunal n'a pas motivé sa conclusion selon laquelle M. Pey Casado était simultanément un étranger au sens de l'API et un ressortissant chilien au sens des normes chiliennes qui restreignaient les investissements étrangers dans le secteur de la presse. En d'autres termes, le Tribunal aurait dû apporter une solution motivée au « dilemme inextricable » plutôt que simplement déclarer de manière péremptoire (*ex cathedra*) qu'il n'y avait aucun dilemme⁸³.

⁸³ Voir Plan Dét. Arg. Déf. Pré-Audience, p. 5.

Positions des parties

Position du Chili

141. Le Chili résume sa position en ce qui concerne la conclusion du Tribunal quant à l'application de la Décision 24 dans les termes suivants⁸⁴ :

398. Had the Tribunal applied Articles 1 and 43 of Decision 24, it necessarily would have concluded that Mr. Pey's alleged investment was not a foreign investment, but rather only a domestic one, and that as such it was not covered by the Chile-Spain BIT. This conclusion in turn would have mandated a finding that Mr. Pey's claim was barred for failure to meet the jurisdictional requirement of proving the existence of an investment covered by the BIT.

399. Instead, the Tribunal decided to disregard Decision 24, on the asserted basis that, although in force, it was not adequately being enforced in Chile at the time of Mr. Pey's investment. In their Counter-Memorial, Claimants defend the Tribunal's decision. However, the fact that the Chilean government might not have established comprehensive mechanisms for enforcing all rules of Decision 24 does not mean that Decision 24 was not the applicable law in Chile at the time. It is not uncommon for new legislation to create new governmental agencies or departments and to establish new requirements that have to be processed by those agencies. It is understood that it takes time to create such governmental offices and to put in place those processes. This does not mean, however, that the whole legislation can be deemed ineffective, or can be set aside as "not really" constituting the governing law, until such time as implementing procedures are fully in place. The Tribunal failed to apply the proper law on this point, in a way that clearly affected the outcome of the case. This requires annulment under Article 52(1)(b).

142. En ce qui concerne la loi n° 16.643, le Chili soutient⁸⁵ :

404. As the Republic explained in its Memorial, it is illogical to suggest—as Claimants and the Tribunal do—that simply by virtue of Mr. Pey's dual nationality it was possible, on the one hand, for him to wear his *Spanish* hat when acquiring the newspaper for the purposes of the BIT, and yet at exactly the same time wear his *Chilean* hat when acquiring the newspaper for purposes of the

⁸⁴ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 398-399. Notes de bas de page omises.

⁸⁵ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 404-405. Notes de bas de page omises.

Chilean law relating to acquisition of media companies. The Republic is not suggesting, as Claimants insinuate, that Mr. Pey's dual nationality in itself would have rendered his investments in Chile unprotected by the BIT. Rather, because of Law 16,643, any investment made specifically in the newspaper industry in 1972 *a fortiori* had to be considered a domestic investment, because foreigners were prohibited from investing in this particular business sector.

405. The Tribunal exceeded its powers by failing to apply Chilean law 16,643 and also by failing to apply Article 2(2) of the BIT. By doing so, it accepted jurisdiction over an investment that as a matter of Chilean law could not benefit from the protection of the Chile-Spain BIT. Consequently, the Award should be annulled under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention. [Caractères italiques dans l'original]

143. Enfin, le Chili ajoute⁸⁶ :

406. There is an additional aspect of the Tribunal's finding of a "foreign" investment by Mr. Pey that merits discussion. In addition to all of the problems noted above relating to Mr. Pey's legal inability at relevant times to renounce Chilean nationality and his failure to take steps to actually do so, it is also relevant that at the time of Mr. Pey's alleged investment (1972), Mr. Pey was formally domiciled in Chile pursuant to Article 2 of the Dual Nationality Convention. Under that provision, and by the Tribunal's express terms, Mr. Pey had to be deemed fully Chilean for all legal purposes: "Dès cette inscription, les Chiliens en Espagne et les Espagnols au Chili jouiront de la pleine condition juridique des ressortissants de la façon prévue dans cet accord et dans les lois des deux pays." Therefore, had the Tribunal applied Article 2 of the Dual Nationality Convention to its analysis of the nature of the investment, it necessarily would have concluded that Mr. Pey's alleged investment was made as a Chilean national, and therefore could not have qualified as a foreign investment for the purposes of the BIT.

407. Further, Article 3 of the Convention makes clear that "[I]es ressortissants des deux parties Contractantes concernées ne seront pas soumis simultanément aux législations des deux parties en leur condition de personne naturelle de ces parties, mais uniquement à celle où ils ont élu domicile." Therefore, as stated in the Republic's Memorial, Mr. Pey could not have acquired the newspaper and have been considered a Spanish investor for the purposes of the BIT, and yet at exactly the same time have been considered a Chilean investor for the purposes of the Chilean law relating to the acquisition of media companies. Since Mr. Pey was Chilean for all legal purposes at the time he allegedly made the investment in

⁸⁶ *Ibid.*, paras. 406-408. Notes de bas de page omises.

question, his alleged acquisition could not have constituted a “foreign” investment under Chilean law.

408. The Tribunal’s failure to apply Articles 2 and 3 of the Dual Nationality Convention had a determinative effect on the Tribunal’s conclusions, because as a result [it] improperly asserted jurisdiction over an investment that could not have qualified as a foreign investment under the relevant Chilean law as required by Article 2(2) of the BIT. As a result, it also failed to apply Article 2(2) of the BIT, and it manifestly exceeded its powers, which compels annulment of the Award. [Soulignement dans l’original]

144. En ce qui concerne son affirmation selon laquelle le Tribunal n’a pas motivé sa décision sur cette question, le Chili soutient que le raisonnement du Tribunal exposé au paragraphe 410 de la Sentence⁸⁷ ne peut pas expliquer sa conclusion selon laquelle le dilemme invoqué n’a pas porté un coup fatal à la demande de M. Pey Casado dans le cadre de la procédure devant le CIRDI⁸⁸.

Position des Demanderesses

145. Les Demanderesses rejettent les arguments du Chili en ce qui concerne la Décision 24 dans les termes suivants⁸⁹ :

405. Tout au long de la procédure d’arbitrage, la République du Chili a soutenu que les investissements étrangers étaient régis par la Décision 24 du Pacte de Carthagène entrée en vigueur au Chili en 1971, conformément aux décrets n° 482 et 488. Dès lors, pour être qualifié d’investissement étranger, il convenait de démontrer l’existence de transferts de capitaux vers le Chili, par une personne n’ayant pas la nationalité chilienne. En outre, l’investissement devait être préalablement autorisé et enregistré auprès des autorités compétentes. Ne

⁸⁷ Voir Sentence, para. 410 : « Le Tribunal a déjà conclu que la Décision n° 24 n’avait en réalité jamais fait l’objet d’une application effective au Chili. Le dilemme mis en évidence par la défenderesse ne s’est donc jamais réellement posé. En 1972, lorsque M. Pey Casado a effectué son investissement, il était titulaire de la double nationalité hispano-chilienne. Résidant au Chili depuis 1947, M. Pey Casado bénéficiait de la Convention sur la double nationalité depuis 1958. La loi n° 16.643 ne contenant pas de disposition spécifique relative aux doubles nationaux, la situation de M. Pey Casado était donc tout à fait compatible avec les dispositions de ce texte ».

⁸⁸ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 478 et s.

⁸⁹ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 405-412. Notes de bas de page omises.

remplissant aucune de ces conditions, l'investissement réalisé par Monsieur Pey en 1972 ne pouvait être qualifié d'investissement étranger selon la délégation du Chili.

406. La position des Demanderesses concernant l'application de la Décision 24 du Pacte de Carthagène est résumée aux paragraphes 356 à 360 de la Sentence.

407. De fait, la question de l'entrée en vigueur et de l'application effective de la Décision 24 a été très largement débattue par les Parties.

408. Comme l'indique justement la République du Chili dans son Mémoire en annulation, le Tribunal arbitral, après avoir analysé les arguments des deux Parties, a considéré que la Décision 24 issue du Pacte de Carthagène était entrée en vigueur au Chili.

409. Partant, le Tribunal a continué d'analyser l'argumentaire des Parties sur la Décision 24. Il indique ainsi, « *dans l'hypothèse où la Décision n°24 serait entrée en vigueur, les Demanderesses ont toutefois fait valoir que l'application pratique de la Décision n°24 exigeait l'adoption d'un certain nombre de mesures qui n'ont pas été prises et qu'en conséquence la Décision n°24 n'a jamais été effectivement appliquée* ».

410. Aujourd'hui, pour la première fois, la République du Chili reproche au Tribunal arbitral d'avoir procédé à cet exercice. Selon elle, le Tribunal arbitral aurait dû appliquer les dispositions de la Décision 24 sans rechercher si celle-ci était effectivement appliquée, comme le lui demandaient les Demanderesses.

411. Cet argument est curieux. Il consiste à soutenir que le Tribunal aurait dû appliquer les dispositions de la Décision 24 à l'investissement de Monsieur Pey sans se soucier de savoir si ces dispositions étaient effectivement appliquées à tous les investissements étrangers au Chili à cette époque. En d'autres termes, l'investissement de Monsieur Pey aurait dû recevoir un traitement spécial, discriminatoire, par rapport aux autres investissements étrangers.

412. La République du Chili ne peut sérieusement reprocher au Tribunal arbitral de s'être assuré de l'application concrète et effective des dispositions de la Décision 24. Elle ne peut pas non plus demander au Comité *ad hoc* de sanctionner la Sentence sur ce fondement. [Caractères italiques dans l'original]

146. En ce qui concerne les arguments du Chili relatifs à la loi n° 16.643, les Demanderesses soutiennent⁹⁰ :

417. S'agissant du prétendu dilemme soulevé par la République du Chili, le Tribunal arbitral précise « le Tribunal a déjà conclu que la Décision n°24 n'avait en réalité jamais fait l'objet d'une application effective au Chili. Le dilemme mis en évidence par la défenderesse ne s'est donc jamais réellement posé ».

418. Aujourd'hui, pour la première fois, la République du Chili prétend que le dilemme en question concerne l'incompatibilité du respect des dispositions de la loi 16.643 et la qualité d'investisseur étranger au sens de l'API. Elle soutient que pour être qualifié d'investissement étranger, Monsieur Pey devait avoir effectué son investissement en qualité d'espagnol en 1972.

419. Ce n'est pas ce qu'a retenu le Tribunal dans sa Sentence. En effet, le Tribunal constate que l'API retient une « conception large de la notion d'investissement » la seule condition étant « celle de l'acquisition en conformité au droit de l'État d'accueil ».

420. Or, le Tribunal a constaté que le droit chilien ne contenait pas de disposition définissant l'investissement étranger et que celui-ci ne devait pas remplir de condition particulière. La loi 16.643 de 1967 quant à elle ne concerne pas l'investissement. Elle impose simplement aux propriétaires de journaux d'être de nationalité chilienne, condition remplie par Monsieur Pey en raison de sa double nationalité en application de la CDN de 1958. La République du Chili ne peut donc s'appuyer sur la loi 16.643 pour démontrer que l'investissement de Monsieur Pey n'était pas un investissement étranger au sens de l'API.

421. En réalité, la République du Chili entretient volontairement une confusion entre différentes notions, l'application *ratione materiae* et l'application *ratione personae* de l'API. Or, l'argument du Chili ci-dessus mentionné concerne l'application *ratione personae* de l'API. A cet égard, le Tribunal a considéré que l'API ne contenait pas de disposition spécifique aux double-nationaux. Il a également conclu qu' « un double-national n'est pas exclu du champ de l'API, même si sa nationalité 'effective et dominante' est celle de l'État de l'investissement (contrairement à ce qui a été soutenu dans l'avis de droit du Professeur Dolzer, produit par la défenderesse) ». En outre, le Tribunal arbitral a considéré que « contrairement à l'article 25 de la Convention CIRDI, l'API ne précise pas le moment de l'appréciation de la nationalité de la partie requérante.

⁹⁰ *Ibid.*, paras. 417-423. Notes de bas de page omises.

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 ».

422. La position du Tribunal arbitral sur la condition d'application *ratione personae* n'est donc en rien incompatible avec sa décision concernant le respect de la loi chilienne 16.643 relative à l'abus de publicité.

423. Contrairement à l'allégation du Chili, le Tribunal arbitral a bien appliqué le droit chilien pour déterminer si l'investissement de Monsieur Pey avait été effectué en conformité au droit chilien. [Caractères italiques dans l'original]

147. Les Demanderesses réfutent par conséquent l'affirmation du Chili selon laquelle le Tribunal n'a pas motivé sa décision à cet égard⁹¹.

Analyse du Comité

148. Il s'agit d'une question complexe. C'est ce qu'a reconnu le Tribunal, qui a analysé tous les aspects de la question et a étudié très minutieusement tous les arguments des parties. Il se peut que le Chili ne soit pas d'accord avec les conclusions du Tribunal, mais, là encore, il convient de rappeler qu'il ne s'agit pas d'un appel, mais d'une procédure en annulation et que ce n'est pas le rôle d'un comité d'annulation d'agir en tant que cour d'appel. Comme cela sera expliqué ci-après, le Comité ne constate aucun excès de pouvoir manifeste dans les conclusions du Tribunal en ce qui concerne la Décision 24, la loi n° 16.643 ou la Convention sur la double nationalité. En outre, le Comité estime que le Tribunal a amplement et de manière extrêmement détaillée motivé ses conclusions.

149. Contrairement à ce qu'affirme le Chili, le Comité estime que le Tribunal a appliqué le « droit approprié », c'est-à-dire les articles 1(2) et 2(2) de l'API, ainsi que le droit chilien auquel ces dispositions font référence. Cela est clairement indiqué par le Tribunal au paragraphe 370 de la Sentence. Dans le même paragraphe, le Tribunal a déterminé que le

⁹¹ *Ibid.*, paras. 439-448.

droit applicable était le droit chilien en vigueur en 1972, au moment où l'investissement a été effectué.

150. Selon le Chili, le droit chilien applicable comprenait trois normes applicables au secteur de la presse. L'une de ces normes est connue sous le terme de Décision 24⁹². Le Tribunal a reconnu que cette Décision était en vigueur au Chili mais, au vu des éléments de preuve produits par les parties, il a estimé que, en 1972, la Décision 24 n'avait pas fait l'objet d'une application effective par le Chili « ...[vu] l'absence d'adoption des mesures nécessaires à cette fin... »⁹³. Pour ces raisons, le Tribunal a conclu que la Décision 24 était inopérante.
151. Le Chili soutient que, en concluant que la Décision 24 était inopérante parce qu'elle n'avait pas été appliquée au Chili, le Tribunal a ajouté une condition à l'article 2(2) de l'API et, par conséquent, n'a pas appliqué le droit approprié. Il n'entre pas dans les attributions du Comité de déterminer si le Tribunal a eu ou non raison de tenir compte du caractère effectif de la Décision 24 afin de décider si elle faisait partie de la « législation de la Partie contractante concernée », comme l'exige l'article 2(2) de l'API. En toute hypothèse, le Comité note que le Tribunal a poursuivi en analysant les réglementations auxquelles la Décision 24 devait se substituer et a estimé qu'elles n'étaient pas applicables à l'investissement réalisé par M. Pey Casado⁹⁴.
152. La seconde norme évoquée par le Chili est la loi n° 16.643, qui exige que les propriétaires de journaux chiliens soient des ressortissants chiliens. Le Chili a soutenu que cette loi est pertinente pour déterminer si l'investissement a été « acquis en

⁹² Document approuvé en 1970 par la Commission créée par l'Accord de Carthagène (traité multilatéral d'intégration régionale auquel le Chili est partie) relatif au régime commun concernant le traitement des capitaux étrangers dans les États parties à l'Accord.

⁹³ Voir Sentence, para. 401 ; voir aussi paras. 397-398.

⁹⁴ *Ibid.*, paras. 402-408.

conformité avec le droit » du Chili, comme l'exige l'article 1(2) de l'API. Comme indiqué précédemment dans cette Décision, le Chili a fait valoir que les Demanderesses avaient fait face à un « dilemme inextricable » au moment où l'investissement a été réalisé : acquérir le journal en tant qu'investisseur espagnol aux fins de la Décision 24 et, dans le même temps, acquérir le journal en tant qu'investisseur chilien aux fins de la loi n° 16.643. Le Tribunal a résolu la question à cet égard d'une manière très simple. Un tel dilemme n'existait pas, a dit le Tribunal, parce que (comme noté ci-dessus) la Décision 24 n'était pas applicable. En outre, le Tribunal a déclaré que, au moment où l'investissement a été réalisé, M. Pey Casado jouissait de la double nationalité et, puisque la loi n° 16.643 ne contenait pas de disposition spécifique en ce qui concerne les doubles nationaux, l'investissement était parfaitement compatible avec cette loi⁹⁵. De l'avis du Comité, en interprétant ainsi la loi n° 16.643, le Tribunal a appliqué le droit approprié.

153. Le Chili soutient également qu'il existe un dilemme du fait de la loi n° 16.643, qui exige que le propriétaire d'un journal soit chilien, et de l'article 2(2) de l'API, qui exige qu'un investissement soit « étranger » (indépendamment de la Décision 24). À cet égard, le Chili soutient que le Tribunal n'a pas appliqué les articles 2 et 3 de la Convention sur la double nationalité, qui est la troisième norme visée par le Chili.
154. Le Chili fait valoir que, en application des dispositions visées dans le paragraphe précédent, M. Pey Casado, du fait qu'il était domicilié au Chili en 1972, doit être considéré comme un ressortissant chilien à toutes fins juridiques. Le Chili affirme que, si le Tribunal avait appliqué ces dispositions, il aurait nécessairement conclu que l'investissement était en fait chilien et non « étranger » au sens de l'API. Les Demanderesses répondent que cet argument n'a jamais été soulevé devant le Tribunal.

⁹⁵ *Ibid.*, para. 410.

155. Que le Chili ait ou non soulevé cet argument devant le Tribunal, le Comité note que le Tribunal a interprété l'article 2(2) de l'API comme exigeant qu'il détermine si l'acquisition par M. Pey Casado des actions CPP constituait un investissement « étranger » conformément au droit chilien applicable en 1972. Dans le cadre de cette détermination, et comme le Comité l'a déjà observé ci-dessus, le Tribunal a estimé que le droit applicable n'englobait pas la Décision 24, que la situation de M. Pey Casado ne tombait pas dans le champ d'application des autres décrets auxquels la Décision 24 devait se substituer et que la loi n° 16.643 n'était pas incompatible avec la double nationalité de M. Pey Casado. Le Tribunal a ensuite conclu qu'il n'existait pas de définition précise du concept d'investissement « étranger » au Chili en 1972 et que, étant donné que M. Pey Casado avait acquis les actions et les avait payées au moyen de devises étrangères provenant de comptes bancaires ouverts en Europe, son investissement pouvait donc être considéré comme « étranger » et en conformité avec les articles 1(2) et 2(2) de l'API⁹⁶. En conséquence, le Tribunal n'a pas eu besoin de décider si M. Pey Casado avait effectué son investissement en tant que ressortissant espagnol ou ressortissant chilien ou encore comme double national afin que l'investissement soit considéré comme « étranger ».
156. Le Comité note que la conclusion du Tribunal à cet égard est cohérente avec ce qu'il a décidé dans les paragraphes suivants de la Sentence en ce qui concerne la question de la nationalité au regard de l'API⁹⁷. Le Tribunal a décidé que les dates auxquelles la condition de nationalité au sens de l'API devait avoir été satisfaite étaient la date du consentement de M. Pey Casado à l'arbitrage et la date des violations alléguées de l'API, et non la date à laquelle l'investissement avait été effectué⁹⁸. Le Tribunal a également

⁹⁶ *Ibid.*, para. 411.

⁹⁷ *Ibid.*, paras. 412-418.

⁹⁸ *Ibid.*, para. 414.

conclu que l'API, contrairement à la Convention CIRDI, n'empêche pas un double national d'intenter une action contre son propre État⁹⁹. Dans ces circonstances, le Comité estime que le Tribunal a appliqué le droit approprié.

157. Le Comité ne constate aucun excès de pouvoir manifeste dans les conclusions du Tribunal relatives à la Décision 24, la loi n° 16.643 ou la Convention de double nationalité. Le Comité estime que le Tribunal a amplement et de manière très détaillée motivé ses conclusions sur ce point.

158. Les demandes du Chili sont en conséquence rejetées.

(3) L'application *ratione temporis* de l'API

159. Le point de départ du Chili à cet égard est que le seul investissement des Demanderesses a été leur investissement dans *El Clarín*. Le Tribunal a conclu dans la Sentence que *El Clarín* avait été définitivement exproprié au plus tard en 1975 : d'abord *de facto*, au moyen de la saisie matérielle des installations du journal en 1973, puis *de jure*, au moyen d'un décret d'expropriation publié en 1975. Le Tribunal a également conclu que l'expropriation avait été instantanée, rejetant expressément l'argument des Demanderesses selon lequel cette expropriation constituait un « acte continu » et donc une violation qui subsistait au moment de l'entrée en vigueur de l'API. En outre, le Tribunal a considéré que les actes du Chili postérieurs à l'API, qu'il a finalement considérés être des violations du traité – à savoir l'adoption de la Décision n° 43 et le déni de justice allégué dans le cadre de la procédure relative à la rotative Goss – étaient complètement séparés et distincts de l'expropriation de 1975. En particulier, la Sentence a relevé : « [I]a saisie et le transfert de la propriété à l'État des biens des sociétés CPP

⁹⁹ *Ibid.*, para. 415.

S.A. et EPC Ltda sont constitutifs d'un fait consommé et distinct des violations postérieures à l'entrée en vigueur de l'API [...] »¹⁰⁰.

160. Selon les termes utilisés par le Chili dans son Plan Détaillé (en page 6), « since *El Clarín* had been definitively expropriated by 1975, Claimants had no remaining investment in Chile by the time of the BIT's entry into force (1994) and *a fortiori* no investment by the date of the alleged post-BIT acts for which the Tribunal found Chile responsible ».

(i) *Excès de pouvoir manifeste*

161. A la lumière de la propre conclusion du Tribunal selon laquelle l'investissement de M. Pey Casado dans *El Clarín* avait entièrement disparu lors de son expropriation dans les années 70, la principale question soulevée par le Chili au regard de l'article 52(1)(b) est celle de savoir si le Tribunal a omis d'appliquer le droit approprié (article 2(2) de l'API) en n'identifiant pas l'investissement appartenant encore aux Demanderesses qui aurait pu être affecté par les actes et les omissions réputés constituer des violations de l'API.

(ii) *Défaut de motifs*

162. La principale question soulevée par le Chili au regard de l'article 52(1)(e) est celle de savoir si le Tribunal a omis de motiver sa décision de se reconnaître compétent pour statuer sur le dommage allégué causé à un investissement qui, selon le propre raisonnement du Tribunal, avait disparu plus de vingt ans avant l'entrée en vigueur de l'API, et, par conséquent, n'aurait pu constituer un « investissement existant » ni à ce moment-là, ni au moment des actes ultérieurs de l'État constituant selon le Tribunal le fondement de la responsabilité.

¹⁰⁰ *Ibid.*, para. 620.

Positions des parties

Position du Chili

163. Le Chili soutient que le Tribunal n'a pas appliqué les articles 1(2) et 2(2) de l'API selon les termes suivants¹⁰¹ :

416. Here, the Republic asserts that the Tribunal manifestly exceeded its powers because it improperly asserted jurisdiction over alleged post-BIT acts by Chile that could not have affected any investment of Claimants, for the simple reason that Claimants had no investment still existing at the time of the alleged acts. The Tribunal correctly noted at the outset of its analysis in the Award that Articles 1(2) and 2(2) of the BIT permitted claims only for investments that were "already existing at the time of entry into force of the BIT":

Il est clair, en revanche, que les articles 1(2) et 2(2) de l'API exigent de l'investisseur qu'il effectue un investissement qui soit conforme à la législation chilienne en vigueur à l'époque et, s'agissant d'investissements existant au moment de l'entrée en vigueur du traité, qui puisse être qualifié d'investissement étranger au sens de cette législation.

417. The foregoing necessarily means that an investment that had terminated before the date of the BIT's entry into force (*i.e.*, that was no longer "existing" on that date) would be outside the scope of the BIT. However, and incongruously, the Tribunal then failed to identify an investment by Mr. Pey that was still "existing" upon entry into force of the Chile-Spain BIT in 1994. In other words, having first articulated correctly what the BIT required by way of analysis for application of Articles 1(2) and 2(2), it then simply failed to apply such requirements to Claimants.

418. It bears recalling that the investment Mr. Pey allegedly made ceased altogether to exist in 1973, upon the *de facto* confiscation of *El Clarín*, or at the latest in 1975, upon the issuance of Decree No. 165 formally expropriating *El Clarín* and definitively dissolving the relevant corporate entities (CPP and EPC). The Tribunal itself conceded this key point when it concluded that the expropriation of *El Clarín* was an "instantaneous" act that concluded when it happened in the 1970s. This means necessarily that Claimants' investment was extinguished at that time. The Tribunal did not purport to suggest that the

¹⁰¹ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 416-422. Notes de bas de page omises.

“investment” somehow continued to exist independently of the property that was expropriated, or that every subsequent disposition by the Government of the expropriated property constituted a new “expropriation” affecting the original owners. To the contrary, the Tribunal’s conclusion was precisely the opposite: that the expropriation of *El Clarín* was not a “continuing” act.

419. Given the Tribunal’s conclusions in this regard, it is impossible to discern what “investment” the Republic harmed when it undertook the acts that the Tribunal concluded were post-entry into force violations of the BIT. The Tribunal simply does not address this issue at all in the Award. But if *El Clarín* was expropriated definitively at the latest by 1975, as the Tribunal conceded, and if Claimants furthermore did not allege the existence of any other investment, what investment by Claimants could possibly have existed past 1994, the year the BIT entered into force? What was the investment that was harmed by the post-1994 acts that formed the basis of the Tribunal’s finding of responsibility against Chile?

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. The Republic could not have foreseen this outcome during the underlying proceedings, as no acts other than the expropriation itself had been the subject of a claim in the arbitration. Claimants had argued that the expropriation of their original investment should be deemed a “continuing” one that for that reason should be deemed to exist past the date of the BIT’s entry into force, but they had never argued either (a) that the investment *itself* was somehow a “continuing” one; or (b) that they had made some other (different) investment that was covered by the BIT and that was harmed by Chile’s purported post-BIT acts.

421. Accordingly, there was no reason for Chile to make any arguments in this regard, and no way it could have predicted that the Tribunal would rule in Claimants’ favor on the basis of events that occurred long after Mr. Pey’s investment, which by the Tribunal’s own reasoning had long before been definitively extinguished. It was only upon reviewing the Award that the Republic realized this fundamental inconsistency of the Tribunal’s ruling, and that it had based its finding of responsibility on alleged post-1994 violations without identifying any investment still existing at the time of those acts. Claimants’ waiver argument therefore fails.

422. Claimants also now contend, in their Counter-Memorial, that despite the language of the treaty, and despite the Tribunal’s acceptance that such language required an “existing” investment at the time of the BIT’s entry into force, the BIT in fact does not require that the alleged investment still be in existence at the time of the BIT violation. They therefore apparently argue that it is possible to breach a particular BIT even if there is no investment in place that is subject to the BIT’s protection. This is an unsustainable position, because it means that any investment made at any point in the past (no matter how long before the BIT’s

entry into force) somehow continues to enjoy protection under the BIT *ad aeternitatem*. As a matter of logic and common sense, this cannot be correct; more importantly for purposes of this annulment proceeding, and in particular of the question of manifest excess of powers, it is directly at odds with the actual treaty language. As the Tribunal noted, the BIT requires an “existing” investment at the time of the BIT’s entry into force, and yet, it failed to identify any investment owned by Claimants that was still “existing” in 1994. This clear failure by the Tribunal to apply Articles 1(2) and 2(2) of the BIT was a manifest excess of powers, which compels annulment of the Award under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention. [Soulignement et caractères italiques dans l’original]

164. À l’appui de son affirmation selon laquelle le Tribunal n’a pas motivé ses conclusions sur ce point, le Chili déclare¹⁰² :

485. The Tribunal also failed to state reasons on what the “existing investment” was; *i.e.* what investment Mr. Pey still had in Chile at the time the BIT entered into force and/or at the time the Republic undertook the challenged post-BIT acts. On this issue, the Tribunal reached the following conclusions in the Award: (1) Articles 1(2) and 2(2) of the BIT required that there be an *existing investment* by Mr. Pey in 1994, when the BIT entered into force; and (2) the *El Clarín* newspaper had been completely expropriated—and thus the relevant investment had become extinguished—by 1975 at the latest; (3) the expropriation was instantaneous, and thus contrary to Claimants’ argument, it did not constitute a violation that was still continuing at the time the BIT entered into force; and (4) the post-BIT acts by Chile that the Tribunal ultimately found to be treaty violations—Decision 43 and the alleged delay in local court proceedings regarding the Goss Machine—were completely different, and distinct from, the 1975 expropriation.

486. As a matter of pure logic, the foregoing cumulus of conclusions should have led the Tribunal to conclude that Mr. Pey had no investment that was still an existing one in 1994, at the time the BIT entered into force, and that therefore there was no proper basis for exercising jurisdiction over Mr. Pey’s claim. Yet the Tribunal simply proceeded to assert jurisdiction without explaining its solution to the foregoing conundrum. It did not explain if it was basing its assertion of jurisdiction on some theory that the investment made in *El Clarín* was somehow a “continuing” one even though, as explained above, it had determined that the exprop[r]iation of *El Clarín* had been definitely completed and terminated no later than 1975. But on the other hand, the Tribunal also did not explain if it was basing its assertion of jurisdiction on the existence of a

¹⁰² *Ibid.*, paras. 485-487. Notes de bas de page omises.

different investment; that is, some *other* investment by Mr. Pey or by the President Allende Foundation—aside from the long-extinguished *El Clarín* investment—that could have been deemed to exist in 1994, when the BIT entered into force, or after that, when Chile committed the post-BIT acts that the Tribunal found objectionable. Instead, the Tribunal simply assumed—without any explanation or reasoning—the existence of some investment: “En revanche, les dispositions de fond de l’API sont applicables *ratione temporis* à la violation résultant de la Décision n°43 et au déni de justice allégué par les demanderesse[s], ces actes étant post[é]rieurs à l’entrée en vigueur du traité.”

487. The Tribunal seemingly contented itself with noting that it had the authority to take into consideration pre-BIT events in order to give context to the post-BIT acts. However, this did not give the Tribunal the authority to elevate to the status of an “existing” investment one that, by the Tribunal’s own finding, had been clearly extinguished long before the BIT’s entry into force. [Caractères italiques dans l’original]

Position des Demanderesses

165. Les Demanderesses sont en désaccord avec le raisonnement du Chili. Elles expliquent¹⁰³ :

425. Par cet argument, la République du Chili entend enfermer le Tribunal arbitral - et partant le Comité *ad hoc* - dans un syllogisme simpliste qui peut se résumer ainsi : l’acte instantané et achevé qu’est le Décret n°165 de 1975 édictant la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée et le passage de tous leurs biens à l’État équivaut à l’extinction pure et simple de tous les droits afférents à ces biens, et en particulier de la protection conférée par l’API.

[...]

433. S’agissant du point de savoir si l’investissement effectué par Monsieur Pey en 1972 était couvert par l’API, le Tribunal fonde sa décision sur l’article 2.2 de l’API qui prévoit :

Le présent Traité s’appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l’une des Parties contractantes dans le territoire de l’autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en

¹⁰³ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 425 ; 433-438. Notes de bas de page omises.

vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger. (Soulignement ajouté)

434. Or, rien dans cet article [de l'API] n'impose que l'investissement réalisé existe encore à la date de la violation par l'État d'accueil. Il impose seulement que l'investissement réalisé antérieurement à l'entrée en vigueur ait été réalisé conformément à la législation en vigueur dans l'État d'accueil à la date de l'investissement. Le Tribunal a conclu que tel était le cas.

435. L'argument de la Défenderesse consiste à imposer un critère supplémentaire dans la définition des investissements protégés par l'API. Or, comme l'a indiqué le Tribunal arbitral à propos de la définition du terme « investissement » « *une telle démarche serait de toute évidence contraire à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités* ».

436. En outre, l'imposition d'une telle condition supplémentaire contrevient à l'objet même du droit international de protection des investissements. En effet, suivre l'argument de la République du Chili équivaldrait à vider de son sens tout traité de protection des investissements.

437. Ceci a d'ailleurs été rappelé dans plusieurs affaires portées devant des tribunaux arbitraux CIRDI et encore récemment dans la sentence rendue le 15 avril 2009 dans l'affaire *Phoenix Action Ltd c/ La République Tchèque* qui précise :

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

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

166. En outre, les Demanderesses réfutent l'affirmation du Chili selon laquelle le Tribunal n'a pas motivé ses conclusions sur ce point¹⁰⁴.

¹⁰⁴ *Ibid.*, paras. 439 et s.

Analyse du Comité

167. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Il n'entre pas dans les attributions du Comité de dire qu'il est d'accord avec le raisonnement et la conclusion du Tribunal sur quelque question que ce soit (bien qu'il le soit sur cette question particulière). Cependant, il entre tout-à-fait dans ses attributions d'examiner le raisonnement et la conclusion du Tribunal sur chaque question soulevée par la Défenderesse, comme il l'a fait, et de s'assurer, au regard de ces motifs spécifiques, que le Tribunal n'a pas excédé ses pouvoirs, ni n'a omis de motiver sa décision.
168. Le Comité note que cet argument de l'« investissement existant » n'avait pas été soulevé par le Chili devant le Tribunal. Néanmoins, le Comité considère que, aux fins des motifs invoqués, le Tribunal a appliqué l'article 2(2) de l'API et le droit chilien applicable pour conclure que l'investissement effectué par M. Pey Casado en 1972 était bien couvert par l'API¹⁰⁵. En outre, le Comité est d'accord avec les Demanderesses sur le fait que l'on aurait pu faire valoir que l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdure même si les droits en tant que tels ont pris fin¹⁰⁶, dès lors que l'obligation au titre du traité en question était en vigueur à l'égard de l'État concerné au moment de la violation alléguée¹⁰⁷. Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API *ratione temporis*¹⁰⁸. Le Comité estime que le Tribunal n'a pas expressément abordé la question de l'investissement existant car elle n'avait pas été soulevée en ces termes par les parties dans la procédure arbitrale. Par conséquent, on ne peut pas considérer que le Tribunal n'a pas motivé sa décision. La

¹⁰⁵ Voir Sentence, paras. 431-432.

¹⁰⁶ Voir *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI ARB/04/13, Décision sur la compétence en date du 16 juin 2006, para. 135.

¹⁰⁷ Voir *Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI ARB(AF)/99/2, Sentence en date du 11 octobre 2002, para. 68 (ci-après « *Sentence Mondev* »).

¹⁰⁸ Voir Sentence, paras. 419-466.

demande en annulation de la Défenderesse sur le fondement de ce motif est par conséquent rejetée.

(4) L'investissement par la Fondation – excès de pouvoir manifeste

169. La principale question soulevée par le Chili à cet égard est celle de savoir si le Tribunal a commis un excès de pouvoir manifeste en n'appliquant pas le droit approprié — l'article 1(2) de l'API et l'article 25 de la Convention CIRDI — pour déterminer si la cession à la Fundación des droits de réclamation de M. Pey Casado constituait un « investissement » au sens de l'API et de la Convention CIRDI.

Positions des parties

Position du Chili

170. Le Chili expose sa position dans les termes suivants¹⁰⁹ :

411. The Republic could not have anticipated during the arbitral proceeding that in its Award, the Tribunal would confuse a transfer of shares for ownership purposes with the mere transfer of litigation rights, and that in doing so, it would fail to analyze the real nature of the Foundation's alleged investment as a matter of Chilean law. This, like other annulable errors, became evident to the Republic only upon review of the Tribunal's Award.

[...]

413. Chile's analysis in the Memorial of whether the claim rights received by the Foundation from Mr. Pey could qualify as an investment was based on the Tribunal's reasoning in the Award regarding Mr. Pey's alleged investment. As Claimants concede, the Tribunal itself acknowledged a requirement of analyzing whether the Foundation fulfilled the jurisdictional requirements established by the ICSID Convention and the Chile-Spain BIT. However, the Tribunal failed to assess whether the claim rights received by Foundation could in and of themselves qualify as an investment. In its Memorial, the Republic applied to the Foundation the *same* standard that the Tribunal used to determine whether Mr.

¹⁰⁹ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 411 ; 413-414. Notes de bas de page omises.

Pey's alleged acquisition qualified as an investment, and demonstrated that the Tribunal had not applied to the Foundation its own standard to determine whether the Foundation held an "investment" covered by the BIT. Claimants have not responded to the Republic's arguments on this issue. For example, Claimants did not meaningfully controvert the Republic's assertion that the Tribunal failed to analyze whether the Foundation's alleged investment fulfilled the requirements established by the ICSID Convention and the Chile-Spain BIT.

414. Had the Tribunal performed with respect to the Foundation's alleged investment the same analysis that it had applied to Mr. Pey's alleged investment, it necessarily would have concluded that the litigation rights transferred by Mr. Pey to the Foundation did not qualify as an investment, either under the provisions of the Chile-Spain BIT—Article 1(2)—or under Article 25 of the ICSID Convention. Accordingly, the Tribunal manifestly exceeded its powers by asserting jurisdiction over an alleged "investment" by the Foundation that clearly did not arise out of any activity that could be considered an "investment" under either the ICSID Convention or the BIT. The Award must therefore be annulled under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention for this reason. [Caractères italiques dans l'original]

Position des Demanderesses

171. Les Demanderesses contestent les arguments du Chili sur ce point dans les termes suivants¹¹⁰ :

454. Au contraire, le Tribunal a indiqué "*la cession des actions n'a transmis que la qualité d'investisseur à la Fondation, et non pas de ce fait et nécessairement le droit de réclamation. Pour décider du sort des objections d'incompétence soulevées par la défenderesse à l'égard de la Fondation Président Allende, le Tribunal arbitral doit donc analyser la question de savoir si la Fondation Président Allende remplit toutes les autres conditions posées tant par la Convention CIRDI que par l'API quant à la compétence du Tribunal arbitral. En l'espèce ceci concerne notamment les conditions de nationalité au sens de la Convention CIRDI ainsi que le consentement des Parties à recourir à l'arbitrage CIRDI pour résoudre leur litige*".

[...]

¹¹⁰ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 454 ; 458. Notes de bas de page omises.

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

Analyse du Comité

172. Ici également, le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Selon le Comité, il s'agit là encore d'une tentative de la part de la Défenderesse d'interjeter appel de la décision du Tribunal devant le Comité en vue d'obtenir de celui-ci qu'il l'infirmes et décide, au lieu de cela, que les droits reçus par la Fondation de M. Pey Casado ne peuvent pas être qualifiés d'investissement. Cela, le Comité ne le fera pas. La Défenderesse tente de contester la conclusion du Tribunal selon laquelle il y a eu un transfert d'actions de M. Pey Casado à la Fondation, qui a conféré à cette dernière la qualité d'investisseur. La Défenderesse soutient que les actions avaient cessé d'exister et que, par conséquent, elles ne pouvaient pas avoir été transférées. Elle en conclut que M. Pey Casado aurait pu seulement transférer des droits relatifs à des litiges ou des réclamations qui ne peuvent pas être qualifiés d'investissement. Après examen des arguments des parties, le Tribunal est parvenu à une conclusion différente : la Fondation avait acquis la qualité d'investisseur¹¹¹. Ceci signifiait que l'investissement restait le même et que, par conséquent, il n'était pas besoin pour le Tribunal d'examiner de nouveau si les droits transférés à la Fondation pouvaient être qualifiés d'investissement au sens des dispositions de l'API et de la Convention CIRDI. Le Tribunal résume ainsi sa position au paragraphe 558 de la Sentence :

558. Cette conclusion est renforcée par le fait que, en tout état de cause, la Fondation Allende a obtenu la qualité d'investisseur par la cession de la part de l'investisseur initial, M. Pey Casado, d'une grande partie de son investissement. A ce propos, les mêmes règles que le Tribunal arbitral a énoncées quant à la notion d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI

¹¹¹ Voir Sentence, para. 543.

s'appliquent. Compte tenu de la rédaction très large de l'API, une interprétation plus stricte ne se justifierait pas. En particulier, l'API ne requiert pas que l'investisseur ait fait l'investissement lui-même, ce qui laisse ouverte la possibilité qu'un investissement (et la qualité d'investisseur) puisse résulter d'une cession de la part de l'investisseur initial.

173. Le Tribunal n'a pas commis d'excès de pouvoir et la Sentence ne sera pas annulée sur le fondement de ce motif. La demande de la Défenderesse est par conséquent rejetée.

D. Déni de justice

(1) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

(i) Violation du droit d'être entendu

174. Le Chili soutient que, en violation de l'article 52(1)(d), le Tribunal lui a refusé le droit d'être entendu sur le déni de justice allégué par les Demanderesses, ce qui a *in fine* engagé sa responsabilité aux termes de la Sentence. Ainsi, à titre préliminaire, la contestation soulevée par le Chili à cet égard pose la question de savoir si les Demanderesses ont présenté leur demande fondée sur un déni de justice dont le Tribunal a estimé le Chili responsable. Il est rappelé que le Tribunal a considéré que le Chili « a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ». La conclusion du Tribunal à cet égard est en outre énoncée au paragraphe 674 de la Sentence :

674. Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable.

Positions des parties

Position du Chili

175. Le Chili fait valoir que les Demanderesses n’ont jamais allégué de violations postérieures à l’entrée en vigueur de l’API liées à un déni de justice (Article 4 de l’API). En conséquence, la République n’a pas eu la possibilité de présenter des arguments en défense, des éléments de preuve ni des témoins en relation avec ces demandes¹¹².

176. Le Chili soutient que¹¹³ :

64. Claimants do not dispute that in the May 2008 Award, the Tribunal concluded that the BIT’s substantive provisions could not apply to the confiscation of *El Clarín* because the relevant expropriatory actions had predated the BIT’s entry into force in 1994. However, the Tribunal also concluded that the BIT could in fact be applied to certain alleged BIT violations by Chile that occurred *after* the Chile-Spain BIT entered into force.

65. The Tribunal found Chile liable to Mr. Pey under the fair and equitable treatment provision of the Chile-Spain BIT (Article 4) as a result of two such alleged post-entry-into-force violations. The first was an alleged procedural denial of justice due to an “undue delay” by the First Civil Court of Santiago in deciding Mr. Pey’s claim for the 1973 confiscation of a Goss printing press that belonged to *El Clarín*. The second related to an administrative decision— known as “Decision 43”—that was rendered in Chile by the Ministry of National Assets following an administrative proceeding pursuant to a law enacted to compensate victims of Pinochet-era expropriations. In the particular proceeding that resulted in Decision 43—which was distinct and unrelated to the judicial proceeding concerning the Goss machine—the successors of the four registered shareholders of *El Clarín* had sought compensation from the State for the confiscation of *El Clarín*. It is important to recall in this regard that Chilean authorities had specifically invited Mr. Pey—in writing—to take part in this proceeding. However, Mr. Pey had voluntarily and expressly declined to participate (so as to not run afoul of the fork-in-the-road provision of the Chile-Spain BIT and thereby prejudice his ICSID claim).

¹¹² Voir Mém. Déf. Annul., para. 88. Note de bas de page omise.

¹¹³ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 64-68. Notes de bas de page omises.

66. At the conclusion of the relevant administrative process, the Chilean Ministry of National Assets issued “Decision 43,” in which it authorized compensation to the successors of the registered shareholders of *El Clarín* (a determination that the Republic continues to consider was correct, because the relevant beneficiaries were able to prove ownership of the CPP shares under Chilean law). Shortly after the issuance of Decision 43, Mr. Pey asked the ICSID Tribunal for provisional measures enjoining its execution. However, the Tribunal rejected this request, explaining that “*la Décision Ministérielle n° 43 et son exécution au Chili n’ont pas des conséquences telles qu’elles puissent affecter ou la compétence du Tribunal Arbitral CIRDI, ou les droits allégués par les Parties demanderessees . . .*” Later, however, and wholly inconsistently with its Provisional Measures decision, the Tribunal was to hold in the Award that the execution of Decision 43—that is, the compensation of persons other than Mr. Pey for the confiscation of *El Clarín*—had discriminated against Mr. Pey on the basis of his nationality, in violation of the fair and equitable treatment provision of the Chile-Spain BIT.

67. Claimants in their Counter-Memorial seek to sow confusion by blurring the lines between the alleged claims relating to the Goss printer and Decision 43 (*i.e.*, the “denial of justice” claim and the “discrimination” claim, respectively). The truth is that these two issues are—and were found by the Tribunal to be—completely distinct. While Claimants complained in the arbitration that Decision 43 was unfair by calling it a “denial of justice,” the basis for the Tribunal’s finding of “denial of justice” in the Award (as opposed to its finding of “discrimination”) was wholly unrelated to Decision 43. Rather, such finding related solely to the *length* of the Goss machine proceeding. Accordingly, it is important that the Committee members examine carefully—and in context—the passages that Claimants cite as evidence that they in fact asserted the alleged denial of justice claim for which the Tribunal found Chile liable. The Committee needs to determine what exactly it is that Claimants were referring to in those instances in which they used the term “denial of justice” at various times in the arbitration, and then to determine whether the intended meaning in such instances matches the alleged claim upon which the Award actually was based.

68. As Chile explained in its Request for Annulment and in its Memorial, it was not afforded an opportunity to be heard regarding either of the two alleged claims on which the Tribunal based its Award. It was precluded from responding to the denial of justice “claim” because: (1) Claimants at no point asserted any denial of justice claim specifically relating to the delay in the Goss machine proceeding (which was the sole basis of the Tribunal’s finding of responsibility due to “denial of justice”); and (2) Claimants purported to assert a vague “denial of justice” claim concerning the Goss Machine proceedings only on the final day of the final hearing. Moreover, the vague denial of justice “claim” was purportedly raised at a hearing that Claimants concede had been convened to address “questions portant exclusivement sur la compétence,” and which therefore was an inappropriate context for raising any new merit claim. [...] [Caractères italiques dans l’original]

177. Selon le Chili, la demande fondée sur le déni de justice a été introduite en tant que demande autonome, pour la première fois et sur incitation du Tribunal, lors de l'audience qui s'est tenue en janvier 2007¹¹⁴. Cependant, il n'a jamais été donné aux parties la possibilité de soumettre leurs arguments sur cette demande.
178. En examinant les argumentations antérieures, le Chili note que le terme déni de justice a été utilisé dans l'Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire des Demanderesses en date du 11 septembre 2002, mais qu'il a alors été utilisé en référence à la Décision n° 43 et non en référence à la rotative Goss¹¹⁵. Bien que la Demande complémentaire des Demanderesses en date du 4 novembre 2002 fût relative à la rotative Goss, le Chili soutient qu'il s'agissait uniquement d'une demande en restitution de la rotative ou en indemnisation au titre de sa confiscation¹¹⁶. Lors de l'audience de mai 2003, les Demanderesses ont expressément confirmé que l'ensemble des demandes présentées dans leur Requête d'arbitrage et leur Demande complémentaire étaient des demandes fondées sur la confiscation¹¹⁷. Lors de l'audience sur l'annulation, le conseil du Chili a résumé l'argument dans les termes suivants : « it [Claimants' Ancillary Request] does refer to the denial of justice, it does refer to the Goss machine, but it does not refer to the basis on which the Tribunal ruled against Chile, which was the delay [...]. [T]hey never articulated any denial of justice claim under international law as a free-standing claim. »¹¹⁸.

¹¹⁴ Voir Mém. Déf. Annul., para. 218. Note de bas de page omise.

¹¹⁵ *Ibid.*, para. 133. Note de bas de page omise.

¹¹⁶ *Ibid.*, para. 146. Note de bas de page omise.

¹¹⁷ *Ibid.*, para. 194, Note de bas de page omise ; Tr. Annulation [1] [114:21-115:15] (Ang.) ; [46:21-33] (Fr.) ; [121:6-22] (Esp.) ; Tr. Arb. [1] [159:23-160:6] (Fr.), soumise comme pièce RA-24.

¹¹⁸ Voir Tr. Annulation [2] [329:9-330:1] (Ang.) ; [137:30-138:1] (Fr.) ; [357:13-358 :12] (Esp.).

179. En résumé, selon le Chili, lorsque les Demanderesses ont fait référence à une demande fondée sur le déni de justice pour la rotative Goss dans leurs écritures ultérieures, c'était toujours dans le cadre de demandes fondées sur une *confiscation*.

Position des Demanderesses

180. Les Demanderesses avancent qu'elles ont présenté leurs demandes de manière appropriée et en temps opportun au cours de la procédure d'arbitrage, notamment leur demande fondée sur le déni de justice¹¹⁹. Elles font valoir que : (1) « les Demanderesses ont toujours soutenu que les actes du gouvernement chilien à l'encontre de Monsieur Pey étaient constitutifs d'un déni de justice »¹²⁰ ; et (2) elles ont spécifiquement formulé une demande sur le fondement du déni de justice dans la Demande complémentaire du 4 novembre 2002 et la Réplique sur la compétence et le fond du 23 février 2003. À cet égard, les Demanderesses relèvent les divers cas dans lesquels elles ont utilisé dans leurs écritures le terme « déni de justice » et elles concluent de la manière suivante¹²¹ :

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

510. Là encore, les prétentions de la Défenderesse sont dénuées de fondement. Il suffit pour s'en convaincre de relire les écritures des Demanderesses. Afin de faciliter la tâche du Comité *ad hoc*, les Demanderesses ont extrait de leurs écritures et des transcriptions des audiences les passages pertinents.

[...]

¹¹⁹ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 490-527 et 541-547.

¹²⁰ *Ibid.*, para. 511.

¹²¹ *Ibid.*, paras. 509-510, 514 et 527.

514. En substance, les Demanderesses soutenaient que les actes pris par la République du Chili pour tenter de s'opposer à la compétence du Tribunal arbitral – en particulier la demande du Chili au Secrétaire Général du CIRDI d'annuler sa décision d'enregistrer la requête d'arbitrage déposée par les Demanderesses, les démarches de la République du Chili auprès du gouvernement espagnol pour parvenir à une interprétation commune des termes de l'API permettant au Chili de soutenir l'incompétence du Tribunal – ainsi que les mesures d'intimidation à l'égard de Monsieur Pey afin qu'il retire sa demande auprès du CIRDI, étaient constitutifs d'un déni de justice au sens du droit international public, constituant une violation supplémentaire de la République du Chili au titre de l'API.

[...]

527. Il résulte des développements précédents que les Demanderesses ont bien présenté des demandes pour déni de justice et pour violation du traitement juste et équitable et cela, en ce qui concerne la Décision n°43, depuis 2002, date des premiers échanges qui ont suivi l'invocation par le Chili de cette Décision Ministérielle au cours de l'audience de mai 2000. Pourtant, la République du Chili n'a pas hésité à consacrer presque 150 pages de son Mémoire en annulation à cette question. Par la longueur de ses développements la Défenderesse a vraisemblablement voulu conférer à sa demande, une apparence de sérieux, qui ne saurait tromper le Comité *ad hoc*.

181. Plus précisément, les Demanderesses indiquent qu'elles ont introduit la rotative Goss dans leur Demande complémentaire du 4 novembre 2002¹²² :

Monsieur Pey Casado est donc actuellement confronté au Chili à un déni de justice en ce qui concerne les presses GOSS.

D'une part, la possibilité de faire valoir ses droits devant les juridictions de l'ordre judiciaire lui a été refusée *in limine litis*. Ainsi ses recours ont été systématiquement rejetés *in limine litis* alors qu'ils étaient légalement et constitutionnellement recevables. M. Pey Casado et la Fondation espagnole ont donc été privés du droit fondamental d'accéder à la justice. En outre, la décision du Contralor du 14 octobre 2002 constitue un déni de justice par mauvaise application de la loi, détournement et abus de pouvoir.

¹²² *Ibid.*, para. 494, qui cite Demande Compl. Dem. pp. 6, 13 ; voir aussi Tr. Annulation [1] [329:9-330:1] (Ang.) ; [84:25-85:10] (Fr.) ; [221:1-222:3] (Esp.).

D'autre part, sur un plan purement pratique, Monsieur Pey Casado et la Fondation espagnole ne pourront plus obtenir une indemnisation au Chili pour la valeur de remplacement des presses GOSS. [...]

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. [Soulignement dans l'original]

182. Les Demanderesses font également référence à leur Réplique sur la compétence et le fond en date du 23 février 2003, dans laquelle elles ont soutenu que le déni de justice relatif à la rotative Goss avait entraîné la responsabilité internationale du Chili. La Réplique contient une section intitulée « Le déni de justice dans l'affaire GOSS entraîne la responsabilité internationale de l'État chilien. » Cette section est ainsi rédigée :

Les faits additionnels exposés le 4 novembre 2002 consistent dans :

1. Le retard exorbitant de la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago à statuer sur le fond : dans la procédure commencée en octobre 1995, il n'y a pas eu de sentence ;

2. Le rejet *in limine litis* par la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago, le 2 octobre 2001, de la demande de mesures conservatoires à l'égard de la « Décision N°43 », pour ce qui concerne les presses GOSS, rejet assorti d'un renvoi à la compétence de la Cour Suprême, s'agissant en l'occurrence de résoudre un éventuel conflit de compétences entre cette 1^{ère} Chambre et le Ministère des Biens Nationaux ;

3. Le rejet *in limine litis* par la Cour Suprême du Chili, le 2 juillet 2002, du conflit de compétence entre ladite autorité administrative et la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago, formé le 5 juin 2002 par les investisseurs espagnols [...]

Notons que tous ces rejets sont ostensiblement dépourvus du plus élémentaire souci de justifier leurs positions, et vont même jusqu'à se montrer en contradiction directe avec les données en jeu, ou à alléguer une absence de fondements, alors que la demande correspondante s'appuie méticuleusement sur les faits et les dispositions pertinentes.

Ces faits ont mis en place une situation de **déni de justice** à l'égard des droits de la Fondation espagnole et de M. Pey sur les presses GOSS.

Le **déni de justice** est en lui-même susceptible de recours à l'arbitrage (indépendamment du sort de la procédure interne ouverte en 1995), car le

différend entre les investisseurs espagnols et l'État du Chili porte sur la restitution des presses GOSS, ou sa valeur de remplacement. Pour l'API Chili-Espagne, le fait d'avoir porté le différend devant la juridiction nationale n'est pas incompatible avec le recours à l'arbitrage du CIRDI lorsqu'on se trouve face à une situation de **déni de justice**.

En d'autres termes, dans les circonstances **de déni de justice consommé** le 14 octobre 2002 (décision du Contralor Général, Pièce C216), le recours à l'arbitrage du CIRDI peut trouver son fondement dans le seul API Espagne-Chili. L'expert de la défenderesse, M. Dolzer, ne semble pas s'être rendu compte de ce fait ni, par conséquent, de ses conséquences. [Caractères gras dans l'original]

183. Dans leur Réplique de 2003, les Demanderesses font remarquer qu'elles se sont spécifiquement référées à des affaires dans lesquelles ont été analysées des demandes fondées sur un déni de justice, telles que *Azinian c. les États-Unis mexicains*¹²³ et *Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique*¹²⁴. Elles rappellent en outre que la question du déni de justice a été spécifiquement abordée au cours de l'audience de janvier 2007.

Analyse du Comité

184. Le Comité est d'accord avec le Chili sur le fait que le principe du contradictoire, qui est une règle fondamentale de procédure, est violé lorsqu'il n'est pas donné à une partie l'entière possibilité, d'une manière équitable et dans le respect de l'égalité des parties, de faire valoir sa position, de présenter ses arguments en défense ou de produire des éléments de preuve en ce qui concerne chacune des demandes et des questions, à chaque étape de la procédure d'arbitrage¹²⁵. Le Chili ajoute que, pour une partie défenderesse, le principe du contradictoire implique essentiellement le droit d'objecter ; cependant, pour

¹²³ *Robert Azinian et autres c. les États-Unis mexicains*, Affaire CIRDI ARB(AF)/97/2, Sentence en date du 1^{er} novembre 1999.

¹²⁴ *Sentence Mondev*.

¹²⁵ Voir Mém. Déf. Annul., para. 226.

que la possibilité d'objecter à une demande prenne tout son sens, la connaissance préalable de cette demande est nécessaire.

185. Bien que les Demanderesses reconnaissent également que les parties devraient avoir une large possibilité de considérer et présenter leurs argumentations écrites et orales sur toutes les questions soulevées, elles ajoutent que le Tribunal n'a pas l'obligation d'attirer l'attention des parties sur tel ou tel aspect d'un point juridique qu'elles pourraient avoir omis de traiter¹²⁶.
186. Dans la Sentence¹²⁷, le Tribunal résume bien les positions des parties. En ce qui concerne les Demanderesses, il renvoie à leurs écritures du 11 septembre 2002, du 4 novembre 2002 et du 23 février 2003 ainsi qu'à leurs plaidoiries lors de l'audience de janvier 2007. S'agissant de la Défenderesse, le Tribunal relève que le Chili n'a pas développé une analyse très complète des concepts de déni de justice ou de traitement juste et équitable, mais il suppose qu'il s'agissait d'un choix délibéré¹²⁸. Le Tribunal mentionne seulement quelques remarques faites par le conseil de la République lors des audiences de 2003 et de 2007¹²⁹.
187. Après avoir examiné les arguments des parties et les paragraphes pertinents de la Sentence, le Comité conclut que les Demanderesses ont bien présenté au Tribunal une demande fondée sur le déni de justice en ce qui concerne la rotative Goss¹³⁰.

¹²⁶ Voir Répl. Dem. Annul., para. 192, qui cite *Commentaire Schreuer Art. 52*, para. 317.

¹²⁷ Voir Sentence, paras. 637-649.

¹²⁸ *Ibid.*, para. 646.

¹²⁹ *Ibid.*, paras. 603-604 (noter en particulier les notes de bas de page 570 et 571).

¹³⁰ Le Comité traite uniquement de la responsabilité dans cette section de sa Décision et non des dommages-intérêts, qu'il traitera ultérieurement.

188. Le Comité reconnaît que la demande n'a pas fait l'objet de développements particuliers et qu'elle a été peu étayée par les Demanderesses, mais elle a clairement été soulevée et elle l'a été en tant que demande distincte des demandes fondées sur la confiscation.
189. Étant donné que la demande sur le fondement du déni de justice a été soulevée pour la première fois dans la Demande complémentaire des Demanderesses du 4 novembre 2002, la Défenderesse a eu la possibilité d'y répondre dans ses écritures du 3 février 2003 (Contre-mémoire sur la compétence et le fond) et du 4 avril 2003 (Réplique sur la compétence et le fond), ainsi que lors de l'audience de mai 2003 et, dans une certaine mesure, de l'audience de janvier 2007.
190. Si le Chili ne s'est pas défendu sur ce point, ce ne peut être, selon le Comité, que parce qu'il n'a pas compris qu'il s'agissait d'une demande spécifique distincte des demandes sur le fondement de la *confiscation*. Cependant, le défaut de réponse par le Chili à la demande fondée sur le déni de justice présentée par les Demanderesses n'est pas dû au fait que ce point n'ait pas été soulevé par celles-ci.
191. La question n'est pas de savoir si le Tribunal a donné aux deux parties la même possibilité de faire valoir leurs arguments ; il s'agit plutôt d'une situation dans laquelle la Défenderesse, quelle qu'en soit la raison, n'a pas utilisé son droit de répondre aux arguments des Demanderesses et d'essayer de les réfuter. Dans de telles circonstances, la Défenderesse ne peut pas faire de reproche au Tribunal, ni soutenir, comme elle le fait, qu'elle n'a jamais eu la possibilité de présenter ses arguments en défense.
192. Peut-être le Tribunal aurait-il pu demander aux parties de développer plus amplement leurs arguments sur la demande fondée sur le déni de justice, mais il n'avait aucune obligation à cet égard. Il ne s'agit pas d'une situation dans laquelle le Tribunal est sorti

du cadre juridique établi par les Demanderesses¹³¹. Le Tribunal a conclu que le Chili était responsable sur le fondement d'arguments qui avaient été présentés, certes brièvement, par une partie.

193. Le Comité observe que les Demanderesses ont soutenu que le Chili avait renoncé à son droit d'invoquer en défense le droit d'être entendu quant à la demande fondée sur le déni de justice¹³². Évidemment, le Chili n'est pas d'accord avec les Demanderesses et il relève que ce n'est qu'au moment où la Sentence a été rendue qu'il a compris que le déni de justice était devenu l'un des deux fondements de la responsabilité du Chili¹³³. Comme il vient de l'expliquer, le Comité a conclu que les Demanderesses avaient présenté la demande sur le fondement du déni de justice au cours de la procédure d'arbitrage. Dès lors, il ne s'agit pas d'une situation dans laquelle une partie a été privée de son droit ou a renoncé à son droit, mais d'une situation dans laquelle une partie n'a pas exercé son droit.

194. Pour ces raisons, le Comité ne constate absolument aucune inobservation de la règle fondamentale de procédure que constitue le droit d'être entendu sur cette question de fond, encore moins une inobservation grave ; la demande de la Défenderesse est rejetée.

(ii) *Charge de la preuve*

195. La principale question soulevée par le Chili au regard de cet aspect de l'article 52(1)(d), à supposer que les Demanderesses aient effectivement présenté la demande fondée sur le déni de justice évoquée ci-dessus, conclusion à laquelle est parvenu le Comité, est celle de savoir si les Demanderesses ont effectivement satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait en ce qui concerne cette demande, étant donné que le Chili affirme que les

¹³¹ Voir *Décision Klöckner I*, para. 91.

¹³² Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 501-504.

¹³³ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 106-109.

Demanderesses n'ont produit aucun élément de preuve quant à la durée ou à la conduite de la procédure relative à la rotative Goss.

Positions des parties

Position du Chili

196. Le Chili soutient que, compte tenu des circonstances, le Tribunal a renversé à tort la charge de la preuve relative à la demande fondée sur le déni de justice (ainsi que la demande fondée sur la discrimination)¹³⁴ :

234. [...] [T]he mere unsubstantiated invocation by Claimants of either cause of action could not—without more—have satisfied their burden of proof. Claimants never presented—and therefore now cannot identify—any documentary evidence, legal support, witness testimony, or damages evaluation associated with the purported denial of justice and discrimination “claims.” The Committee should not ignore this important corollary of Claimants’ failure to assert the claims that were the basis of the Award.

197. L’argumentation avancée par le Chili est la suivante¹³⁵ :

Chile’s argument is that since Claimants did not even attempt to present any evidence on this issue, the only way the Tribunal could have found liability was essentially by relieving Claimants of their burden of proof. Even under the standard articulated by the Tribunal itself, judicial delay does not in and of itself, without more, give rise to a denial of justice under customary international law. Rather, a claimant must prove that the relevant delay was *unreasonable*. In the present case, the Tribunal simply presumed that the seven-year period of duration of the Goss printer proceedings was *ipso facto* unreasonable, without ever analyzing what accounted for the seven year duration, and whether the delay was in fact attributable to improper handling by the Chilean court. In essence then, the Tribunal relieved Claimants of their burden of proof, thereby improperly placing it on the Respondent.

¹³⁴ *Ibid.*, para. 234. Notes de bas de page omises.

¹³⁵ Voir Plan Dét. Arg. Déf. Pré-Audience., p. 8.

Position des Demanderesses

198. Les Demanderesses répondent qu'elles ont soumis une demande valable sur le fondement du déni de justice et que, comme l'a souligné le Tribunal dans la Sentence, la Défenderesse a décidé de ne pas présenter d'arguments sur cette question¹³⁶. Les Demanderesses soutiennent donc qu'il ne peut y avoir de renversement irrégulier de la charge de la preuve¹³⁷.

Analyse du Comité

199. Le Comité a soigneusement étudié le raisonnement du Tribunal qui a conduit celui-ci à conclure que la durée de la procédure relative à la rotative Goss, soit sept ans, était un délai excessif et déraisonnable¹³⁸ donnant lieu à une demande sur le fondement du déni de justice. Là aussi, il se peut que la Défenderesse soit en désaccord avec la conclusion du Tribunal, mais, même en faisant preuve de beaucoup d'imagination, on ne peut pas dire qu'il y a eu un renversement irrégulier de la charge de la preuve susceptible de constituer une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure. Il ressort clairement de la Sentence que le Tribunal a été convaincu par les éléments de preuve produits par les Demanderesses. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est rejetée.

(2) Excès de pouvoir manifeste

200. La principale question soulevée par le Chili en termes d'« excès de pouvoir manifeste » au sens de l'article 52(1)(b) est celle de savoir si le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs en se reconnaissant compétent pour connaître d'une demande fondée sur un

¹³⁶ Voir Sentence, para. 646.

¹³⁷ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 529.

¹³⁸ Voir Sentence, paras. 659-663.

prétendu déni de justice au titre d'un retard abusif de la part de la Première chambre civile de Santiago (la procédure relative à la rotative Goss), qui n'aurait prétendument pas été présentée par les Demanderesses.

Positions des parties

Position du Chili

201. La position du Chili à cet égard est résumée dans les termes suivants¹³⁹ :

428. As discussed above and also in the Memorial, a cause of action for “denial of justice” must include arguments and evidence relating to the factors that establish a denial of justice under customary international law and/or the BIT. In order to state such a claim, Claimants would have been required in their Ancillary Request to present evidence and to examine the relevant law and facts supporting allegations that Chilean authorities had unreasonably delayed an outcome in the Goss printer claim, by acts that were so unjust as to violate international law. They would have had to establish the requisite elements to prove a “denial of justice” under international law. However, they did not do so in the 2002 Ancillary Request, nor at any other stage of the proceeding. Importantly, Claimants do not challenge in their Counter-Memorial the Republic’s assertion that Claimants failed to plead—and much less to prove—the elements of a denial of justice. It follows from this that a denial of justice claim was never asserted, and that the Tribunal manifestly exceeded its powers by issuing a merits ruling that was predicated on a claim that was never presented to it by one of the parties.

Position des Demanderesses

202. Les Demanderesses rejettent cette demande essentiellement pour les mêmes raisons que celles qu’elles ont invoquées ci-dessus dans leur réponse à l’allégation de l’inobservation d’une règle fondamentale de procédure soutenue par le Chili, en faisant valoir : (1) que « les Demanderesses ont toujours soutenu que les actes du gouvernement chilien à

¹³⁹ Voir Rép. Déf. Annul., para. 428. Notes de bas de page omises.

l'encontre de Monsieur Pey étaient constitutifs d'un déni de justice¹⁴⁰ » ; et (2) qu'elles ont spécifiquement présenté une demande sur le fondement du déni de justice dans leur Demande complémentaire du 4 novembre 2002 et leur Réplique sur la compétence et le fond du 23 février 2003. Elles soutiennent ainsi que¹⁴¹ :

527. Il résulte des développements précédents que les Demanderesses ont bien présenté des demandes pour déni de justice et pour violation du traitement juste et équitable et cela, en ce qui concerne la Décision n°43, depuis 2002, date des premiers échanges qui ont suivi l'invocation par le Chili de cette Décision Ministérielle au cours de l'audience de mai 2000. Pourtant, la République du Chili n'a pas hésité à consacrer presque 150 pages de son Mémoire en annulation à cette question. Par la longueur de ses développements la Défenderesse a vraisemblablement voulu conférer à sa demande, une apparence de sérieux, qui ne saurait tromper le Comité *ad hoc*.

528. Cette démonstration permet de rejeter intégralement la demande d'annulation de la Sentence fondée sur la prétendue violation grave par le Tribunal d'une règle fondamentale de procédure et sur l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal.

529. En effet, il n'y a eu de la part du Tribunal aucune violation du droit d'être entendue, la République du Chili ayant choisi d'ignorer les arguments des Demanderesses concernant les violations de l'API. Il ne peut non plus y avoir un renversement de la charge de la preuve.

530. Ces éléments s'opposent également à la demande de nullité de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI. En effet, dans son Mémoire en annulation, la République du Chili prétend fonder l'annulation de la Sentence pour excès de pouvoir manifeste du Tribunal sur le seul motif que les Demanderesses n'ont pas présenté de demandes relatives au déni de justice ou à un traitement discriminatoire.

[...]

533. Dès lors, la démonstration que ces demandes ont été présentées par les Demanderesses au cours de la procédure d'arbitrage permet au Comité *ad hoc* de rejeter la demande de nullité du Chili sur ce fondement. [...]

¹⁴⁰ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 511.

¹⁴¹ *Ibid.*, paras. 527-530 ; 533. Note de bas de page omise.

Analyse du Comité

203. C'est essentiellement pour les mêmes raisons que celles qu'il a exposées ci-dessus lorsqu'il a conclu que le Tribunal n'avait pas violé de règle fondamentale de procédure relative au droit d'être entendu sur cette question¹⁴² que le Comité rejette l'argument de la Défenderesse selon lequel le Tribunal a excédé ses pouvoirs en concluant que les Demanderesses avaient effectivement présenté leur demande fondée sur le déni de justice. Cette demande est rejetée.

(3) Défaut de motifs

204. Les principales questions soulevées par le Chili en ce qui concerne la demande fondée sur le « déni de justice » au regard de l'article 52(1)(e) sont celles de savoir si le Tribunal n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles :

- il a conclu que les Demanderesses avaient bien présenté la demande particulière fondée sur le « déni de justice » dont le Tribunal a jugé le Chili responsable (c'est-à-dire une demande fondée sur le retard pris dans l'avancement de la procédure relative à la rotative Goss devant la Première chambre civile de Santiago) ; et
- il a conclu qu'il existait bien un « déni de justice » sur le seul fondement de la durée de la procédure judiciaire locale, sans examiner l'un quelconque des autres facteurs ou éléments auxquels le Tribunal lui-même avait fait allusion dans la Sentence comme étant essentiels pour conclure à l'existence d'un déni de justice.

¹⁴² Voir *supra*, paras. 184-194.

Positions des parties

Position du Chili

205. Le Chili soutient notamment, à l'appui de ce motif d'annulation, que¹⁴³ :

494. In the end, and Claimants' protestations notwithstanding, the only real "reason" the Tribunal offered in its Award for its finding of a "denial of justice" was that seven years was too long to wait for a final merits decision. However, having itself recognized in the Award that a finding of "denial of justice" requires an "*unreasonable or undue delay*," the Tribunal was required to explain not only the existence of a delay, but also how or why that delay (in the context and circumstances of the relevant proceeding) was unreasonable or undue, to such an extent as to constitute a violation of international law. The Award stops at the first step (the delay of seven years), but then leaps to the conclusion that the second step is *ipso facto* satisfied, without exploring the factors that are relevant to that assessment under the applicable jurisprudence and doctrine.

495. Given the foregoing, on this point the Award again sets forth a stated "reason" that in fact does not amount to a reason at all within the meaning of Article 52(1)(e); insofar as it fails to articulate the totality of the premises that are necessary to lead to its conclusion. Due to the absence of reasons for its finding of denial of justice, the Award should be annulled. [Caractères italiques dans l'original]

Position des Demanderesses

206. Les Demanderesses rejettent l'affirmation du Chili et font valoir que¹⁴⁴ :

540. En l'espèce, le Tribunal a respecté les exigences de l'article 52(1)(e) de la Convention en ce que ses développements sur la violation de l'API pour déni de justice permett[en]t au lecteur de suivre son raisonnement.

541. En outre, contrairement à l'affirmation de la République du Chili, le Tribunal ne s'est pas contenté de dire qu'une procédure de sept années était extraordinairement longue et équivalait *ipso facto* à un déni de justice.

¹⁴³ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 494-495. Note de bas de page omise.

¹⁴⁴ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 540-548.

542. Tout d'abord, le Tribunal, dans son rappel des faits sur la violation pour déni de justice concernant la restitution de la rotative Goss, renvoie à ses développements précédents sur la procédure devant la Première Chambre Civile de Santiago. Même si le Tribunal arbitral n'indique pas expressément à quels paragraphes il fait référence, il n'est pas difficile de comprendre qu'il renvoie aux paragraphes 459 et suivants de la Sentence, c'est-à-dire à ses conclusions à propos de la controverse de 2002 relative au « *différend résultant du déni de justice allégué par les demanderesses* ».

543. Or, dans cette partie de la Sentence, le Tribunal fait une analyse précise du déroulement de la procédure devant la Première Chambre civile de Santiago et des décisions rendues par celle-ci dans l'affaire Pey Casado contrairement à l'affirmation de la Défenderesse selon laquelle le Tribunal « *fail[ed] to analyze in any way the nature of the local proceedings or what happened during the time period that such proceedings were pending* ».

544. Le Tribunal constate également que les Demanderesses ont « *tenté en vain de faire reconnaître l'incompatibilité de la Décision n°43 avec cette procédure judiciaire* ». Il décrit alors les différents recours initiés par les Demanderesses devant les juridictions locales à cet égard. Le Tribunal conclut alors :

545. *Le Tribunal estime que le dernier différend entre les [p]arties, s'est cristallisé au cours de la période de 2002-2003. Avec l'introduction de leur demande complémentaire le 4 novembre 2002, les demanderesses ont pour la première fois dans cette procédure, reproché à l'État chilien un déni de justice et ainsi formulé une réclamation. C'est en demandant au Tribunal arbitral dans son mémoire du 3 février 2003 de rejeter la demande complémentaire des demanderesses que la défenderesse a confirmé l'existence d'un différend sur la question du déni de justice.*

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

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

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

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

Analyse du Comité

207. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Le Tribunal a amplement motivé sa conclusion quant à l'existence d'un déni de justice, qu'il a développée longuement dans sa Sentence. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est par conséquent rejetée.

E. Discrimination

(1) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

(i) Principe du contradictoire

208. De la même façon que pour la demande fondée sur un prétendu « déni de justice », la principale question soulevée par le Chili au regard de cet aspect de l'article 52(1)(d) est celle de savoir si les Demanderesses ont effectivement présenté la demande particulière fondée sur la discrimination dont le Tribunal a jugé le Chili responsable – dans ce cas, sur le fondement de l'article 4 de l'API Chili-Espagne – en raison de l'adoption par le Chili de la Décision n° 43.

Positions des parties

Position du Chili

209. En ce qui concerne la demande fondée sur la discrimination, le Chili soutient que, étant donné que cette demande n'a jamais été spécifiquement soumise par les Demanderesses,

le Chili n'a jamais eu la possibilité de se défendre. Il fait valoir les arguments suivants¹⁴⁵ :

110. Although Claimants had asserted a claim for discrimination due to Decision 43 under Article 3 (the specific “discrimination” provision) and Article 5 (the expropriation provision) of the Chile-Spain BIT—all as part of Claimants’ theory of a “continuing” expropriation—the Tribunal in the Award explicitly rejected all of Claimants’ discrimination claims pursuant to Articles 3 and 5. However—and in direct contrast to the Tribunal’s finding in the Decision on Provisional Measures that the execution of Decision 43 could have *no effect* on Claimants’ rights under the BIT—the Tribunal found Chile liable under Article 4 (the fair and equitable treatment provision) for discrimination in connection with Decision 43.

111. This finding of discrimination, which the Tribunal stated was based “aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique,” rested on the fact that Chilean authorities had compensated as the owners of *El Clarín* the successors of the four registered shareholders of CPP pursuant to an administrative proceeding in which Mr. Pey had knowingly and voluntarily waived his right to participate.

112. As Chile explained in its Memorial, the Tribunal’s “understanding of the evidence” and “legal analysis” was not, as required by the ICSID Convention and Arbitration Rules, based on any claim for discrimination actually asserted by Claimants under the fair and equitable treatment clause of the BIT. Claimants never asserted—either orally or in writing—any Decision 43-related, Article 4-based discrimination claim of the sort that formed the basis for the Award. [Caractères italiques dans l’original]

210. Le Chili reconnaît donc que les Demanderesses ont soumis au Tribunal un Exposé complémentaire sur le fond de l’affaire, dans lequel elles ont invoqué des violations, postérieures à l’entrée en vigueur de l’API, des articles 3, 4 et 5 dues à la Décision n° 43. Le Chili soutient toutefois que les Demanderesses n’ont pas soumis de demande alléguant que la République avait eu un comportement discriminatoire à l’encontre de M. Pey Casado en violation de l’article 4 de l’API en indemnisant effectivement les parties considérées comme les propriétaires d’*El Clarín* dans la Décision n° 43, bien que le

¹⁴⁵ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 110-112. Notes de bas de page omises.

Tribunal ait jugé qu'elle avait eu un tel comportement. Selon le Chili, cela est différent de ce que les Demanderesses ont soutenu, à savoir que la Décision n° 43 constituait un traitement injuste et inéquitable parce que le Chili avait exclu les Demanderesses du plan d'indemnisation¹⁴⁶. Le Chili a ajouté lors de l'audience sur l'annulation que la seule fois où les Demanderesses avaient formulé une demande fondée sur la discrimination au regard de l'article 4 de l'API était dans leur Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire en date du 11 septembre 2002, « [b]ut it is not even articulated as a discrimination claim, it is articulated as a national treatment claim [...] »¹⁴⁷.

211. En bref, le Chili affirme que, chaque fois que les Demanderesses se sont référées à la Décision n° 43 dans des argumentations ultérieures, c'était toujours dans le cadre de demandes au titre de la *confiscation*.

Position des Demanderesses

212. Les Demanderesses, pour leur part, soutiennent qu'elles ont bien développé leur demande fondée sur la discrimination dans leurs écritures.
213. Les Demanderesses expliquent que cette demande a été introduite au tout début de l'affaire et qu'elle a fait l'objet de plus amples développements après l'adoption de la Décision n° 43 le 28 avril 2000. Elles font en particulier référence à leur Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire en date du 11 septembre 2002, en pages 1 et 2 et en pages 125-127¹⁴⁸.

L'État chilien a enfreint l'obligation de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs espagnols, sous des conditions non moins favorables que pour ses investisseurs nationaux. Alors que l'État chilien avait reconnu, dans ladite

¹⁴⁶ Voir Mém. Déf. Annul., para. 129.

¹⁴⁷ Voir Tr. Annulation [2] [334:16] (Ang.) ; [139:28] (Fr.) ; [364:8] (Esp.).

¹⁴⁸ Voir Cl. C-Mem., paras. 520-523 ; Tr. Arb. [1] [pp. 87-88] (Fr.).

Loi N° 19.518 de 1998, le droit à une indemnisation des personnes visées par les mesures confiscatoires adoptées en vertu des Décrets-Lois N° 1 et 77 de 1973, il a exclu de ce même traitement les investisseurs espagnols par le truchement de la « Décision N° 43 ». [Soulignement dans l'original]

214. Lors de l'audience sur l'annulation¹⁴⁹, les Demanderesses ont également fait référence à la description de leur demande dans la Réplique sur la compétence et le fond en date du 23 février 2003. Elles relèvent enfin que la demande a été réitérée lors des audiences de mai 2003 et de janvier 2007.

Analyse du Comité

215. Le Comité observe que le Tribunal fait référence dans sa Sentence aux positions des parties sur la demande fondée sur la discrimination¹⁵⁰. Pour ce qui est des Demanderesses, le Tribunal se réfère à leurs écritures du 11 septembre 2002 et du 23 février 2003 ainsi qu'à leurs plaidoiries lors de l'audience de janvier 2007. S'agissant de la Défenderesse, en ce qui concerne la Décision n° 43, le Tribunal ne mentionne que quelques remarques faites par le conseil de la République lors des audiences de 2003 et de 2007 ainsi qu'une page en tout dans le Mémoire d'incompétence de la Défenderesse du 20 juillet 1999 et dans le Contre-mémoire de la Défenderesse sur la compétence et le fond du 3 février 2003.
216. Comme expliqué ci-dessus dans le cadre de la demande fondée sur le déni de justice, le Comité considère que les Demanderesses ont présenté une demande fondée sur la discrimination en ce qui concerne la Décision n° 43. Même si cette demande n'a pas fait l'objet d'amples développements de la part des Demanderesses, on ne peut pas dire qu'aucune demande n'a été présentée. Si l'on considère que la demande sur le fondement de la discrimination a été soulevée dans l'Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire

¹⁴⁹ Voir Tr. Annulation [1] [212:11-213:13] (Ang.) ; [88:30-89:10] (Fr.) ; [229:22-231:3] (Esp.).

¹⁵⁰ Voir Sentence, paras. 637-638 ; 647-648.

des Demanderesses en date du 11 septembre 2002, la Défenderesse a eu la possibilité de répondre dans ses écritures du 3 février 2003 (Contre-mémoire sur la compétence et le fond) et du 4 avril 2003 (Réplique sur la compétence et le fond) ainsi que lors de l'audience de mai 2003 et de l'audience de janvier 2007.

217. Quelle qu'en soit la raison, la Défenderesse a choisi de ne pas répondre à cette demande. Comme pour la demande fondée sur le déni de justice, le Chili ne peut pas reprocher au Tribunal de ne pas lui avoir donné la possibilité de présenter ses arguments. En outre, tout comme pour le déni de justice, le Chili rejette l'affirmation des Demanderesses selon laquelle il a renoncé au droit d'être entendu en défense contre la demande fondée sur la discrimination, étant donné que c'est lorsque la Sentence a été rendue que le Chili a pris connaissance pour la première fois de la demande au titre de la discrimination liée à la Décision n° 43¹⁵¹. Comme le Comité l'a déjà conclu, l'affirmation du Chili selon laquelle le Tribunal lui a refusé le droit d'être entendu au sujet de cette demande est rejetée parce que le Chili a eu la possibilité d'y répondre. Par conséquent, la question ne porte pas sur la renonciation à un droit, mais sur le défaut d'exercice d'un droit.
218. Le Comité estime que, dans de telles circonstances, il n'y a eu aucune violation du droit d'être entendu et, partant, aucune inobservation d'une règle fondamentale de procédure. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est par conséquent rejetée.

(ii) *Charge de la preuve*

219. La principale question soulevée par le Chili à cet égard est celle de savoir si, à supposer que les Demanderesses aient effectivement présenté leur demande fondée sur la

¹⁵¹ Voir C-Mém. Dem. Annul., 524-529 ; Rép. Déf. Annul., paras. 132-133.

discrimination, conclusion à laquelle le Comité vient de parvenir, les Demanderesses ont satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait.

Positions des parties

Position du Chili

220. Le Chili explique qu'une discrimination en violation de la garantie du traitement juste et équitable est établie lorsque :¹⁵²

[...] (1) the conduct is attributable to the State; (2) the conduct is harmful to the claimant or his property; (3) the conduct is discriminatory, which involves a comparison of the treatment of the claimant to the treatment of others who are similarly situated; (4) the conduct is "arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic;" and (5) the conduct "exposes the claimant to sectional or racial prejudice." The burden of proof for each of these five elements should have rested squarely on the Claimants, particularly since this purported claim, like the one for denial of justice, was a *merits* claim.

221. Le Chili soutient que les Demanderesses n'ont pas démontré l'existence de l'un quelconque des éléments d'une demande fondée sur la discrimination et que, par conséquent, elles n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait. Le Chili avance que, étant donné que le Tribunal a rendu une décision à son encontre, cela montre que, *a fortiori*, le Tribunal a placé la charge de la preuve sur le Chili. En outre, le Chili fait valoir que ce renversement de la charge de la preuve a affecté l'issue de l'affaire, notamment parce que, en définitive, la discrimination était le seul fondement pour l'octroi de dommages-intérêts¹⁵³.

¹⁵² Voir Mém. Déf. Annul., para. 362. Notes de bas de page omises.

¹⁵³ *Ibid.*, paras. 363-364.

Position des Demanderesses

222. De même que pour la demande fondée sur le déni de justice, les Demanderesses répondent qu'elles ont soumis une demande valable sur le fondement de la discrimination et que, comme l'a souligné le Tribunal dans la Sentence, c'est la Défenderesse qui a décidé de ne pas développer ses arguments sur cette question¹⁵⁴. Les Demanderesses soutiennent donc qu'il ne peut pas y avoir de renversement irrégulier de la charge de la preuve.¹⁵⁵

Analyse du Comité

223. Le Comité a soigneusement étudié le raisonnement du Tribunal qui a conduit celui-ci à conclure que l'indemnisation par les autorités chiliennes de quatre personnes qui, de l'avis du Tribunal, n'étaient pas propriétaires d'*El Clarín*, au titre de la Décision n° 43, a donné lieu à une demande fondée sur la discrimination¹⁵⁶. Là aussi, il se peut que la Défenderesse soit en désaccord avec la conclusion du Tribunal, mais, même en faisant preuve de beaucoup d'imagination, on ne peut pas dire qu'il y a eu un renversement irrégulier de la charge de la preuve susceptible de constituer une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure. Il ressort clairement de la Sentence que le Tribunal a été convaincu par les éléments de preuve produits par les Demanderesses. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est rejetée.

¹⁵⁴ Voir Sentence, para. 646.

¹⁵⁵ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 529.

¹⁵⁶ Voir Sentence, paras. 665-674.

(2) Excès de pouvoir manifeste

224. La principale question soulevée par le Chili au regard de l'article 52(1)(b) est celle de savoir si le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs en se reconnaissant à tort compétent pour connaître d'une demande fondée sur une prétendue discrimination liée à la Décision n° 43, en violation de l'article 4, qui, aux dires de la Défenderesse, n'aurait pas été présentée par les Demanderesses.

Positions des parties

Position du Chili

225. La position du Chili à cet égard est résumée dans les termes suivants¹⁵⁷ :

430. As extensively explained above, Claimants never actually asserted a discrimination claim with respect to Decision 43. In the 2002 Supplemental Memorial, Claimants emphasized their claim for a “continuing expropriation,” a theory (rejected by the Tribunal) designed to address the requirement for an act of expropriation that occurred after the BIT entered into force. For this purpose, Claimants seized on Decision 43 as an alleged post-treaty culmination of a composite act of confiscation executed by the Chilean government. In other words, they had invoked Decision 43 merely as a new act of expropriation under Article 5 of the BIT.

431. In this context, Claimants touched upon “discrimination” as one of the constituent elements of expropriation. But they never asserted that absent an agreement by the Tribunal with their “continuing acts” theory of expropriation, they were also asserting a different, stand-alone claim for discrimination under Article 4 based on the execution of Decision 43. Claimants never asserted, in particular, that Decision 43 constituted an act of discrimination against Mr. Pey in violation of Article 4 of the BIT. As explained above, at no point did Claimants define the legal standards of discrimination, apply those standards to the facts, substantiate those facts, or state a particularized claim for relief for discrimination. In sum, they never asserted a separate cause of action for discrimination under Article 4 of the BIT, based on allegedly differential treatment due to Mr. Pey’s nationality in connection with Decision 43.

¹⁵⁷ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 430-432. Notes de bas de page omises.

432. And yet, it was precisely under that theory that the Tribunal declared Chile liable. Not only that, but the Tribunal's finding of discrimination became the sole basis for the Tribunal's award of damages to Mr. Pey. By reaching out to decide a claim that Claimants themselves had never presented, the Tribunal manifestly exceeded its powers. The Award therefore must be annulled under Article 52(1)(b).

Position des Demanderesses

226. Comme cela a été noté ci-dessus, les Demanderesses soutiennent qu'elles ont bien présenté une demande sur le fondement de la discrimination. Leurs arguments à cet égard sont le reflet des arguments qu'elles ont avancés dans le cadre de leur demande fondée sur le déni de justice¹⁵⁸.

Analyse du Comité

227. De nouveau, c'est essentiellement pour les mêmes raisons que celles qu'il a exposées ci-dessus¹⁵⁹ que le Comité rejette l'argument de la Défenderesse selon lequel le Tribunal a excédé ses pouvoirs en concluant que les Demanderesses avaient effectivement présenté leur demande fondée sur la discrimination.

(3) Défaut de motifs

228. S'agissant de l'article 52(1)(e) et de la demande fondée sur la discrimination au regard de l'article 4, le Chili soutient que le Tribunal n'a pas indiqué les raisons qui l'ont amené à conclure à l'existence d'une discrimination liée à la Décision n° 43 à trois reprises :

- dans sa conclusion selon laquelle les Demanderesses avaient effectivement présenté une demande fondée sur la discrimination au regard de l'article 4 liée à la Décision n° 43 ;

¹⁵⁸ Voir *supra*, para. 202.

¹⁵⁹ Voir *supra*, paras. 215-218.

- dans sa décision selon laquelle l'adoption de la Décision n° 43 avait été discriminatoire à l'égard de M. Pey Casado, compte tenu du fait que celui-ci avait reçu du gouvernement chilien une invitation écrite explicite à participer à la procédure administrative ayant conduit à l'adoption de la Décision n° 43, invitation qu'il avait volontairement (et par écrit) déclinée ; et
- de par la contradiction entre la Décision antérieure du Tribunal sur les mesures conservatoires du 25 septembre 2001 – qui avait conclu que l'adoption de la Décision n° 43 ne pouvait pas affecter la procédure CIRDI ni les droits de M. Pey Casado au titre de cette procédure – et sa conclusion dans la Sentence selon laquelle l'adoption par le Chili de la Décision n° 43 constituait en fait une violation de l'API.

Positions des parties

Position du Chili

229. La position du Chili est clairement exposée dans sa Réponse¹⁶⁰ :

505. Claimants therefore do not address the Republic's main argument, which is that the Tribunal provided no explanation whatsoever as to how Mr. Pey possibly could have been compensated through Decision 43, given that he voluntarily excluded himself from the relevant administrative proceedings that were a prerequisite to any such compensation. The references to the possibility of alternate procedures is simply not pertinent here. The Tribunal ruled against Chile not by reference to any alternate procedures, but on the basis that by compensating alleged third parties rather than Mr. Pey through Decision 43, Chile discriminated against Mr. Pey. The necessary implication of this is that the discriminatory act committed by Chile was not declaring *Mr. Pey* to be the rightful beneficiary. But the Tribunal entirely glossed over the logical and necessary component of that conclusion, which is the (incorrect) presumption

¹⁶⁰ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 505-506. Notes de bas de page omises.

that Chile could somehow have declared Mr. Pey the beneficiary of Decision 43, notwithstanding his explicit decision, in writing, *not to seek* reparations under that administrative process, and the fact that compensation of non-applicants in fact would have been illegal under Chilean law.

506. As a result, the Award simply provides no information that would enable Chile to apprehend the source of its responsibility for any BIT violation predicated on discrimination, which is a quintessential failure to state reasons. The Tribunal's failure even to *attempt* to set forth reasons for its finding of discrimination was a clear violation of its obligation to state reasons, which warrants annulment under Article 52(1)(e). Moreover, annulment on this ground is especially compelled by the fact that, in the end, the finding that Decision 43 discriminated against Mr. Pey was the exclusive basis for the Tribunal's award of monetary damages to Claimants. [Caractères italiques dans l'original]

230. Le Chili fait également référence à ce qu'il qualifie de « contradiction »¹⁶¹ :

508. [...] [T]he contradiction that is not explained in the Award is how the Tribunal could both decline to request suspension of the execution of Decision 43 on the grounds that such execution could not possibly affect the ICSID proceeding, and yet later determine in the ICSID proceeding that the very same act that it had declined to enjoin was the *sole basis* for its finding of discrimination under the BIT, and the sole basis for its award of any damages. [Caractères italiques dans l'original]

231. Dans sa Réponse, le Chili fait valoir d'autres « manquements » dans la Sentence¹⁶² :

514. The Tribunal failed to explain in its Award why it disregarded this critical fact. Instead, it simply announced that although it could not consider any claim for discrimination under Articles 3 or 5, it could do so under Article 4. It did not explain why it was not relevant that Claimants had never raised a discrimination claim under Article 4 and had never alleged discrimination in connection with Decision 43. Indeed, the Award does not explain what Claimant's discrimination claim consisted of, in what pleading it had been asserted, what supporting evidence had been submitted, or what the relevant request for relief had been. The reason for these failures is, of course, that the claim was never asserted by Claimants at all. This fact further supports the conclusion that the Tribunal failed to provide reasons for its determination on the issue of discrimination due to

¹⁶¹ *Ibid.*, para. 508.

¹⁶² *Ibid.*, para. 514. Note de bas de page omise.

Decision 43, and that the Tribunal's Award is therefore annulable under Article 52(1)(e).

Position des Demanderesses

232. Les Demanderesses rejettent l'affirmation du Chili selon laquelle le Tribunal n'a pas motivé sa décision¹⁶³. S'agissant de l'argument du Chili selon lequel leur demande sur le fondement de la discrimination n'a jamais été effectivement formulée, les Demanderesses réitérent les arguments qu'elles ont fait valoir dans le cadre de leur demande fondée sur le déni de justice¹⁶⁴. En ce qui concerne les deux autres arguments avancés par le Chili, les Demanderesses répondent¹⁶⁵ :

564. S'agissant du caractère discriminatoire de la Décision n°43, le raisonnement du Tribunal peut être résumé comme suit :

565. Premièrement, le Tribunal indique dans la partie de la Sentence intitulée « *Décision n°43 - Indemnisation de personnes non propriétaires* » « *le 28 avril 2000, le Ministre des biens nationaux adopte la Décision n°43 selon laquelle les dispositions de la loi n°19.568 sont applicables aux biens confisqués aux Sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Cependant, comme le Tribunal l'a expliqué ci-dessus, la Décision n°43 indemnise des requérants autres que les demanderesses pour la confiscation des biens en question et le Ministre des biens nationaux maintiendra cette décision que les demanderesses contesteront en vain* ».

566. Deuxièmement, le Tribunal rappelle la propriété de Monsieur Pey des actions de CPP S.A. et EPC Ltée en indiquant : « *M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire des biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne* ». Sur le droit de propriété de Monsieur Pey, le Tribunal rappelle également qu'il avait été reconnu par un jugement chilien et que les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient également informées des demandes de Monsieur Pey devant le CIRDI et de sa revendication du droit de propriété.

¹⁶³ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 449 et s.

¹⁶⁴ *Ibid.*, paras. 554-555.

¹⁶⁵ *Ibid.*, paras. 564-572 ; 579.

567. Troisièmement, le Tribunal constate que la Défenderesse n'a jamais remis en cause le fait que les confiscations intervenues à partir de 1973 étaient illicites et qu'à ce titre, l'État du Chili reconnaissait qu'il avait un devoir d'indemnisation. Néanmoins, le Tribunal constate que les Demanderesses n'ont pas bénéficié de ce traitement. Il indique « *Malheureusement, cette politique ne s'est pas traduite dans les faits en ce qui concerne les Demanderesses, pour des raisons diverses qui, au moins pour partie, n'ont pas été révélées ou clairement expliquées par les témoignages ou autres preuves fournies au Tribunal arbitral* ». Ce faisant, le Tribunal constatait que la République du Chili avait fait subir un traitement différent aux Parties Demanderesses par rapport aux autres investisseurs notamment nationaux.

568. Finalement, après avoir rappelé qu'un traitement discriminatoire est une violation du traitement juste et équitable au sens du droit international de protection des investissements, le Tribunal conclut :

Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations - pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées - à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'il paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable.

569. L'un des éléments important de cette conclusion et passé sous silence par la Défenderesse dans son Mémoire en annulation, est que le Tribunal a conclu à un traitement discriminatoire des Demanderesses sous la double condition d'une compensation à des tiers pour la confiscation des biens objet de la procédure d'arbitrage, et le refus de la République du Chili d'indemniser de quelque manière que ce soit Monsieur Pey et la Fondation espagnole, en s'opposant par tout moyen à leurs revendications et en paralysant, autant que faire se peut, la procédure arbitrale engagée.

570. Dès lors, contrairement à la prétention de la République du Chili, Monsieur Pey et la Fondation espagnole n'avai[en]t pas nécessairement besoin de porter leur réclamation sur le fondement de la loi 19.568 pour recevoir un traitement discriminatoire. Soulignons à cet égard que contrairement à ce que laisse supposer la République du Chili, la loi 19.568 n'est pas le seul fondement pour obtenir réparation des confiscations intervenues au Chili sous le régime militaire de Pinochet. En effet, comme l'avait fait Monsieur Pey pour les presses Goss en octobre 1995, mais aussi comme l'ont fait nombre d'autres victimes du Décret n°77 de 1973, il est possible d'obtenir réparation devant les cours judiciaires chiliennes sur le fondement du mandat impératif de la Constitution (article 4 de la Constitution de 1925 aux termes duquel les décrets de confiscation édictés en application dudit Décret n°77 sont nuls de nullité *ab initio*, imprescriptibles et *ex*

officio). La reconnaissance de cette nullité *ab initio* constitue une jurisprudence constante de la Cour Suprême chilienne permettant d'obtenir réparation non seulement pour la perte subie (*damnum emergens*) mais également pour la perte de profit (*lucrum cessans*).

571. Ainsi, les motifs contenus dans la Sentence permettent sans nul doute de suivre le raisonnement du Tribunal sur ce chef de condamnation. Dès lors, la Sentence répond aux exigences de l'article 52(1)(e) de la Convention quand bien même le tribunal ne répondrait pas de manière exhaustive aux questions soulevées par la Défenderesse dans son Mémoire en annulation.

572. Finalement, concernant la troisième série d'arguments, relative à une contradiction de motifs entre d'une part la condamnation au titre de la violation d'un traitement juste et équitable et, d'autre part, la décision du 25 septembre 2001, celle-ci est contredite par les termes mêmes de la décision du 25 septembre 2001 et plus particulièrement de ses paragraphes 59 à 63.

[...]

579. Dès lors, loin de reconnaître l'impossibilité pour la Décision n°43 de causer un préjudice aux Demanderesses, le Tribunal s'appuyait surtout sur le fait que l'exécution de la Décision n°43 ne rendrait pas impossible la réparation du préjudice subi par les Demanderesses. Il n'y a donc dans cette décision de rejet des mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesses aucune contradiction avec la Sentence condamnant la République du Chili sur le fondement d'un traitement discriminatoire à raison notamment de la Décision n°43. [Caractères italiques dans l'original]

Analyse du Comité

233. Les Demanderesses, dans la longue citation extraite de leur Contre-mémoire et reproduite ci-dessus, ont démontré, d'une manière tout-à-fait convaincante pour le Comité, que le Tribunal a amplement motivé sa conclusion selon laquelle la Décision n° 43 du Chili était discriminatoire à l'encontre des Demanderesses et violait donc l'article 4 de l'API. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est donc rejetée.

F. La décision du Tribunal sur les mesures conservatoires

234. Le Chili fait référence à l'invitation, qu'il a adressée à M. Pey Casado, de participer à la procédure administrative chilienne ayant conduit à l'adoption de la Décision n° 43, ainsi qu'au refus écrit de M. Pey Casado d'y participer. Les Demanderesses ont par la suite sollicité du Tribunal une mesure d'injonction en faisant valoir que la Décision n° 43 exigeait un paiement aux successeurs des actionnaires inscrits d'*El Clarín* au titre de l'expropriation du journal et qu'un tel paiement constituerait en fait un nouvel acte d'expropriation de la part du Chili.
235. Le Comité relève que le Tribunal a rejeté la demande de mesures conservatoires présentée par les Demanderesses. Il a conclu que ni la Décision n° 43 en elle-même, ni son exécution ne pouvait affecter les droits des Demanderesses dans l'arbitrage CIRDI, étant donné que la Décision n° 43 concernait des personnes autres que M. Pey Casado.

Positions des parties

Position du Chili

236. Le Chili soutient que la Décision du Tribunal sur les mesures conservatoires constituait un signal adressé au Chili selon lequel celui-ci pouvait procéder à l'exécution de la Décision n° 43, convaincu qu'une telle exécution ne serait pas contraire à l'arbitrage CIRDI, ni ne l'affecterait de quelque manière que ce soit. Cependant, aux dires du Chili, le Tribunal a, dans la Sentence, jugé le Chili responsable de discrimination en violation de l'article 4 de l'API au titre de l'acte qui avait fait l'objet de la demande de mesures conservatoires présentée par les Demanderesses et rejetée par le Tribunal : l'exécution de la Décision n° 43. Le Chili soutient que, ce faisant, le Tribunal ne s'est pas conformé à l'une des règles qu'il avait fixées pour la procédure, ce qui était particulièrement injuste à son égard. Cela, soutient le Chili, constituait une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure en violation de l'article 52(1)(d).

237. Le Chili rappelle que, dans sa Décision sur les mesures conservatoires, le Tribunal a indiqué au paragraphe 65 que « la Décision Ministérielle n° 43 et son exécution au Chili n’ont pas des conséquences telles qu’elles puissent affecter ou la compétence du Tribunal arbitral CIRDI, ou les droits allégués par les Parties demanderesses ... ». Le Chili conclut ensuite¹⁶⁶ :

204. [...] In effect, therefore, by this Decision the Tribunal was signalling to Chile that it could go forward with execution of Decision 43, as doing so would not affect the ICSID arbitration. It is for this reason that it is especially unfair that the Award held Chile responsible under the BIT precisely for proceeding with execution of Decision 43. In essence, the Tribunal took away with one hand what it had already given with the other. And this incongruency is rendered even more perverse by the fact that the alleged discrimination relating to Decision 43 was in the end the sole basis for the Tribunal’s grant of damages to Claimants.

238. Le Chili fait également valoir que le Tribunal n’a pas respecté les exigences de motivation en raison de la contradiction entre la condamnation du Chili par le Tribunal, sur le fondement de l’API, pour avoir adopté la Décision n° 43, et la Décision du Tribunal sur les mesures conservatoires. Le Chili résume sa position dans les termes suivants¹⁶⁷ :

510. Thus, the Tribunal reasoned in its Provisional Measures decision that there was no need to stay execution of Decision 43, for such decision *could have no direct effect* on the rights invoked by Claimants. Entirely inconsistently, however, in the Award the Tribunal concluded that Decision 43 *did* have a direct effect on Claimants’ rights, and that indeed such effect was so grave as to violate the Spain-Chile BIT’s fair and equitable treatment clause. The Award thus left Chile at a loss “to understand the tribunal’s motives,” for as Professor Schreuer has explained, inconsistent reasons “are as useful as no reasons at all.” [Caractères italiques dans l’original]

¹⁶⁶ Voir Rép. Déf. Annul., para. 204. Note de bas de page omise.

¹⁶⁷ *Ibid.*, para. 510. Notes de bas de page omises.

Position des Demanderesses

239. Les Demanderesses rejettent l'interprétation par le Chili de la Décision du Tribunal sur les mesures conservatoires. Elles relèvent¹⁶⁸ :

572. Finalement, concernant la troisième série d'arguments, relative à une contradiction de motifs entre d'une part la condamnation au titre de la violation d'un traitement juste et équitable et, d'autre part, la décision du 25 septembre 2001, celle-ci est contredite par les termes mêmes de la décision du 25 septembre 2001 et plus particulièrement de ses paragraphes 59 à 63.

[...]

579. Dès lors, loin de reconnaître l'impossibilité pour la Décision n°43 de causer un préjudice aux Demanderesses, le Tribunal s'appuyait surtout sur le fait que l'exécution de la Décision n°43 ne rendrait pas impossible la réparation du préjudice subi par les Demanderesses. Il n'y a donc dans cette décision de rejet des mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesses aucune contradiction avec la Sentence condamnant la République du Chili sur le fondement d'un traitement discriminatoire à raison notamment de la Décision n°43.

Analyse du Comité

240. Le Comité estime les arguments des Demanderesses convaincants ; il n'existe aucune contradiction entre la Décision du 25 septembre 2001 sur les mesures conservatoires et la Sentence.

241. Il est important de replacer la Décision sur les mesures conservatoires dans son contexte. La Décision sur les mesures conservatoires a été rendue à la suite d'une demande déposée par les Demanderesses le 23 avril 2001 tendant à la suspension de l'exécution de la Décision n° 43 par le Ministère chilien des Biens nationaux¹⁶⁹. Les Demanderesses ont fait valoir que le Chili opposerait la Décision n° 43 à toute décision du Tribunal octroyant

¹⁶⁸ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 572-581. Notes de bas de page omises.

¹⁶⁹ Voir CN-121.

des dommages-intérêts au titre de l'expropriation. Les Demanderesses ont également soutenu que la Décision n° 43 constituait une menace pour la compétence du Tribunal arbitral. Sur cette question, le Tribunal a décidé que la Décision n° 43 n'affecterait pas la capacité du Tribunal à trancher la question relative à la propriété des actions.

242. Bien que le Tribunal ait rejeté la demande des Demanderesses, il n'a pas décidé que la Décision n° 43 ne pourrait jamais causer de dommage aux Demanderesses. Le Tribunal a déclaré que toutes indemnisations octroyées au titre de la Décision n° 43 ne causaient pas directement de dommage aux Demanderesses. Le Comité relève le paragraphe 63 de la Décision du Tribunal relative aux mesures conservatoires :

63. S'agissant d'une décision visant des indemnisations, elle n'est de toute façon, comme indiqué plus haut, pas opposable aux Parties Demanderesses et, par conséquent, ne cause pas (au moins directement) de dommage à ces dernières. En serait-il autrement, ce dommage ne saurait être considéré par le Tribunal Arbitral comme irréparable dès lors que, ainsi que l'a observé avec raison la Partie Défenderesse, dans l'hypothèse « où le Chili serait condamné » sur le fond (par un Tribunal Arbitral CIRDI s'étant reconnu compétent), la conséquence pratique évidente pour le Chili, principale ou exclusive, ne pourrait être que, soit l'obligation de restituer les actions revendiquées à leurs propriétaires légitimes (c'est-à-dire une restitution en nature), soit, en cas d'impossibilité d'une « *restitutio in integrum* », l'obligation d'indemniser.

243. De l'avis du Comité, ce paragraphe doit être lu comme signifiant que la Décision n° 43 n'a pas causé un préjudice qui justifierait l'octroi de mesures conservatoires. Il est clair que le Tribunal ne rendait pas de décision sur le fond de l'affaire. Comme il l'a déclaré au paragraphe 45 de sa Décision sur les mesures conservatoires :

45. L'objection paraît procéder d'un certain malentendu sur la nature même du système des mesures conservatoires établi par la Convention de Washington et sur l'objet et le sens des mesures qu'un Tribunal Arbitral du CIRDI peut être appelé à recommander. Il n'est évidemment pas question pour le Tribunal Arbitral de préjuger en aucune manière de ce que pourrait être (s'il se reconnaissait compétent sur le fond) sa décision quant à la substance du différend. Mais le mécanisme de l'article 47 de la Convention et de l'article 39 du Règlement n'appelle nullement le Tribunal Arbitral à « *préjuger des droits entièrement éventuels* », ou à « *passer à l'analyse de matières hors de sa compétence* » ou encore à « *préjuger sur les résultats éventuels d'un procès qui*

n'a même pas encore commencé en ce qui concerne le fond » comme le pense la Partie Défenderesse.

244. Comme l'ont soutenu les Demanderesses¹⁷⁰ :

579. Dès lors, loin de reconnaître l'impossibilité pour la Décision n°43 de causer un préjudice aux Demanderesses, le Tribunal s'appuyait surtout sur le fait que l'exécution de la Décision n°43 ne rendrait pas impossible la réparation du préjudice subi par les Demanderesses. Il n'y a donc dans cette décision de rejet des mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesses aucune contradiction avec la Sentence condamnant la République du Chili sur le fondement d'un traitement discriminatoire à raison notamment de la Décision n°43.

245. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Le Tribunal ne s'est pas contredit. Par conséquent, il n'a pas traité le Chili d'une manière inéquitable et il n'a pas manqué à son obligation de motivation. Le Tribunal a respecté les règles qu'il avait posées pour la procédure d'arbitrage en ce qui concerne la Décision n° 43 et les raisons qu'il a données ne sont pas contradictoires. Les demandes de la Défenderesse fondées sur ces motifs en vertu de l'article 52(1)(d) et (e) sont donc rejetées.

G. Dommages-intérêts

(1) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

(i) Principe du contradictoire

246. Les principales questions soulevées par le Chili au regard de cet aspect de l'article 52(1)(d) sont les suivantes :

- si les Demanderesses, à quelque moment que ce soit avant la Sentence, ont présenté leur demande de dommages-intérêts et quelle est la méthodologie utilisée par le Tribunal ; et

¹⁷⁰ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 579.

- dans la négative, si l'adoption par le Tribunal d'un calcul des dommages-intérêts dans la Sentence, sans donner au Chili la possibilité d'être entendu en réponse, est conforme à l'article 52(1)(d).

Positions des parties

Position du Chili

247. Le Chili prétend que le Tribunal ne lui a jamais donné la possibilité d'être entendu sur le calcul des dommages-intérêts, point apparu pour la première fois dans la Sentence¹⁷¹. Les Demanderesses, répète le Chili, n'ont jamais invoqué de violation de l'article 4 de l'API, et elles n'ont jamais soumis d'analyse distincte du dommage ni de calcul séparé des dommages-intérêts résultant d'un déni de justice et d'une discrimination¹⁷² :

246. The request for damages was framed exclusively in terms of indemnification for rights related to the ownership of the expropriated property — lost profits, value of assets, and intellectual property rights. However, at no point in the proceedings did the parties address the issue of damages for any alleged “denial of justice” or discrimination. Since the Claimants never actually asserted “denial of justice” or discrimination claims with respect to the particular alleged State acts upon which the Tribunal ultimately — and exclusively — predicated its determination of responsibility by Chile under the BIT, it is not surprising that the Claimants also never purported to set forth a valuation or claim for damages for the relevant BIT violations. With no analysis of damages offered, the Respondent[] had nothing to which to reply. The Tribunal for its part had no basis on which to review any theories or proof of damages.

248. Le seul débat des parties sur le dommage dans toute la procédure, poursuit le Chili, portait uniquement sur le dommage subi du fait de l'expropriation¹⁷³. S'agissant de la demande fondée sur le déni de justice, bien que les Demanderesses aient réclamé les frais liés à l'ajout d'une nouvelle demande, elles n'ont jamais formulé de demande spécifique

¹⁷¹ Voir Rép. Déf. Annul., para. 137.

¹⁷² Voir Mém. Déf. Annul., para. 246.

¹⁷³ *Ibid.*, para. 245.

de dommages-intérêts sur le fondement d'un « déni de justice »¹⁷⁴. Il en résulte que la Défenderesse n'a jamais rien eu à répondre à ce sujet.

249. Le Chili relève que le Tribunal lui-même a reconnu que les arguments soumis par les parties sur le dommage étaient limités à la demande fondée sur l'expropriation et qu'il n'y a pas eu de débat en ce qui concerne le dommage résultant du déni de justice et de la discrimination¹⁷⁵.

248. Furthermore, the Tribunal expressly conceded in the Award that the Claimants had not presented any evidence of damages on the denial of justice-related or discrimination-related BIT violations (as distinguished from the alleged expropriation-related violations):

Dans l'exercice de son droit et pouvoir d'appréciation des preuves, le Tribunal arbitral ne peut que constater que les demanderesses n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve convaincante, ni par pièces, ni par témoignage, ni par expertise, des importants dommages allégués et causés par les faits relevant de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral

249. Finally, the Tribunal also conceded that, in light of the bases for its conclusion on responsibility, the expropriation-based damages analysis that had been conducted by the parties was irrelevant:

Il y a lieu de relever d'abord que l'argumentation des demanderesses concernant l'évaluation du dommage (ainsi du reste, par voie de conséquence, que la réfutation esquissée par la défenderesse par exemple avec le rapport de l'expert Kaczmarek) se réfère à l'expropriation intervenue au Chili dans la période 1973-1977, notamment en 1975, et confirmée par la suite.

L'expropriation survenue avant l'entrée en vigueur du traité ayant été écartée de l'examen du Tribunal arbitral, il en résulte que, pour cette raison déjà, les allégations, discussions et preuves relatives au dommage subi par **les demanderesses du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un**

¹⁷⁴ *Ibid.*, paras. 164 ; 184-185.

¹⁷⁵ *Ibid.*, paras. 248-250.

préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un 'traitement juste et équitable.'

250. Thus, even the Tribunal itself acknowledged that the damages submissions made by the parties were limited solely to the expropriation context, and there was no relevant argumentation on the issue of damages for denial of justice and discrimination. [Caractères gras dans l'original]

250. Le Chili conclut que le Tribunal n'a jamais consulté les parties et qu'il a ensuite produit dans la Sentence sa propre méthodologie et son propre calcul¹⁷⁶.

251. Le Chili rappelle que le Tribunal, dans ses Ordonnances de procédure n° 13 et 14, lui a refusé la possibilité de présenter des écritures supplémentaires, notamment un mémoire suivant l'audience de janvier 2007. Lors de cette audience, le Président du Tribunal a posé une question sur les dommages liés à une violation éventuelle du traitement juste et équitable en relation avec la Décision n° 43¹⁷⁷ :

Il a été dit par Me Malinvaud, me semble-t-il, à propos de la Décision n° 43, sinon ce matin en tout cas hier, que cette Décision 43 constituait une nouvelle violation de la Règle du traitement juste équitable ou, si vous voulez, un nouvel acte illicite. En admettant cette thèse, par hypothèse ou pour les besoins de la discussion, c'est-à-dire si l'on admet qu'il s'agit d'une nouvelle violation, le préjudice ou le dommage serait-il le même ?

252. Selon les termes employés par la Défenderesse, l'invitation du Tribunal à répondre à cette question ne peut pas « possibly be deemed a fair opportunity to understand the claim and certainly not a fair opportunity to respond to it. One does not respond to a Bilateral Investment Treaty claim that attaches serious potential responsibility to a sovereign state orally by thinking about it for one minute in the context of a hypothetical question. »¹⁷⁸. Le Chili reconnaît que, après l'audience de janvier 2007, le Tribunal a

¹⁷⁶ *Ibid.*, para. 252.

¹⁷⁷ Voir RA-26c, qui fait référence à Tr. Comp. [p. 49] (Fr.).

¹⁷⁸ Voir Tr. Annulation [2] [313:22-321:22] *en particulier* [321:8-321:16] (Ang.) ; [131:24-134:33] *en particulier* [134:23-134:28] (Fr.) ; [339:21 – 348:22] *en particulier* [348:7-15] (Esp.).

demandé aux parties des informations sur le montant de l'indemnisation qui avait été octroyée aux bénéficiaires de la Décision n° 43, notamment les calculs effectués en fonction de l'inflation et des taux d'intérêt. Le Chili note toutefois que¹⁷⁹ :

[i]t is important to clarify that the Tribunal had not indicated for what purpose it was requesting this information, and did not provide the parties with any opportunity to provide any comments, or anything other than the raw data it had asked for. Accordingly, such communications cannot be understood as having granted Chile an opportunity to be heard on the issue of damages relating to the purported Article 4 claims.

253. Le Chili soutient qu'un tribunal ne dispose pas du pouvoir d'adopter un calcul des dommages-intérêts qui excède les limites des arguments des parties, sans donner au préalable aux parties la possibilité d'être entendues à ce sujet¹⁸⁰. Il fait valoir que, même si un tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'utilisation d'un calcul des dommages-intérêts qui n'a pas été présenté par l'une ou l'autre des parties, il doit néanmoins accorder à celles-ci le droit de soumettre leurs commentaires sur ce calcul avant de l'adopter, en particulier si la question n'a pas été abordée par les parties au cours de l'audience¹⁸¹. Le Chili observe que ce n'est pas ainsi que le Tribunal a procédé¹⁸² :

251. To compound the Tribunal's denial of opportunity to be heard, it also decided to forgo the hearing of any independent expert on damages (whose report the parties would have had the right to review and respond to). It did so on the basis that it would have been inexpedient. Specifically, the Tribunal stated in the Award that it was disinclined to name an independent expert to render an assessment on damages, because "que tout recours à une expertise ... est en soi généralement de nature à augmenter, parfois fortement, la durée et les coûts d'un arbitrage" and "que tout recours à une expertise ... est en soi généralement de nature à augmenter, parfois fortement, la durée et les coûts d'un arbitrage"

¹⁷⁹ Voir Rép. Déf. Annul., para. 145.

¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 136.

¹⁸¹ *Ibid.*, para. 139.

¹⁸² Voir Mém. Déf. Annul., paras. 251-253. Notes de bas de page omises.

252. Thus, concerned about the already unprecedented delay in issuing its Award, the Tribunal essentially decided to dispense with rigor in the damages assessment phase of the case, so as to be able to issue its Award as soon as possible (even so, it did not issue the award until some 16 months after this final hearing). Faced with the practical problem, however, that the Claimants had not presented any claim for damages and that an independent expert would take too long, the Tribunal resorted to devising a damages methodology and calculations of its own, on which it never once consulted with the parties, and of which the parties became aware for the first time in the Award itself:

En l'absence de preuves convaincantes apportées par les demandresses et le recours à une ou plusieurs expertises devant être exclu, le Tribunal arbitral est cependant en mesure de procéder à une évaluation du dommage à l'aide d'éléments objectifs dès lors que, selon les données incontestées résultant du dossier, les autorités chiliennes elles-mêmes, à la suite de la Décision n° 43, ont fixé le montant de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à une indemnisation.

253. In other words, without hearing arguments from either of the parties regarding the issue of damages, the Tribunal decided simply to substitute the *confiscation* valuation of “El Clarín” (as determined in the confiscation-specific context of Decision 43) for a valuation of the damages specifically attributable to the “denial of justice” and “fair and equitable treatment” violations that the Tribunal alleged Chile had committed. [Soulignement et caractères italiques dans l'original]

254. Le Chili conclut ensuite que la privation par le Tribunal de son droit d'être entendu a, en fin de compte, eu un impact sur l'issue de l'affaire et qu'elle doit donc être qualifiée d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure¹⁸³.

The *Pey Casado* Award contained three principal broad conclusions: (1) the Tribunal had jurisdiction; (2) the Republic committed a denial of justice and a discriminatory violation of the fair and equitable treatment standard; and (3) the Republic was responsible to the Claimants for US\$10 million worth of damages *resulting from such violations*. [Caractères italiques dans l'original]

255. Enfin, la Défenderesse soutient qu'elle n'a jamais renoncé à son droit d'être entendue sur la question des dommages-intérêts dans le cadre de la demande fondée sur la

¹⁸³ *Ibid.*, para. 255.

discrimination liée à la Décision n° 43 parce qu'elle n'a jamais su, ni effectivement ni implicitement, qu'une réponse était nécessaire.¹⁸⁴

149. [...] The mere fact that parties may have a certain degree of latitude to express views on almost anything in an arbitration, does not mean they are required to opine on every conceivable issue that could come up, lest they risk waiver. In particular, they are not required to address issues that cannot reasonably be discerned to be at play in the arbitration. Here, as demonstrated above, Chile did not become aware of the discrimination claim or of the damages methodology employed by the Tribunal in connection with such claim until the Award was published. Because the right to defend can only be waived if the respondent has actual or constructive notice that a response is required, and because Chile had no such knowledge, it is apparent that Chile did not waive its right to be heard on the issue of damages concerning the alleged discrimination relating to Decision 43.

Position des Demanderesses

256. Les Demanderesses sont de l'avis qu'il n'y a eu, dans les circonstances, aucune inobservation d'une règle fondamentale de procédure parce que l'adoption par le Tribunal du calcul des dommages-intérêts dans la Sentence était justifié. Selon les termes employés par les Demanderesses, « le quantum du dommage réparable au titre du déni de justice et traitement discriminatoire était le même que celui résultant de la confiscation, les violations du Chili n'ayant eu pour conséquence que de priver les Demanderesses d'obtenir réparation pour les confiscations subies [...] »¹⁸⁵.
257. Les Demanderesses soutiennent qu'elles n'ont pas présenté de demandes de dommages-intérêts spécifiques au titre des violations de l'article 4 puisqu'elles étaient comprises dans la demande d'indemnisation pour expropriation¹⁸⁶. De la même manière que pour la

¹⁸⁴ Voir Rép. Déf. Annul., para.149.

¹⁸⁵ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 613 ; voir aussi Répl. Dem. Annul., paras. 208 et s.

¹⁸⁶ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 592.

demande fondée sur le déni de justice, elles font référence à leur Demande complémentaire du 4 novembre 2002, p. 13 :

Enfin 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 Arraez et Associés » sur l'évaluation du groupe d'entreprises du journal Clarin (pièce D18) avait conclu que l'indemnisation correspondant aux presses GOSS établie par la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago devait être déduite de l'évaluation qu'ils avaient faite du montant global des dommages et intérêts. Cette position est confirmée par le rapport complémentaire du 28 octobre 2002 ci-joint (pièce C225).

258. S'agissant de la demande fondée sur la discrimination, elles soutiennent que les dommages-intérêts étaient inclus dans leur rapport d'expert du 19 février 2003¹⁸⁷. Elles font également référence à l'audience de janvier 2007¹⁸⁸ :

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

259. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal a donné au Chili la possibilité d'être entendu avant, pendant et après l'audience de janvier 2007¹⁸⁹.

596. [...] [L]es Parties Demanderesses ayant présenté des demandes au cours de la procédure d'arbitrage sur les fondements de déni de justice et de traitement injuste et inéquitable, la République du Chili avait l'opportunité de présenter dans ses écritures les arguments pertinents pour s'opposer non seulement à

¹⁸⁷ Voir Répl. Dem. Annul., para. 210.

¹⁸⁸ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 593, qui cite Tr. Comp. [2] [p. 50] (Fr.).

¹⁸⁹ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 591-604.

l'existence d'une telle violation mais également à l'évaluation du préjudice présentée par les Demanderesses.¹⁹⁰

260. Elles concluent que les tribunaux disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des dommages-intérêts, comme l'ont reconnu les comités *ad hoc*, et que, même si une règle fondamentale de procédure a été violée, cette violation ne serait pas grave. À cet égard, les Demanderesses font valoir que le Tribunal n'aurait pas été en mesure d'octroyer un montant inférieur de dommages-intérêts, étant donné qu'il a accordé le strict minimum qui correspond au montant alloué par le Chili en vertu de la Décision n° 43, fondement de la discrimination. Par conséquent, le Tribunal n'est pas parvenu à un montant substantiellement différent de celui qu'il aurait octroyé si la règle avait été observée¹⁹¹.

Analyse du Comité

261. Le Comité relève que le Tribunal a reconnu dans la Sentence que :

- Les arguments des Demanderesses concernant les dommages étaient strictement limités à leurs demandes fondées sur l'expropriation¹⁹² ;

686. Il y a lieu de relever d'abord que l'argumentation des demanderesses concernant l'évaluation du dommage (ainsi du reste, par voie de conséquence, que la réfutation esquissée par la défenderesse par exemple avec le rapport de l'expert Kaczmarek) se réfère à l'expropriation intervenue au Chili dans la période 1973-1977, notamment en 1975, et confirmée par la suite.

¹⁹⁰ *Ibid.*, para. 596.

¹⁹¹ *Ibid.*, paras. 608-615.

¹⁹² Voir Sentence, para. 686.

- Le calcul des dommages-intérêts basés sur l'expropriation n'était pas pertinent s'agissant des violations de l'API résultant d'un déni de justice et d'une discrimination servant de fondement à la Sentence¹⁹³ ;

688. L'expropriation survenue avant l'entrée en vigueur du traité ayant été écartée de l'examen du Tribunal arbitral, il en résulte que, pour cette raison déjà, les allégations, discussions et preuves relatives au dommage subi par les demanderesse du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un « *traitement juste et équitable* ». [Soulignement et caractères italiques dans l'original]

- Les Demanderesses n'ont pas apporté de preuves convaincantes des dommages dans le cadre des demandes fondées sur le déni de justice ou sur la discrimination¹⁹⁴ ; et
- Le Tribunal serait en mesure de procéder à une évaluation des dommages-intérêts à l'aide d'éléments objectifs, les autorités chiliennes ayant elles-mêmes fixé le montant de la réparation due aux personnes ayant droit à une indemnisation en vertu de la Décision n° 43¹⁹⁵.

262. Le Comité est de l'avis que, même si l'on suppose, pour les besoins de la discussion, que le Tribunal disposait d'un tel pouvoir, il aurait dû accorder à chaque partie le droit de présenter ses arguments et de contredire ceux de l'autre partie. Après examen de l'ensemble du dossier, notamment des arguments des parties, le Comité ne peut que conclure que les parties n'ont jamais débattu des dommages découlant des violations de l'article 4 de l'API. Les Demanderesses ont bien mentionné brièvement les dommages liés à la rotative Goss et la Décision n° 43, mais uniquement dans le cadre de la demande

¹⁹³ *Ibid.*, para. 688.

¹⁹⁴ *Ibid.*, para. 689.

¹⁹⁵ *Ibid.*, para. 692.

fondée sur l'expropriation. Il est significatif que la réparation demandée par les Demanderesses soit limitée aux dommages résultant de l'expropriation¹⁹⁶ :

QU'IL DÉCLARE illégitime, contraire au Droit interne chilien et international, nulle et de nul effet *ab initio* la saisie par un acte de force et la confiscation des biens, droits et crédits de CPP S.A. et de EPC Ltée., la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée., ainsi que la nouvelle dépossession intervenue le 28 avril 2000 ;

-QU'IL CONDAMNE l'État défendeur à indemniser en conséquence les parties demandereses eu égard à la totalité de leurs dommages et préjudices ainsi causés, y compris le *lucrum cessans* à partir de la date de l'acte de force - le 11 septembre 1973- jusqu'à la date de la Sentence -et ce pour un montant minimum estimé provisoirement à la date du 11 septembre 2002, sauf erreur ou omission, à US\$ 397.347.287, auquel s'ajoutent les dommages moraux et non patrimoniaux infligés à M. Victor Pey Casado selon l'estimation que le Tribunal jugera opportune ; [Soulignement ajouté]

En définitive,

Qu'il CONDAMNE l'État demandeur à indemniser les demandereses à hauteur de 515.193.400 US\$ (cinq cent quinze millions cent quatre-vingt-treize mille quatre cent dollars des États-Unis d'Amérique) comme sollicité dans le **Mémoire** présenté le 17 mars 1999. [Soulignement et caractères gras dans l'original]

263. La seule fois où la question des dommages pour violation de l'article 4 de l'API a été soulevée, c'est lors de l'audience de janvier 2007, lorsque le Président du Tribunal a demandé aux parties si le préjudice ou dommage résultant de la violation hypothétique de la disposition relative au traitement juste et équitable était le même que celui résultant de l'expropriation ou bien s'il était différent de celui-ci¹⁹⁷. Cependant, comme il ressort du dossier, l'audience de janvier 2007 avait pour objet de traiter des questions de compétence. Il est évident pour le Comité que la Défenderesse (et les Demanderesses) a (ont) eu très peu de temps lors de l'audience pour répondre à la question posée par le Président. Le Comité est d'accord avec le Chili sur le fait qu'une partie ne peut pas

¹⁹⁶ Voir RA-20a, Répl. Dem. Comp. et Fond, p. 254 (qui fait référence à l'Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire, p. 152, RA-13a).

¹⁹⁷ Voir *supra*, para. 251.

répondre à une telle question et présenter ses arguments sur les conséquences d'une violation éventuelle d'une disposition substantielle d'un Accord pour la Promotion et la Protection des Investissements « en une minute »¹⁹⁸.

264. Les parties n'ont pas eu la possibilité de déposer des mémoires suivant l'audience de janvier 2007 car le Tribunal avait précisé dans sa décision du 13 septembre 2006 et dans son Ordonnance de procédure n° 13 du 24 octobre 2006 qu'il n'y aurait pas de réouverture de la phase écrite de la procédure.

265. Le Comité relève que, après l'audience de janvier 2007, le Tribunal a demandé des informations aux parties au sujet de la Décision n° 43. Cependant, il est clair pour le Comité qu'aucune de ces demandes ne portait sur les principes de l'indemnisation au titre de la violation de la garantie du traitement juste et équitable :

- le 18 juillet 2007, le Tribunal a demandé aux parties « les documents qui lui permettraient de prendre connaissance des montants précis concernés » en ce qui concerne la Décision n° 43¹⁹⁹. Les Demanderesses ont répondu par lettre du 19 juillet 2007 en indiquant les montants accordés au titre de la Décision n° 43, mais sans aucune discussion des arguments juridiques relatifs à l'indemnisation. La Défenderesse a répondu par lettre du 20 juillet 2007 et a indiqué qu'elle se réservait le droit de soumettre des commentaires sur le montant de l'indemnisation²⁰⁰ ;
- le 3 octobre 2007, le Tribunal a donné 2 semaines à la Défenderesse pour soumettre ses commentaires sur la lettre des Demanderesses du 19 juillet 2007 et a permis un autre échange d'observations ;

¹⁹⁸ Voir *supra*, para. 252.

¹⁹⁹ Voir CN-215.

²⁰⁰ Voir CN-217.

- la Défenderesse a répondu le 18 octobre 2007 et a joint les documents demandés au sujet du montant prévu par la Décision n° 43, ainsi que les calculs effectués en fonction de l'inflation et du taux d'intérêt. La lettre commentait le montant versé en vertu de la Décision n° 43 et expliquait le contenu des documents ;
- les Demanderesses ont répondu le 29 octobre 2007 et ont soumis leurs commentaires sur les informations produites par le Chili ; et
- le Chili a répondu le 9 novembre 2007 (lettre datée à tort du 18 octobre 2007) en soumettant ses commentaires sur l'émission de billets à ordre en tant que modalité de paiement.

266. De l'avis du Comité, ces échanges postérieurs à l'audience ne constituent pas une possibilité équitable de débattre de la réparation au titre de la violation de l'article 4 de l'API. Même si le Tribunal a bien utilisé des éléments objectifs pour l'évaluation des dommages-intérêts (les données communiquées et débattues par les parties), à aucun moment il ne s'est référé à des arguments invoqués par l'une ou l'autre des parties. Comme elles l'ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l'annulation²⁰¹, les Demanderesses ont soutenu, lors de l'audience de janvier 2007, que l'indemnisation due était équivalente à celle résultant de la confiscation, étant donné que la violation de l'API par le Chili avait pour conséquence d'empêcher les Demanderesses d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. Le Tribunal a cependant adopté un autre standard. Il a placé les Demanderesses dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de violation de l'API, et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43.

²⁰¹ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 613.

267. Le Comité relève que le Tribunal a étudié et rejeté la possibilité de désigner un expert indépendant pour évaluer les dommages-intérêts en raison des délais et des coûts supplémentaires qu'un tel processus était susceptible d'entraîner²⁰². Cependant, de l'avis du Comité, le Tribunal ne pouvait pas examiner les éléments de preuve et parvenir à une telle conclusion sans avoir donné aux deux parties la possibilité de présenter leurs arguments sur le critère d'indemnisation applicable et l'évaluation des dommages-intérêts au titre de la violation de l'article 4 de l'API. Le Comité est d'accord avec le comité *ad hoc* dans *Klöckner I* sur le fait que rouvrir la procédure avant d'arriver à une décision et permettre aux parties de faire valoir leurs vues sur la nouvelle thèse des arbitres n'était pas simplement une question d'opportunité, mais une nécessité, étant donné que le Tribunal sortait du cadre légal que les parties lui avaient fixé²⁰³.
268. Enfin, le Comité est convaincu que le Chili n'a jamais renoncé à son droit d'être entendu sur cette question des dommages-intérêts. Le Comité rappelle que le Tribunal avait expressément déclaré avant l'audience de janvier 2007 qu'il ne rouvrirait pas la phase écrite de la procédure. Compte tenu des circonstances, on ne peut pas considérer que le Chili a renoncé à son droit d'objecter au non-respect par le Tribunal du « principe du contradictoire » alors que celui-ci l'a empêché de présenter des observations supplémentaires. En outre, une partie ne peut renoncer à une objection que si elle a eu, effectivement ou implicitement, connaissance d'une violation de la procédure. Comme le relève le Professeur Schreuer²⁰⁴, certaines violations de principes procéduraux peuvent n'apparaître qu'une fois que la sentence a été portée à la connaissance des parties. Compte tenu de la seule question posée aux parties lors de l'audience de 2007 et des demandes du Tribunal de juillet et octobre 2007, le Chili ne pouvait pas savoir, tant qu'il

²⁰² Voir Sentence, para. 691.

²⁰³ Voir *Décision Klöckner I*, para. 91.

²⁰⁴ Voir *Commentaire Schreuer Art. 52*, para. 334.

n'avait pas lu la Sentence, que le Tribunal recourrait à la Décision n° 43 pour évaluer les dommages résultant d'une violation du principe du traitement juste et équitable.

269. Le Comité considère que le non-respect du droit d'être entendu qu'il a constaté est grave car la question sur laquelle le Chili a été privé du droit de présenter ses arguments était substantielle et déterminante pour le résultat. Le Chili a été privé du droit de présenter ses arguments sur le critère applicable au calcul des dommages-intérêts au titre de la violation par le Chili de la disposition de l'API relative au traitement juste et équitable. Compte tenu des conclusions du Tribunal, qui font partie du dispositif, il est évident que cette question était un élément crucial de la Sentence et que cela a causé un dommage substantiel au Chili. Le Comité conclut donc qu'il n'a pas d'autre choix que celui d'annuler le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence. En outre, si le Chili avait eu l'opportunité de présenter ses arguments sur la méthode utilisée et les calculs effectués par le Tribunal sur les dommages-intérêts, la Sentence aurait pu être substantiellement différente. Bien que, comme l'a décidé le Comité ci-dessus²⁰⁵, la partie requérante ne soit pas tenue de démontrer que le résultat final aurait été différent si la règle avait été observée, le Comité est d'accord avec le Chili sur le fait que le Tribunal est allé au-delà du critère qu'il avait fixé, à savoir placer les Demanderesses dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées en l'absence de toute violation de l'API ; en effet, il les a en réalité placées dans une bien meilleure situation « by granting them over US\$10 million rather than the US\$2 million they were asking for in Chile »²⁰⁶. Sans procéder à une analyse du critère applicable et du calcul des dommages-intérêts, il n'y a aucun doute

²⁰⁵ Voir *supra*, paras. 78 et 80.

²⁰⁶ Voir Rép. Déf. Annul., para. 522, “*Thus, even if Mr. Pey had been granted everything he was asking for in all of the relevant Chilean courts and administrative proceedings, the most he [] would have obtained would have been a suspension of the Decision 43 proceeding, and compensation for the Goss machine. Accordingly, it could be said that ICSID Tribunal did far more than merely ‘place Claimants in the position they would have been...’ In fact, it left them far better off, by granting them over US\$10 million, rather than the US\$2 million they were asking for in Chile.*”

que le Chili a démontré l'impact que cette violation substantielle a pu avoir sur la Sentence.

270. En résumé, le Comité conclut que seul le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence doit être annulé.

271. Le Comité relève, avant de conclure cette partie de sa Décision, que sa conclusion n'est pas en contradiction avec les conclusions des autres comités *ad hoc* qui ont estimé que les tribunaux ont un large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation du quantum des dommages-intérêts²⁰⁷. Le Comité observe que les décisions dans les affaires *Rumeli* et *Azurix* ont analysé la question du quantum au regard de l'article 52(1)(e), c'est-à-dire du défaut de motifs. Dans ces affaires, la question n'était pas celle de savoir si les parties avaient eu la possibilité de présenter et de débattre du calcul des dommages-intérêts au titre des violations invoquées. Les parties requérantes contestaient le raisonnement des tribunaux quant à la quantification des dommages-intérêts. Le Comité a, dans la présente partie de sa Décision, conclu à l'existence d'une erreur annulable dans le processus suivi par le Tribunal pour parvenir à sa conclusion, et non dans les modalités de calcul du montant des dommages-intérêts.

(ii) *Charge de la preuve*

272. La question soulevée par le Chili au regard de cet aspect de l'article 52(1)(d) est celle de savoir si les Demanderesses ont satisfait à la charge de la preuve de leur préjudice qui pesait sur elles.

²⁰⁷ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 606 ; Rép. Déf. Annul., paras. 139-142, *qui fait référence à Décision Rumeli et à Azurix c. la République argentine*, Affaire CIRDI ARB/1/12, Décision sur l'annulation en date du 1er septembre 2009 (ci-après « *Décision Azurix* »).

Positions des parties

Position du Chili

273. Le Chili souligne le fait que le Tribunal a reconnu que les Demanderesses avaient la charge de prouver leur préjudice et qu'elles n'avaient pas apporté de preuves relatives à l'évaluation du préjudice dans le cadre des demandes fondées sur le déni de justice et la discrimination. Nonobstant ce postulat, le Tribunal a octroyé aux Demanderesses des dommages-intérêts au titre de la violation du principe de traitement juste et équitable²⁰⁸.

274. Le Chili soutient que²⁰⁹ :

Because the Tribunal rendered such determination on damages against the Respondent despite the fact that it admitted both that the Claimants bore the burden of proof regarding damages, and that the Claimants had in fact provided no arguments or evidence at all in that regard with respect to the two claims that constituted the ultimate bases of responsibility, it is evident that the Tribunal disregarded even its own standards on the issue, and improperly reversed the burden of proof.

275. La Défenderesse ajoute que, si la charge de la preuve avait en fait été placée sur les Demanderesses, la Sentence aurait pu être très différente. Par conséquent, conclut le Chili, le Tribunal a violé une règle fondamentale de procédure²¹⁰.

Position des Demanderesses

276. Les Demanderesses réitèrent les arguments qu'elles ont avancés en ce qui concerne la violation du droit d'être entendu, à savoir que le Tribunal disposait d'un pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des dommages-intérêts et ne pouvait donc pas

²⁰⁸ Voir Mém. Déf. Annul., paras. 365-370.

²⁰⁹ *Ibid.*, para. 368.

²¹⁰ *Ibid.*, para. 369.

méconnaître une règle fondamentale de procédure²¹¹, que les Demanderesses ont satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait en abordant la question des dommages-intérêts dans des lettres soumises après l'audience de janvier 2007²¹² et que, même si le Tribunal avait effectivement manqué à une règle fondamentale de procédure, un tel manquement n'était pas « grave » au sens de l'article 52(1)(d)²¹³.

Analyse du Comité

277. Compte tenu de la conclusion du Comité dans la section précédente de sa Décision, selon laquelle le Tribunal a privé le Chili du droit d'être entendu sur la question du calcul des dommages-intérêts, ce qui constituait une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure au sens de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI, le Comité estime que ce motif d'annulation est en fait englobé dans la violation du droit d'être entendu ou qu'il est devenu sans objet. Cependant, afin de dissiper tout doute en ce qui concerne la Demande du Chili, le Comité décide de la rejeter.

(2) Défaut de motifs

278. Le Chili soutient que, en octroyant des dommages-intérêts aux Demanderesses, le Tribunal n'a pas indiqué les raisons :

- justifiant la méthodologie utilisée et les calculs effectués par lui pour évaluer les dommages-intérêts spécifiquement liés aux deux violations de l'article 4 dont il a jugé le Chili responsable (dénier de justice et discrimination) ; et

²¹¹ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 606-607.

²¹² Voir *Ibid.*, paras. 597-605.

²¹³ Voir *Ibid.*, paras. 607-617.

- motivant sa décision selon laquelle il était approprié, aux fins de l'évaluation des dommages-intérêts, de recourir à la valeur d'expropriation d'*El Clarín* (telle que quantifiée dans la Décision n° 43), en dépit de la conclusion antérieure du Tribunal dans la Sentence selon laquelle les actes d'expropriation relatifs à *El Clarín* sortaient du champ temporel de l'API et étaient donc en dehors de la compétence du Tribunal.

Positions des parties

Position du Chili

279. La demande en annulation présentée par le Chili en relation avec les dommages-intérêts et fondée sur l'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI est résumée dans les termes suivants²¹⁴ :

521. The Tribunal failed to state reasons on several aspects of this conclusion. First, it did not explain why it considered that “placing the Claimants in the situation in which they would have been” but-for the BIT violations was the proper standard for determining the amount of damages suffered by Claimants as a result of the alleged “denial of justice” and failure to provide “fair and equitable treatment.” Nor did it explain why, in order to meet that standard, it was appropriate for it to award Claimants an amount that was based on the *expropriation-based* compensation determined by Decision 43. This is contradictory with the Tribunal’s previous conclusion that Claimants had to be compensated for the alleged BIT claims and *not* for the expropriation. It is also contradictory with the Tribunal’s overall conclusion that Claimants’ expropriation claim was inadmissible; this is so because the Tribunal ended up compensating Claimants—through the back door—for the very expropriation that it had said was outside the *ratione temporis* scope of the BIT.

522. It is important in this context to recall that the only thing that Claimants were demanding before the Chilean courts, in terms of *compensation*, was compensation for the value of the Goss machine (which they claimed to be approximately US\$2 million). All of the other judicial and administrative decisions that formed the basis of the Tribunal’s “fair and equitable”

²¹⁴ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 521-527.

determination concerned denial of Claimant's requests that the various Chilean proceedings be suspended pending resolution of the ongoing ICSID arbitration. Thus, even if Mr. Pey had been granted everything he was asking for in all of the relevant Chilean courts and administrative proceedings, the most he [] would have obtained would have been a suspension of the Decision 43 proceeding, and compensation for the Goss machine. Accordingly, it could be said that the ICSID Tribunal did far more than merely "place Claimants in the position they would have been" In fact, it left them far better off, by granting them over US\$10 million, rather than the US\$2 million they were asking for in Chile.

523. Furthermore, in the end Claimants suffered no harm at all from the Chilean authorities' failure to suspend the execution of Decision 43. Claimants' efforts to stop the execution of Decision 43 were intended to prevent a payment for the confiscation of *El Clarín* to third parties, out of concern that such a payment would render more difficult any later effort by Claimants to collect from Chile on an award by the ICSID Tribunal for the very same confiscation. If such suspension had been granted by the Chilean authorities, it would have allowed the ICSID Tribunal to rule first. But the practical import of this would have been negligible, given the Tribunal's eventual conclusion that Claimants' expropriation-based claim was outside the scope of the BIT. It could therefore be said that, had the execution of Decision 43 in fact been suspended, Mr. Pey would have been no better or worse off than he was without the suspension. Thus, the Tribunal failed to explain how Mr. Pey would have received US\$10 million but for the alleged BIT violations.

524. In sum, the restitution standard used by the Tribunal made no sense in the context of the particular BIT violations that it found. The Tribunal's failure to explain why it chose that standard, and its failure to explain why, having chosen that standard, it deemed that the expropriation amount calculated in connection with Decision 43 was the appropriate figure to use to meet the restitution standard, render the Award annulable under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention.

525. In the end, it could reasonably be speculated that the real motivation for the Tribunal's decision was its legal inability—due to the *ratione temporis* constraints mentioned above—to compensate Claimants *under the BIT* for the expropriation of *El Clarín*. Hence the Tribunal's strained effort to find some sort of BIT violation by Chile in connection with Decision 43, and the implausibility of its conclusion on that point, particularly given that it would have in fact been illegal for the Chilean authorities to compensate Mr. Pey given his status as a nonparticipant in the relevant administrative proceeding. (On this point it bears noting that even if Mr. Pey had in fact applied for compensation under this administrative process for the confiscation of *El Clarín*, the result would have been no different, as Chile concluded that the registered shareholders of *El Clarín*—whose heirs ended up being the beneficiaries of Decision 43—were in fact the genuine owners of *El Clarín*).

526. The ICSID annulment jurisprudence would support a finding of annulment for the reasons articulated above. As discussed in Chile’s Memorial, the *ad hoc* committees in *Amco I* and *MINE* annulled awards for “failure to state reasons” precisely because of the existence of inconsistent or contradictory reasons. Particularly relevant is *MINE*, where the committee annulled precisely on the basis of a failure by the tribunal to state reasons for its damages determination, noting in that regard that “to the extent that the Tribunal purported to state the reasons for its decisions” on damages, such reasons were “inconsistent and in contradiction with its analysis of damages theories” that had been presented by the parties in the case. The *MINE* committee further stated:

Having concluded that [the analysis of damages] theories “Y” and “Z” were unusable because of their speculative character, the Tribunal could not, without contradicting itself, adopt a “damages theory” which disregarded the real situation and relied on hypotheses which the Tribunal itself had rejected as a basis for the calculation of damages. As the Committee stated . . . , the requirement that the Award must state the reasons on which it is based is in particular not satisfied by contradictory reasons.

527. The foregoing analysis by the *MINE* committee is directly applicable in the present case. For that and all of the other reasons articulated above, the *Pey Casado* Tribunal’s failure to state reasons for its handling of the damages aspects of its decision warrant annulment of the Award. [Caractères italiques dans l’original]

Position des Demanderesses

280. Les Demanderesses n’abordent pas expressément ce motif dans leurs écritures. Elles décrivent le raisonnement du Tribunal sur l’évaluation des dommages-intérêts²¹⁵ et concluent d’une manière générale que le Chili ne peut pas demander, sur le fondement des motifs qu’il a invoqués, l’annulation de la Sentence quant à la décision du Tribunal relative au montant des dommages-intérêts²¹⁶.

²¹⁵ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 610-615.

²¹⁶ *Ibid.*, para. 616 ; Répl. Dem. Annul., para. 217.

Analyse du Comité

281. Comme cela est bien établi par les décisions de nombreux comités *ad hoc* CIRDI, des motifs contradictoires peuvent constituer un « défaut de motifs »²¹⁷. L'objet de ce motif d'annulation – en d'autres termes, l'objet de l'exigence d'une motivation – est de permettre aux parties de comprendre les décisions des tribunaux CIRDI.
282. Le Comité est d'accord avec le Chili sur le fait que l'adoption par le Tribunal du calcul des dommages-intérêts fondé sur l'expropriation en vertu de la Décision n° 43 est en contradiction avec sa décision selon laquelle cette base de calcul manquait de pertinence étant donné que la demande des Demanderesses fondée sur l'expropriation était en dehors du champ temporel de l'API.
283. Dans le paragraphe 688 de la Sentence, le Tribunal a expressément déclaré qu'une évaluation des dommages prétendument subis par les Demanderesses du fait de l'expropriation manquait de pertinence et que les allégations, discussions et preuves relatives auxdits dommages ne « [pouvaient] pas être retenues » par le Tribunal parce que l'expropriation en 1975 était survenue avant l'entrée en vigueur de l'API et était donc hors du champ temporel de l'API. Selon les termes employés par le Tribunal :

L'expropriation survenue avant l'entrée en vigueur du traité ayant été écartée de l'examen du Tribunal arbitral, il en résulte que, pour cette raison déjà, les allégations, discussions et preuves relatives au dommage subi par les demanderesses du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un « traitement juste et équitable ».

284. Cependant, le Tribunal a ensuite procédé au calcul des dommages-intérêts des Demanderesses en fonction de l'évaluation réalisée par le Ministère chilien des Biens

²¹⁷ Voir *supra*, para. 85.

nationaux, conformément à la Décision n° 43, aux fins de l'indemnisation des personnes qu'il considérait être les propriétaires d'*El Clarín*, au titre de l'expropriation du journal²¹⁸. Pour reprendre de nouveau les propres termes du Tribunal :

En l'absence de preuves convaincantes apportées par les demanderesses et le recours à une ou plusieurs expertises devant être exclu, le Tribunal arbitral est cependant en mesure de procéder à une évaluation du dommage à l'aide d'éléments objectifs dès lors que, selon les données incontestées résultant du dossier, les autorités chiliennes elles-mêmes, à la suite de la Décision n° 43, ont fixé le montant de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à une indemnisation.

285. Le recours par le Tribunal au calcul des dommages-intérêts au titre de l'expropriation est manifestement contraire à sa décision, quelques paragraphes auparavant, selon laquelle un tel calcul des dommages-intérêts au titre de l'expropriation manque de pertinence et les éléments de preuve et des arguments relatifs à un tel calcul ne pouvaient pas être retenus.
286. Bien que le Comité reconnaisse que les tribunaux arbitraux disposent en règle générale d'un pouvoir considérable d'appréciation dans l'évaluation du quantum des dommages-intérêts²¹⁹, la question qui se pose en l'espèce n'est pas en soi celle du quantum des dommages-intérêts déterminés par le Tribunal. Le problème ne réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses. La question réside précisément dans le raisonnement suivi par le Tribunal pour déterminer les modalités de calcul appropriées qui, comme cela a été démontré ci-dessus, est manifestement contradictoire.
287. Compte tenu de ces éléments, le Comité estime que le Tribunal n'a pas motivé sa décision relative aux dommages, ce qui constitue un motif d'annulation sur le fondement

²¹⁸ Voir Sentence, para. 692.

²¹⁹ Voir *Décision Wena*, para. 91 ; *Décision Rumeli*, para. 146 ; *Décision Azurix*, para. 351.

de l'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI. Le Comité fait donc droit à la demande de la Défenderesse à cet égard et annule le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence.

H. L'audience de mai 2003

(1) Droit d'être entendu

Positions des parties

Position du Chili

288. Le Chili soutient que le Tribunal l'a privé d'une possibilité « full and fair » d'être entendu au sens de l'article 52(1)(d) : (a) en privant le Chili de la possibilité de présenter ses témoins et experts ; (b) tout en permettant néanmoins à M. Pey Casado d'aborder des questions factuelles dans son témoignage oral au cours de l'audience de mai 2003 ; (c) en refusant dans le même temps au Chili le droit de contre-interroger M. Pey Casado au cours de cette même audience ; et (d) après avoir expressément assuré au Chili lors de l'audience qu'il ne traiterait pas les déclarations de M. Pey Casado comme des preuves factuelles, en faisant référence dans sa Sentence au témoignage de celui-ci lors de cette audience comme s'il s'agissait de preuves factuelles, et en invoquant ce témoignage dans la Sentence comme étant la seule preuve sur certaines conclusions d'ordre factuel essentielles relatives à l'existence d'un « investissement » et à la question de savoir si M. Pey Casado était le propriétaire de cet investissement²²⁰.

289. La principale question soulevée par le Chili à propos du droit d'être entendu est donc celle de savoir si, nonobstant les assurances du Tribunal et l'impossibilité pour le Chili de contre-interroger M. Pey Casado lors de l'audience de mai 2003, le Tribunal dans la Sentence a, au bout du compte, accordé une valeur probatoire à un tel témoignage. La

²²⁰ Voir Mém. Déf. Annul., paras. 256-268.

question de l'argument des Demanderesses fondé sur la renonciation compte tenu des assurances du Tribunal selon lesquelles M. Pey Casado ne serait pas traité comme un témoin factuel, se pose également.

290. Le Chili soutient que, en vertu de l'article 32(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, les parties ont un droit absolu de présenter des témoins et des experts lors d'une audience à laquelle les parties soumettent leurs arguments. Bien que le Chili reconnaisse qu'un tribunal puisse disposer d'une certaine liberté d'appréciation à cet égard, l'exercice de ce pouvoir d'appréciation est, selon lui, limité par l'obligation du tribunal de traiter les parties de manière égalitaire²²¹. Il fait en outre valoir que, conformément à l'article 35(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, une partie a le droit de contre-interroger les témoins de la partie adverse²²².
291. L'affirmation du Chili selon laquelle le Tribunal l'a privé du droit d'être entendu en ne permettant pas à ses conseils de contre-interroger M. Pey Casado lors de l'audience de mai 2003 est énoncée dans les termes suivants²²³ :

264. Pursuant to the test articulated in *Wena Hotels*, a departure is serious where a petitioning party demonstrates "the impact that the issue may have had on the award." Here, the Tribunal's actions may have had a dramatic impact on the Award. The Tribunal permitted Mr. Pey to testify, without being examined by the opposing party, accepted his statements as true, and cited to them as facts in the Award. Indeed, one of the key underpinnings of the Tribunal's conclusion that there was an "investment" under the BIT was its determination that no formal, written contract or transfer was necessary under Chilean law for the transfer of the CPP shares because of the close relationship between Mr. Pey and Darío Sainte Marie and that Mr. Pey was thus the sole owner of the CPP shares; information that comes directly and uniquely from Mr. Pey's May 2003 testimony. According to the Award,

²²¹ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 160-162.

²²² Voir Mém. Déf. Annul., para. 258.

²²³ *Ibid.*, paras. 264-266. Notes de bas de page omises.

Il est allégué que M. Sainte-Marie, en 1972, pour « *des raisons strictement personnelles* » et semble-t-il d'ordre familial³⁴ a décidé de vendre la société CPP S.A. à son ami M. Pey Casado, lequel, depuis bien des années, 1957-58³⁵ l'avait assisté en tant que collaborateur et conseiller technique, notamment pour le développement et l'orientation de l'entreprise et était devenu « *son collaborateur le plus étroit,* » le vendeur souhaitait en effet « *quitter le pays pour toujours et de façon totale.* » C'est la raison pour laquelle, **selon M. Pey Casado,** le « *mécanisme de transfert de l'entreprise* » se serait déroulé de façon rapide et moins formelle qu'il est d'usage sur le plan commercial.

265. The footnotes from this paragraph cite directly to Mr. Pey's testimony from the May 2003 hearing, in which he stated:

Les raisons pour lesquelles M. Sainte-Marie a eu cette idée étaient des raisons **strictement personnelles** et, à mon avis, ce sont des raisons qui doivent faire l'objet du respect quant aux commentaires qu'on pourrait faire.

A ce moment-là j'étais son **collaborateur le plus étroit.** Je n'ai pas perçu pas un sous pendant tous mes travaux de nombreuses années de collaboration en dépit de son instance pour que je sois payé, que je l'accepte en tant que professionnel, mais j'ai toujours travaillé en tant qu'ami avec lui. Il est devenu évident, naturel par conséquent que, étant la personne qui connaissait le mieux l'entreprise et en même temps qui connaissait le mieux de la situation particulière, de la situation personnelle de M. Sainte-Marie, c'était naturellement moi auquel s'est adressé en plus que j'étais entrepreneur.

Donc il s'est adressé à moi, disais-je, pour que je lui achète le journal étant donné qu'il **avait la proposition définitive de quitter le pays pour toujours.**

Mon activité était tout à fait différente et j'ai dû prendre une décision assez rapidement, en quelques jours. **C'est ainsi que le mécanisme du transfert de l'entreprise** s'est déroulé. Nous ne sommes pas passés par les processus minutieux qui sont utilisés sur le plan commercial. En fait, ce qui a compté c'était la bonne foi et la relation d'amitié que nous avons entre nous approfondie tout au long des dernières années.

266. Had the Tribunal barred Mr. Pey from offering oral testimony over and above his prior written testimony, or had it given Chile the opportunity to cross-examine him on both his written and oral testimony, it might have reached a different conclusion on the issue of whether Mr. Pey was the owner of the CPP and EPC shares. Thus, the Tribunal's departure from the rule caused it to render an award that might have been "substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed." As stated above, an applicant for

annulment need only demonstrate that it was denied the right to be heard on an issue that was part of the Tribunal's decision. Because Mr. Pey's ownership of the CPP and EPC shares was an element of the Tribunal's decision upholding jurisdiction, the denial of the right to be heard may have caused the Tribunal to render an award "substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed." Thus, the Tribunal's actions would constitute a serious departure from a fundamental rule of procedure under the *Wena Hotels* test. [Soulignement et caractères gras et italiques dans l'original]

292. Le Chili ajoute que le Tribunal, sans tenir compte de ses propres déclarations quant à la qualité de partie de M. Pey Casado avant de donner à celui-ci la parole au cours de l'audience de mai 2003, a, dans sa Sentence, traité les déclarations de M. Pey Casado lors de cette audience comme des preuves factuelles sur certaines questions essentielles. Dans ces circonstances, le Chili soutient que la privation par le Tribunal de toute possibilité pour le Chili de contre-interroger M. Pey Casado sur ces déclarations constitue une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure. Le Chili fait en outre valoir que, indépendamment de la question de savoir si le dossier contenait d'autres preuves, le fait que le Tribunal n'ait cité, à titre de source, que les déclarations de M. Pey Casado prouve que le Tribunal leur a accordé un poids important. Le Chili conclut qu'il est évident que ces déclarations ont eu une influence significative, sinon déterminante, sur le raisonnement du Tribunal sur des questions essentielles et que ce fait cause par lui-même un préjudice à la Défenderesse puisqu'il lui avait été assuré qu'il ne serait accordé aucune valeur probatoire au témoignage de M. Pey Casado²²⁴.

293. Enfin, le Chili nie l'affirmation des Demanderesses selon laquelle il a renoncé à toute demande en annulation sur ce fondement étant donné qu'il a seulement découvert l'inobservation de cette règle fondamentale de procédure après que la Sentence eut été portée à la connaissance des parties²²⁵.

²²⁴ Voir Tr. Annulation [2] [341:23-342:12] (Ang.) ; [142:33-40] (Fr.) ; [373:17-374:10] (Esp.).

²²⁵ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 164 ; 176.

Position des Demanderesses

294. Les Demanderesses soutiennent que toutes les règles de procédure ne sont pas des règles fondamentales. Il n'existe pas de règle fondamentale qui impose au Tribunal d'entendre l'ensemble des témoins et experts qui ont soumis des déclarations et des rapports. De même, il n'existe pas de règle fondamentale de procédure qui garantisse un droit de contre-interroger des témoins lors d'une audience²²⁶. Selon les termes employés par les Demanderesses²²⁷ :

101. Il résulte de ce qui précède que l'impossibilité de contre-interroger un témoin, comme le refus du Tribunal arbitral d'entendre les témoins et/ou experts au cours d'une audience orale, ne sauraient être considérés comme une violation d'une règle fondamentale de procédure.

102. En tout état de cause, il ne saurait s'agir d'une violation grave dès lors que le tribunal avait à sa disposition les attestations écrites et les rapports d'experts lui permettant de se forger une opinion. Dès lors, l'absence de témoignages oraux n'a pu manifestement conduire le Tribunal à rendre une décision substantiellement différente.

295. En outre, les Demanderesses font valoir que M. Pey Casado n'était pas un témoin factuel et que le Chili, en tout état de cause, a renoncé à son droit de demander l'annulation sur le fondement de cette question²²⁸. Les Demanderesses réfutent en outre l'affirmation du Chili selon laquelle l'exposé présenté par M. Pey Casado a été considéré par le Tribunal comme un élément de preuve²²⁹.

²²⁶ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 85-99.

²²⁷ *Ibid.*, paras. 101-102.

²²⁸ *Ibid.*, paras. 105 et s.

²²⁹ *Ibid.*, paras. 132 et s.

Analyse du Comité

296. Le Comité considère que les arguments des parties sur ce motif soulèvent trois questions : (i) les tribunaux ont-ils une obligation d'entendre des témoins et des experts ; (ii) le Chili aurait-il dû avoir la possibilité de contre-interroger M. Pey Casado ; et (iii) comment le Tribunal a-t-il considéré les déclarations de M. Pey Casado dans la Sentence ?
297. Sur la première question, le Comité relève que le Règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit la possibilité d'interroger et de contre-interroger des témoins et experts, mais qu'il n'impose pas à un tribunal d'entendre l'ensemble des témoins et experts des parties. L'article 34(2)(a) du Règlement d'arbitrage dispose que le Tribunal peut intimer aux parties de citer des témoins ou de faire entendre des experts. L'article 35 du Règlement d'arbitrage décrit la manière dont les témoins et les experts sont interrogés une fois qu'ils ont été appelés à témoigner. Le verbe sont qui figure à l'article 35(1) du Règlement (« Les témoins et experts **sont** interrogés devant le Tribunal par les parties sous le contrôle du Président [...] ») ne saurait être interprété comme exigeant que tous les témoins et experts ayant soumis une déclaration écrite ou un rapport soient interrogés. Il est fréquent que, lors de la première session procédurale, les parties conviennent du processus qui sera adopté s'il est demandé à des témoins et des experts de témoigner (par exemple, sur le point de savoir si chaque partie peut inviter ses propres témoins à déposer ou si elle peut seulement inviter les témoins de l'autre partie à déposer). Faute d'accord à ce sujet, le Tribunal est libre de décider qu'il n'a pas besoin d'entendre tous les témoins ou experts ou certains d'entre eux et peut se fonder exclusivement sur leurs déclarations écrites et leurs rapports.

298. En l'espèce, il ne semble pas que les parties soient convenues d'un processus particulier. Les Demanderesses ont d'abord indiqué qu'elles ne présenteraient aucun de leurs témoins ou experts lors de l'audience de mai 2003²³⁰. La Défenderesse a soumis quelques suggestions quant à la possibilité d'interroger des témoins ou experts²³¹. Puis les Demanderesses ont indiqué que M. Pey Casado, en sa qualité de l'une des parties demanderesses, serait présent, ainsi que M. Alejandro Arráez, leur expert en dommages-intérêts²³². Par lettre du 16 avril 2003, la Défenderesse a demandé que M. Pey Casado soit présent également en qualité de témoin factuel afin d'être contre-interrogé, et elle a déclaré qu'elle demanderait à son propre expert en dommages-intérêts, M. Kaczmarek, d'être présent²³³. Les Demanderesses ont répondu par lettre du 18 avril 2003 en proposant 6 témoins²³⁴. Comme l'ont relevé les Demanderesses dans cette lettre, le contenu de la correspondance des parties sur l'organisation de l'audience était une simple proposition qui ne constituait pas un accord entre les parties que le Tribunal serait tenu de respecter²³⁵ :

Les parties demanderesses tiennent à rendre parfaitement explicite le fait qu'elles n'ont pas donné et ne donnent pas, leur accord à quelque proposition que ce soit venant de la part de l'État du Chili susceptible d'être interprétée, directement ou indirectement, comme un accord entre les parties qui limiterait sous aucune forme la liberté, ou l'initiative *ex officio* du Tribunal arbitral.

299. Enfin, le Tribunal a indiqué par lettre du 23 avril 2003 que « à ce stade et avant d'entendre les arguments oraux des parties, [le Tribunal arbitral] ne voit pas le besoin

²³⁰ Voir RA-68c, lettre des Demanderesses du 13 décembre 2002 mentionnée dans la lettre de la Défenderesse du 8 avril 2003.

²³¹ Voir RA-68c, lettre de la Défenderesse du 8 avril 2003.

²³² Voir RA-69c, lettre des Demanderesses du 11 avril 2003.

²³³ Voir RA-70c.

²³⁴ Voir RA-71a.

²³⁵ *Ibid.*

d'entendre des témoins ou des experts ». Le Tribunal a donc clairement déclaré qu'il n'entendrait aucun témoin ni expert, comme il avait le droit de le faire.

300. La seconde question porte sur la nature de l'intervention de M. Pey Casado lors de l'audience de mai 2003. Avant sa première intervention, le Chili a cherché à faire préciser par le Tribunal en quelle qualité M. Pey Casado allait s'exprimer. Lors de l'audience de mai 2003, le Président du Tribunal a confirmé qu'il comprenait que M. Pey Casado s'exprimerait non pas en qualité de témoin de fait, mais de représentant d'une partie²³⁶ :

J'avais interprété personnellement, mais je réserve, évidemment, de consulter mes collègues s'il y avait un problème, mais j'avais cru dire en introduction que nous n'entendions pas de témoins.

Par conséquent, le problème de la valeur d'un témoignage ne me paraît pas se poser à ce stade. Nous entendons d'un côté comme de l'autre. D'ailleurs toute personne qui fait partie de la délégation va exposer à sa manière le point de vue de cette délégation.

Par conséquent, je crois qu'il n'y a pas... mais je comprends votre souci, qui a d'ailleurs déjà été exprimé dans la correspondance, ça ne nous a pas échappé. En tout cas, le cas de M. Pey est simple. La question pourrait être différente si quelqu'un d'autre que nous n'avons pas entendu prétendait ici témoigner. Pour l'instant nous n'entendons pas de témoins.

301. De l'avis du Comité, il est clair que le Tribunal ne voulait entendre M. Pey Casado qu'en qualité de représentant d'une partie. Le Comité relève que, au cours de la procédure, M. Pey Casado n'a jamais soumis de déclaration écrite. Cependant, la question se pose de savoir s'il aurait été opportun pour le Tribunal de considérer M. Pey Casado à la fois comme témoin factuel clé et représentant d'une partie. Si tel avait été le cas, l'autre partie aurait eu la possibilité de lui poser des questions.

²³⁶ Voir RA-24 ; Tr. Comp. [1] [96:5-23] (Fr.).

302. Cette question posée par le Comité est liée à la force probatoire que le Tribunal a finalement accordée aux déclarations de M. Pey Casado. Le Comité a trouvé dans huit parties de la Sentence des références à des éléments de preuve avancés par M. Pey Casado lors de l'audience de mai 2003. Les citations se trouvent, pour la plupart, dans les sections qui décrivent les faits relatifs soit à l'amitié entre MM. Pey Casado et Sainte Marie²³⁷, soit à la nationalité de M. Pey Casado²³⁸. Tous ces faits sont étayés par des pièces, comme le démontrent les Demanderesses. Certaines autres références sont relatives à la description des arguments des Demanderesses quant à l'investissement²³⁹.
303. Seuls deux extraits des déclarations de M. Pey Casado sont repris dans les conclusions du Tribunal relatives à l'investissement : au paragraphe 186 (note de bas de page 133) et au paragraphe 233 (note de bas de page 190). La première citation est relative aux circonstances ayant conduit au Document de Genève et aux Protocoles d'Estoril, et au point de savoir si ces derniers devraient être considérés comme un contrat de vente (comme l'affirment les Demanderesses) ou comme un contrat conclu par M. Pey Casado en qualité de mandataire de M. Sainte Marie (comme l'affirme la Défenderesse). Au paragraphe 186, le Tribunal relève que les Protocoles d'Estoril établissent des obligations complémentaires. La référence à la déclaration de M. Pey Casado est utilisée par le Tribunal pour expliquer comment les Protocoles ont été rédigés. Quant au paragraphe 233 de la Sentence, il contient les conclusions du Tribunal sur l'existence ou non d'un investissement, mais la citation fait référence à la large diffusion du journal. Il est clair qu'aucune des références n'est déterminante pour la conclusion du Tribunal.
304. Le Chili soutient également que le Tribunal a pris en compte les déclarations de M. Pey Casado pour conclure, aux paragraphes 228-229, que M. Pey Casado était le seul

²³⁷ Voir Sentence, paras. 61 ; 63 ; n. 31 et n. 34.

²³⁸ *Ibid.*, paras. 88 ; 101.

²³⁹ *Ibid.*, paras. 157 ; 194 ; n. 109 et n. 146.

propriétaire des actions CPP. Le Chili fait valoir que le Tribunal a conclu à l'existence d'un investissement au sens de l'API parce qu'il a décidé qu'aucun contrat écrit ni transfert formel n'était nécessaire au regard du droit chilien pour la vente des actions CPP en raison des liens étroits unissant M. Pey Casado et M. Darío Sainte Marie. Ces informations provenaient directement et uniquement de la déclaration de M. Pey Casado²⁴⁰. Les Demanderesses ont toutefois souligné que l'existence de liens amicaux entre les deux hommes était établie par divers témoignages et lettres versés au dossier²⁴¹. Le Comité ne considère pas que le Tribunal se soit exclusivement fondé sur les déclarations de M. Pey Casado pour parvenir à cette conclusion particulière. Son témoignage n'était qu'un parmi plusieurs éléments de fait et de droit figurant au dossier étudié par le Tribunal et qui ont conduit à sa décision relative au droit de propriété de M. Pey Casado sur les actions CPP.

305. Bien au contraire, tout comme pour les autres conclusions auxquelles est parvenu le Tribunal, le Comité est convaincu que celui-ci s'est fondé sur un certain nombre de documents et d'éléments factuels figurant au dossier et non pas uniquement sur le témoignage de M. Pey Casado lors de l'audience de mai 2003. Comme l'a expliqué le Tribunal lui-même²⁴² :

L'époque à laquelle se sont déroulés les faits de la présente affaire est à la fois lointaine et marquée par une situation politique et économique très particulière. Aussi l'établissement des faits s'est-il avéré une tâche difficile et chaque partie s'est employée à défendre une version des faits au moyen de la documentation dont elle pouvait disposer. Après un examen attentif des arguments et des pièces soumises par les parties, le Tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des preuves, est parvenu à la conclusion que M. Pey Casado a acheté l'intégralité des actions de la société CPP S.A. au cours de l'année 1972. Cette conclusion repose sur trois éléments principaux que sont la conclusion de

²⁴⁰ Voir Mém. Déf. Annul., para. 295.

²⁴¹ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 138.

²⁴² Voir Sentence, para. 180.

ce que les parties appellent les « *Protocoles d'Estoril* », complétés par ce qu'elles appellent le « *Document de Genève* », les versements effectués au profit de M. Darío Sainte Marie pour un montant total de 1,28 million USD et la remise à M. Pey Casado, en plusieurs paquets, des titres de la société accompagnés de leurs formulaires de transfert signés en blanc.

306. Ainsi que l'ont résumé les Demanderesses²⁴³ :

141. En réalité, chaque référence par le Tribunal à la déclaration de Monsieur Pey, visait soit à replacer les faits dans leur contexte, soit à confirmer sa compréhension des faits, déjà acquise de l'analyse des pièces du dossier. [...]

307. De l'avis du Comité, les déclarations de M. Pey Casado n'ont pas été déterminantes pour la conclusion du Tribunal. Par conséquent, même si l'on pouvait considérer que le Chili avait le droit de contre-interroger M. Pey Casado, le non-respect de cette règle de procédure ne serait pas grave, car le fait de ne pas avoir permis son contre-interrogatoire ne conduit pas le Comité à conclure que, si le Chili avait été autorisé à le contre-interroger, la décision du Tribunal aurait pu être différente.

308. Pour ces motifs, le Comité conclut qu'il n'y a eu aucune inobservation grave de la règle fondamentale de procédure en ce qui concerne le droit d'interroger des témoins et experts et de contre-interroger M. Pey Casado lors de l'audience de mai 2003, et la demande du Chili est rejetée.

(2) Traitement inéquitable / inégalitaire des parties

Positions des parties

Position du Chili

309. Le Chili soutient que constitue un traitement inégalitaire le fait pour un tribunal d'accorder une opportunité ou un avantage à une partie qui n'est pas également offert(e)

²⁴³ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 141.

à la partie adverse et que constitue un traitement inéquitable le fait pour un tribunal de ne pas respecter les règles qu'il a lui-même fixées pour la procédure²⁴⁴.

310. Le Chili fait valoir que le Tribunal a traité les parties de manière inéquitable et inégalitaire en ce qui concerne le témoignage de M. Pey Casado lors de l'audience de mai 2003. La principale question soulevée par le Chili à cet égard est celle de savoir si la comparution de M. Pey Casado lors de l'audience en tant que seul et unique témoin de fait pour l'une et l'autre des parties, combinée avec le refus du Tribunal de permettre son contre-interrogatoire et la référence figurant dans la Sentence à son témoignage, a été, de par sa nature même, préjudiciable et inéquitable pour le Chili, et a ainsi constitué un traitement inégalitaire des parties justifiant une annulation sur le fondement de l'article 52(1)(d).

311. Plus précisément, le Chili soutient que le Tribunal s'est montré inéquitable car il a déclaré qu'il n'entendrait pas de témoins ni d'experts lors de l'audience de mai 2003, pour ensuite, au bout du compte et sans en avoir informé les parties, permettre au principal témoin des Demanderesses d'intervenir longuement au cours de cette audience. Le Chili soutient également que le Tribunal a agi de manière inéquitable car il s'est longuement référé dans sa Sentence aux déclarations de M. Pey Casado, qu'il a considérées exactes. Le Chili soutient que de tels actes constituent un traitement inégalitaire flagrant sur le plan procédural²⁴⁵.

Position des Demanderesses

312. Les Demanderesses répondent que le Tribunal n'a pas agi de manière inéquitable car (i) M. Pey Casado ne s'est pas exprimé en qualité de témoin de fait, (ii) le Tribunal a permis

²⁴⁴ Voir Mém. Déf. Annul., paras. 277-278 ; Rép. Déf. Annul., para. 182.

²⁴⁵ Voir Mém. Déf. Annul., paras. 281 ; 291 ; 292.

au Dr. Cea, Président de la Cour constitutionnelle du Chili, d'intervenir au cours de l'audience de janvier 2007 sans permettre aux Demanderesses de le contre-interroger ; (iii) les actes du Tribunal ne présentent pas le caractère de « gravité » requis pour permettre une annulation ; et (iv) le Chili a renoncé à son droit à l'annulation en ne formulant aucune objection quant aux irrégularités alléguées de l'audience de mai 2003²⁴⁶.

Analyse du Comité

313. Le Comité partage l'analyse du Chili quant aux actes susceptibles de constituer un traitement inéquitable et inégalitaire des parties. Cependant, comme il l'a expliqué ci-dessus à propos du droit d'être entendu concernant le témoignage de M. Pey Casado, le Comité estime que la référence du Tribunal aux déclarations de M. Pey Casado n'a pas été déterminante pour le résultat. Par conséquent, même si l'on peut considérer que le Tribunal a traité le Chili d'une manière inéquitable et inégalitaire en ne lui permettant pas de contre-interroger M. Pey Casado lors de l'audience de mai 2003, la violation de cette règle fondamentale de procédure ne peut pas être qualifiée de grave. La demande du Chili est donc rejetée.

I. L'audience de janvier 2007

Positions des parties

Position du Chili

314. Le Chili soutient qu'en permettant l'introduction d'une nouvelle demande au fond lors de l'audience de 2007, le Tribunal a traité les parties d'une manière inéquitable et inégalitaire. La principale question soulevée par le Chili à cet égard est celle de savoir si

²⁴⁶ Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 106-111, 114-124, 129-141, et 146-149.

le Tribunal a agi d'une manière inéquitable en violation de l'article 52(1)(d) lorsque, après avoir limité l'objet de l'audience de janvier 2007 à des questions portant exclusivement sur la compétence, il a ensuite ignoré cette règle de procédure en permettant aux Demanderesses de répondre à des questions portant sur le fond au cours de cette audience, puis en se fondant explicitement sur ces déclarations pour motiver ses décisions sur le fond dans la Sentence.

315. Le Chili avance que le Tribunal a commis une violation grave d'une règle fondamentale de procédure en permettant aux Demanderesses non seulement d'aborder des questions de fond, mais aussi d'introduire une nouvelle demande au fond au cours d'une audience qui devait être exclusivement consacrée à des questions de compétence. Cette affirmation est fondée sur l'argument avancé par le Chili et décrit ci-dessus, selon lequel la demande des Demanderesses fondée sur le déni de justice a été introduite pour la première fois lors de l'audience de janvier 2007 ; en d'autres termes, elle n'a été formulée en tant que demande au fond pour violation de l'article 4 du traité que le dernier jour de l'audience de janvier 2007. Le Chili souligne que cette demande n'a été introduite qu'en réponse à une question émanant de M. Gaillard, qui a expressément demandé : (1) si les Demanderesses présentaient une demande au fond au titre d'un « déni de justice » ; et (2) dans l'affirmative, si elle portait « notamment sur l'article 4 ».

Position des Demanderesses

316. Comme cela a été relevé ci-dessus, les Demanderesses ne sont pas d'accord sur le fait que la demande fondée sur le déni de justice a été présentée pour la première fois au cours de l'audience de janvier 2007²⁴⁷. Les Demanderesses concèdent, toutefois, que

²⁴⁷ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 506.

l'audience de janvier 2007 devait être consacrée exclusivement à des questions relatives à la compétence²⁴⁸.

Analyse du Comité

317. Le Comité estime que, en permettant aux Demanderesses de soutenir cette demande fondée sur le déni de justice et en posant des questions sur ce point même au cours de l'audience de janvier 2007, le Tribunal n'a pas traité les parties de manière inéquitable ou inégalitaire. Le Comité relève que, comme l'a reconnu lui-même le Tribunal, les deux parties ont dépassé le cadre limité de cette audience²⁴⁹ :

J'observerai simplement que les deux parties, à l'occasion, ont toutes deux quelque peu débordé le cadre strict de la question. Mais bien évidemment, on peut toujours dire que tout est lié.

[...]

Je crois que nous pouvons dire que le Tribunal était là pour veiller au respect du cadre stricte qu'il avait fixé et il l'a fait avec une certaine flexibilité, dont les deux parties ont bénéficié. Il y a eu, plus ou moins inévitablement, certains dépassements du cadre stricte qui non seulement n'ont pas eu de conséquences dommageables, mais qui se sont avérés plutôt utiles. A cet égard, ce qui vient de se passer me paraît le démontrer, au même titre que ce qui s'est passé hier.

318. Certes, les Demanderesses ont dépassé les limites de l'audience en abordant leurs demandes fondées sur le déni de justice, mais elles ont observé que le Chili avait également débordé du cadre des questions soulevées par le Tribunal lorsque ses représentants ont développé le sujet de la charge de la preuve²⁵⁰.

²⁴⁸ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 58.

²⁴⁹ Voir RA-26c, qui fait référence aux commentaires de M. Lalive Tr. Comp. [2] [pp. 46, 65] (Fr.).

²⁵⁰ Voir Tr. Annulation [1] [198:21] (Ang.) ; [82:24] (Fr.) ; [215:16] (Esp.) ; qui fait référence à Tr. Comp., CN-213, pp. 36-44.

319. Cette flexibilité permise par le Tribunal ne constitue pas en elle-même un traitement inéquitable ou inégalitaire des parties. En toute hypothèse, le fait que les Demanderesses aient évoqué leur demande au titre du déni de justice n'a pas causé de préjudice au Chili. Le Comité a déjà conclu que la demande fondée sur le déni de justice n'a pas été introduite pour la première fois lors de l'audience de janvier 2007²⁵¹. Les Demanderesses avaient présenté dans leurs écritures, avant cette audience, une demande fondée sur le déni de justice à propos de la rotative Goss ainsi qu'une demande fondée sur la discrimination au titre de la Décision n° 43. Dans sa Sentence, le Tribunal se fonde principalement sur les écritures des Demanderesses²⁵² et ajoute quelques références à l'audience de janvier 2007 pour confirmer sa compréhension des arguments des Demanderesses. Le Chili n'est ainsi pas parvenu à démontrer l'impact qu'un tel traitement de la part du Tribunal a eu sur la Sentence. La demande présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est rejetée.

J. Demandes de documents

Positions des parties

Position du Chili

320. Le Chili soutient qu'en rejetant l'ensemble des demandes de production de documents présentées par le Chili, le Tribunal a traité les parties d'une manière inéquitable et inégalitaire. La principale question soulevée par le Chili à cet égard est celle de savoir si le traitement prétendument différent des parties de la part du Tribunal dans le processus de production de documents pouvait se justifier par référence à un « pouvoir discrétionnaire en matière de preuves » dont jouirait en général tout tribunal arbitral ou

²⁵¹ Voir *supra*, para. 187.

²⁵² Voir Sentence, paras. 637-645 ; 650-674.

si, au contraire, un tel traitement avait tellement été poussé à l'extrême – et au bout du compte avait été préjudiciable à l'une des parties – qu'il constituait un abus d'un tel pouvoir discrétionnaire.

321. Le Chili soutient que le Tribunal a commis une grave violation d'une règle fondamentale de procédure en rejetant la totalité de ses demandes de production de documents et, ensuite, en utilisant le manque d'éléments de preuve sur ces mêmes questions pour justifier ses conclusions à l'encontre du Chili. La République explique sa position dans les termes suivants²⁵³ :

305. The *Pey Casado* Tribunal treated the parties unfairly and unequally by: (1) requiring the Respondent to go to great lengths to obtain obscure documents while imposing no document production burden whatsoever upon the Claimants; and (2) denying the Republic's requests and then using the lack of evidence against it. Specifically, the Tribunal imposed an unequal burden on the parties by requiring the Respondent to produce what ultimately amounted to 2630 documents, while the Claimants were not required to produce any. The Republic was given only a short period of time — three weeks — to produce all of the documents. Furthermore, it was required to produce documents from several decades before, during a tumultuous period in Chilean political history, and in response to overbroad requests, when much of the requested information was part of the public record and could have been obtained by other means. Although the Tribunal acknowledged in the Award that “l'établissement des faits s'est-il avéré une tâche difficile et chaque partie s'est employée à défendre une version des faits au moyen de la documentation dont elle pouvait disposer,” because the Claimants had no duty to produce documents, only the Respondent, in fact, was charged with this “difficult task.”

[...]

311. [...] The Tribunal's actions with respect to the Republic's evidentiary requests create a substantial departure from the principle of fairness because the departure clearly deprived Chile of the benefit that the rule was intended to provide, which in the context of a discovery request, is to give a party the opportunity to substantiate its claim or its defense with relevant documentation in the possession of the other party. Had the Republic succeeded in obtaining evidence that the funds in question did not belong to Mr. Pey Casado, this

²⁵³ Voir Mém. Déf. Annul., paras. 305, 311. Notes de bas de page omises.

evidence could have served to prove that Mr. Pey was a mere intermediary rather than the owner of the CPP and EPC shares. As an intermediary rather than owner, Mr. Pey would not have been permitted to recover under the BIT, and the claims would have been dismissed. Therefore, the Tribunal seriously departed from a fundamental rule of procedure by first denying the entirety of the Respondent's evidentiary requests and later faulting the Republic for the lack of the very evidence the Republic had sought through discovery.

Position des Demanderesses

322. En réponse, les Demanderesses soutiennent que, « [s]'agissant de la production de documents, là encore, le Tribunal arbitral jouit d'une grande discrétion pour les ordonner ou les rejeter »²⁵⁴. Les Demanderesses estiment que le Tribunal a traité les parties d'une manière équitable et égalitaire²⁵⁵ :

103. De la même manière, l'obligation de traitement juste et équitable d'une partie pendant la procédure, requiert du Tribunal qu'il traite les Parties de manière impartiale et égalitaire. En d'autres termes, selon ce principe, un Tribunal arbitral ne doit pas favoriser une partie au détriment d'une autre dans ses décisions procédurales ou lui accorder un avantage procédural. Cela ne signifie pas pour autant que le Tribunal doive rendre des décisions à tout point de vue égal concernant les différentes demandes des Parties. En particulier, le Tribunal n'est pas tenu d'ordonner la production de documents sollicités par une partie dès lors qu'il aurait accédé à la demande de l'autre partie. En l'espèce, tel n'a pas été le cas.

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

²⁵⁴ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 153.

²⁵⁵ *Ibid.*, paras. 103-104.

323. Les Demanderesses font également valoir qu'elles avaient droit à un plus grand accès aux documents que le Chili parce que tous les documents pertinents étaient en la possession du Chili²⁵⁶. Pour reprendre les termes employés par les Demanderesses²⁵⁷ :

169. Il résulte de ce qui précède que, contrairement aux allégations du Chili, le Tribunal n'a pas agi de manière inéquitable à l'égard de la République du Chili. Ses décisions concernant la communication de documents ont été guidées instamment par l'attitude de la Défenderesse qui, tout au long de la procédure, n'a eu de cesse d'empêcher les Demanderesses d'accéder aux preuves qu'elle détenait à la suite de leur confiscation illicite par les autorités chiliennes.

Analyse du Comité

324. Le Comité estime la décision du comité *ad hoc* dans *Azurix Corp c. la République argentine* pertinente en l'espèce et il l'adopte :

210. Because the power is discretionary, a decision by a tribunal not to accede to a party's request to exercise that power can never, in and of itself, be a departure from a fundamental rule of procedure. A decision by a tribunal whether or not to exercise a discretionary power that it has under a rule of procedure is an *exercise* of that rule of procedure, and not a *departure from* that rule of procedure. It is only where the exercise of that discretion, in all of the circumstances of the case, amounts to a serious departure from another rule of procedure of a fundamental nature that there will be grounds for annulment under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention.

233. [...] the Committee observes that the fact that a request by one party is allowed while a request by another party is denied does not mean that there has been an inequality in the treatment of the parties. Each request by each party must be considered and determined by the tribunal on its own individual merits. It is only where it can be shown that a tribunal has applied inconsistent standards in the way that it has treated the requests of the different parties that there can be said to be inequality of treatment. [Caractères italiques dans l'original]

²⁵⁶ *Ibid.*, paras. 162-168.

²⁵⁷ *Ibid.*, para. 169.

325. Bien qu'il soit exact que la Défenderesse ait dû produire un grand nombre de documents²⁵⁸, contrairement aux Demanderesses à qui il n'a été demandé d'en produire aucun, cette inégalité en termes de nombre de documents n'implique pas l'existence d'un traitement inégal de la part du Tribunal. Afin de statuer sur ce point, il convient d'examiner la manière dont le Tribunal a traité les requêtes.
326. En réponse à la requête du 20 mai 2002 présentée par les Demanderesses²⁵⁹, le Tribunal a rendu une Ordonnance de procédure le 22 juillet 2002, par laquelle il a ordonné à la République du Chili de produire les documents demandés²⁶⁰. Le Tribunal a fondé sa décision sur « la nécessité manifeste pour le Tribunal arbitral de disposer du maximum d'informations relatives au litige ». Les documents devant être produits comprenaient également ceux qui avaient été saisis par les autorités chiliennes après le 11 septembre 1973.
327. Le Chili a déposé sa première requête de production de documents le 3 octobre 2002²⁶¹. La requête a été complétée le 30 octobre 2002²⁶² à la suite des observations des Demanderesses du 11 octobre 2002²⁶³. La requête du Chili contenait une liste de 17 rubriques correspondant à 21 documents devant être produits. Les documents demandés concernaient notamment les questions relatives à la nationalité de M. Pey Casado, ainsi que sa qualité d'investisseur²⁶⁴. Par lettre du 11 novembre 2002, le Tribunal a rejeté la requête du Chili²⁶⁵ :

²⁵⁸ Voir Mém. Déf. Annul., para. 305 (2.630 documents).

²⁵⁹ Voir RA-62a.

²⁶⁰ Voir RA-63a.

²⁶¹ Voir RA-65a.

²⁶² Voir RA-66a.

²⁶³ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 164.

²⁶⁴ Voir Mém. Déf. Annul., para. 301 ; Rép. Déf. Annul., paras. 194, 196.

²⁶⁵ Voir RA-67a.

[Le Président du Tribunal] m'a également demandé de vous indiquer que la requête concernant la production de documents n'est pas approuvée. Une décision motivée concernant ces deux questions vous sera notifiée dans la semaine du 18 novembre 2002.

328. La décision du Tribunal sur cette requête tendant à la production de preuves a été rendue dans l'Ordonnance de procédure n° 10 en date du 3 décembre 2002²⁶⁶. Le Tribunal a indiqué qu'il ne pouvait pas, en l'état de la procédure, statuer sur les arguments avancés par les parties en ce qui concerne la production de documents :

Constatant qu'il n'appartient pas au Tribunal arbitral, en tous les cas en l'état actuel de la procédure, de statuer sur le bien-fondé de ces requêtes, sur la pertinence de tel document particulier, les conditions de sa production ou les conséquences de l'absence de cette dernière [...]

329. Le Tribunal a ensuite rappelé aux parties les principes généraux applicables au contexte des requêtes de production de documents :

[...] tout document [...] qui est prima facie en relation avec l'objet du litige peut et doit être produit, sur requête de l'autre Partie ou du Tribunal, s'il est en la possession de la Partie sollicitée ou accessible par elle ; [...]

Il appartient dans chaque cas au Tribunal Arbitral d'apprécier, à la lumière des explications fournies par les Parties, les circonstances d'un éventuel défaut de production, et d'en tirer le cas échéant les conséquences qui en découlent [...]

330. Le Comité est de l'avis que, dans les cas où les biens de la partie requérante ont été saisis et que la requête est justifiée par un accès limité ou impossible aux documents, il est raisonnable pour un tribunal de demander à l'État défendeur des efforts et des documents supplémentaires. Nonobstant cette approche, un tribunal doit adopter des critères similaires à l'égard de chaque partie lorsqu'il statue. En l'espèce, le Comité relève que le Tribunal a donné quelques justifications sur les raisons pour lesquelles il a fait droit à l'ensemble des requêtes de production de documents présentées par les Demanderesse.

²⁶⁶ Voir CN-149.

Cependant, la requête de la Défenderesse a été rejetée sans aucune explication ni indication de la pertinence ou de l'importance des documents demandés. L'Ordonnance de procédure n° 10 contient en fait des termes qui sont en contradiction avec le rejet pur et simple de la requête du Chili (par lettre du 11 novembre 2002), le Tribunal ayant indiqué qu'il ne pouvait pas statuer sur le bien-fondé des requêtes des parties.

331. Cependant, le Comité estime que, même s'il est à certains égards justifié de conclure qu'il y a sans doute eu dans ce cas une inégalité de traitement des parties, il n'est pas convaincu que, si le Tribunal avait procédé différemment, il aurait pu parvenir à un résultat substantiellement différent. En premier lieu, même si le Tribunal avait motivé sa décision de rejet de la requête du Chili, rien ne peut permettre de conclure qu'il y aurait fait droit. En second lieu, le Comité ne considère pas que le Tribunal se soit appuyé sur l'absence d'éléments de preuve sur les questions évoquées dans les requêtes du Chili pour la production de documents et qui ont été rejetées, pour conclure que M. Pey Casado était le propriétaire des actions CPP. Comme l'ont déclaré les Demanderesses dans leur Réplique²⁶⁷ :

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 ainsi qu'en raison de la reconnaissance par les autorités chiliennes de la qualité de propriétaire à Monsieur Pey.

332. Compte tenu de ces circonstances, la demande de la Défenderesse sur ce fondement est rejetée.

²⁶⁷ Voir Répl. Dem. Annul., para. 52. Notes de bas de page omises.

K. Partialité de l'arbitre Bedjaoui

333. La principale question à cet égard est celle de savoir si M. Bedjaoui a fait preuve de partialité à l'encontre du Chili affectant l'issue de l'affaire et constituant une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure en violation de l'article 52(1)(d).

Positions des parties

Position du Chili

334. En avançant son accusation de partialité, le Chili fait référence à la démission de M. Rezek de ses fonctions de Président du Tribunal et, en particulier, à la lettre de démission de M. Rezek en date du 13 mars 2001²⁶⁸, qui relève notamment ce qui suit :

Je regrette profondément que ce manque de confiance de la partie demanderesse dans l'arbitre président ne soit exprimé qu'à ce stade de la procédure, à savoir quelques jours après la dernière réunion réalisée à huis clos entre les arbitres pour discuter de leurs opinions finales.

335. À cet égard, le Chili avance les conjectures suivantes²⁶⁹ :

388. This statement strongly suggests: (1) that a decision had already been taken by the Tribunal; (2) that the Claimants had been apprised of this decision, likely by means of a breach of confidentiality by the Claimants' party-appointed arbitrator; and (3) that the Claimants' request for Mr. Rezek's resignation was an attempt to thwart a decision in favor of the Republic.

389. The likelihood that the Claimants were acting based on confidential information concerning the inner workings of the Tribunal is heightened by the following revelation by Arbitrator Leoro Franco, made during the disqualification proceedings in 2005:

²⁶⁸ Voir RA-54a.

²⁶⁹ Voir Mém. Déf. Annul., paras. 388-391.

[O]n peut déduire de ses notes [de M. Garcés], **sait méticuleusement ce qui se passe à l'intérieur du Tribunal, ce que le Tribunal doit faire ou non à une prochaine session, ce que le Secrétariat général du CIRDI doit faire, démontrant ainsi autant de connaissances que celles que peut avoir un arbitre participant de la procédure.**

390. The only conclusion that can be drawn from this is that the Claimants' chosen arbitrator, Mr. Bedjaoui, had systematically been breaching his duty of confidentiality, including by informing the Claimants of the result of the 2001 deliberations, and of an imminent decision adverse to the Claimants, which immediately prompted their implausible and unfounded challenge.

391. The *Wena Hotels* test requires that an alleged departure from a fundamental rule of procedure must have potentially "caused the tribunal to render an award 'substantially different from what it would have awarded had the rule been observed,'" and provides that "the petitioning party must show the impact that the issue may have had on the award." Mr. Bedjaoui's bias in favor of the Claimants and his evident breach of confidentiality led to the Claimants' challenge to resignation of Mr. Rezek, which in turn evidently derailed a jurisdictional ruling in favor of Chile. Mr. Bedjaoui's bias thus clearly affected the outcome of the case in a very concrete and discernible way. [Soulignement et caractères gras dans l'original]

Position des Demanderesses

336. Les Demanderesses font valoir que le Comité ne peut pas déclarer « la nullité d'une sentence sur une simple apparence de partialité »²⁷⁰ et qu'en outre « l'accusation de partialité du Tribunal ou d'un de ses membres ne doit pas être fondée sur de simples spéculations »²⁷¹. Les Demanderesses ajoutent²⁷² :

181. De plus, en l'espèce, la récusation de l'arbitre sur lequel porte toutes les accusations de l'État chilien, Monsieur le Juge Bedjaoui, a été acceptée par le Centre. Or, l'annulation sur le fondement de défaut d'impartialité du Tribunal ne peut être une sanction appropriée que si la cause de récusation est apparue après

²⁷⁰ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 175.

²⁷¹ *Ibid.*, para. 180.

²⁷² *Ibid.*, paras. 181-183.

le prononcé de la Sentence ou lorsque la récusation pour prétendue partialité a été refusée par le Centre d'arbitrage.

182. En l'espèce, seule la demande de récusation de Monsieur le juge Bedjaoui était fondée sur une prétendue partialité. Dès lors, le rejet de la récusation du Professeur Lalive ne peut fonder l'annulation de la Sentence. Or, après février 2006, c'est-à-dire après l'acceptation de la récusation de Monsieur Bedjaoui, la République du Chili n'a pas émis de réserve sur le fait que le Tribunal nouvellement constitué allait continuer sa mission. Elle n'a jamais indiqué que la prétendue partialité de Monsieur Bedjaoui avait conduit le Tribunal arbitral à rouvrir les débats en 2001, après la démission du Président Rezek. Pourtant, au vu de l'argument aujourd'hui soutenu, rien ne l'empêchait de formuler une telle objection, ou en tout état de cause, de formuler des réserves quant à l'intégrité de la procédure, si elle pouvait les fonder. La République du Chili ne peut légitimement attendre de constater que la Sentence lui est défavorable pour soulever cet argument pour la première fois devant un Comité *ad hoc*.

183. Pour cette raison, la demande de la République du Chili doit être rejetée.

Analyse du Comité

337. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Il n'annulera pas une Sentence sur le fondement de simples spéculations. En tout état de cause, il n'a été présenté au Comité absolument aucune preuve que le comportement de M. Bedjaoui avait affecté d'une quelconque manière l'issue de la présente affaire. La demande de la Défenderesse est par conséquent rejetée.

L. La décision *ex aequo et bono* du Tribunal

338. La principale question à cet égard est celle de savoir si le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs en violation de l'article 52(1)(b), en rendant une décision qui, de l'avis du Chili, est en fait une décision *ex aequo et bono*, méconnaissant ainsi (et donc n'appliquant pas) l'article 42(3) de la Convention CIRDI, qui interdit aux tribunaux de statuer *ex aequo et bono* sans le consentement des parties.

Positions des parties

Position du Chili

339. La position du Chili à cet égard est ainsi formulée²⁷³ :

433. Claimants mischaracterize the Republic's request for annulment based on the Tribunal's adoption of a decision *ex aequo et bono*. Contrary to what Claimants contend, this request is not predicated on the fact that the Republic did not have the opportunity to be heard on the denial of justice and discrimination issues (although the latter procedural flaw is in fact invoked—separately—as a ground for annulment under article 52(1)(d), as explained above). Rather, as explained in the Memorial, the Republic's *ex aequo et bono* argument is based on the fact that the Tribunal manifestly exceeded its powers by reaching a decision that is so illogical, and so strained, that it can only plausibly be explained by a desire by the Tribunal to achieve a Solomonic solution designed to satisfy both parties.

434. The unlikely and often wholly unsupported determinations that the Tribunal was required to make, on so many different issues, to reach its final decision, combined with its contorted justifications for many of its conclusions, powerfully suggest an effort by the Tribunal to reverse-engineer its ruling, using a preordained result as its starting point. However, it was not open to the Tribunal to make an equity-based decision without the parties' approval. In the present case, the record strongly indicates that this is precisely what the Tribunal did. This constitutes a manifest excess of powers that renders the Award annulable under Article 52(1)(b).

Position des Demanderesses

340. Les Demanderesses se réfèrent dans les termes suivants à l'allégation du Chili selon laquelle le Tribunal a rendu une décision *ex aequo et bono*²⁷⁴ :

485. Partant du principe que les Parties n'ont jamais débattu de l'existence d'un déni de justice ou d'un traitement discriminatoire de la part du Chili, la Défenderesse allègue que le Tribunal arbitral a rendu une décision *ex aequo et*

²⁷³ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 433-434.

²⁷⁴ Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 485.

bono, sans l'accord préalable des Parties, ce qui constitue un excès manifeste de pouvoir de la part du Tribunal rendant la Sentence annulable en application de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI. La République du Chili tente d'expliquer une violation aussi flagrante des règles du CIRDI par un Tribunal arbitral aussi expérimenté que celui qui a rendu la Sentence par le fait que celui-ci ne pouvait sérieusement rejeter les demandes des Demanderesses après dix années de procédure.

Analyse du Comité

341. Ce motif d'annulation doit être rejeté. Il n'existe pas le moindre élément de preuve qui permette au Chili, face à une Sentence de 233 pages (dans la version française) et à une analyse détaillée par le Tribunal des nombreuses questions complexes de fait et de droit dont il a été saisi par les parties, de soutenir que le Tribunal a rendu une décision *ex aequo et bono*. La Sentence n'est pas une décision *ex aequo et bono* et la demande de la Défenderesse est rejetée.

M. La demande en annulation des Demanderesses

342. S'agissant de la demande en annulation présentée par les Demanderesses, le Comité doit d'abord déterminer si cette demande est prescrite, ayant été soulevée pour la première fois dans leur Contre-mémoire sur l'annulation. Si le Comité conclut que la demande n'est pas prescrite, il sera alors tenu de déterminer, en premier lieu, si la demande n'est pas une tentative inacceptable d'appel au fond sur un argument de fond rejeté par deux fois ; et ensuite seulement, si le Tribunal a en fait omis d'appliquer le droit approprié sur la question de la nullité *ab initio*.

Positions des parties

Position des Demanderesses

343. Le Comité rappelle que les Demanderesses demandent que seul le point 8 du dispositif de la Sentence soit annulé pour les raisons suivantes²⁷⁵ :

28. En l'espèce :

i. le Chili soutient que la Sentence doit être annulée dans son intégralité, en ce inclus le 8^{ème} point du Dispositif. Les Demanderesses sollicitent du Comité *ad hoc* qu'il rejette la demande d'annulation de la Sentence sauf sur le 8^{ème} point du Dispositif.

ii. La demande d'annulation du Chili se fonde notamment sur excès de pouvoir manifeste, pour défaut d'application de la norme applicable. C'est également sur ce fondement que les Demanderesses considèrent que le 8^{ème} point du Dispositif doit partiellement être annulé.

iii. La République du Chili soutient que le Tribunal arbitral a manifestement excédé son pouvoir en se reconnaissant compétent alors que l'investissement avait prétendument disparu sur la base de la prémisse suivante : « *that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force* ». Le Chili fonde son affirmation sur le fait que le Tribunal arbitral a indiqué que le Décret n°165 était toujours en vigueur dans l'ordre juridique chilien et que, dès lors, l'expropriation était un acte instantané. Les Demanderesses considèrent que cette contradiction existe réellement dans la Sentence.

iv. Mais la raison d'être de cette contradiction ne se trouve pas là où le Chili la situe mais ailleurs, dans **l'ignorance absolue** de la norme interne impérativement et directement applicable, *ex officio*, au différend né en 1995, à savoir l'article 7 de la Constitution du Chili. Les demanderesses considèrent que le Tribunal arbitral a effectivement commis un excès de pouvoir manifeste en ignorant l'article 7 de la Constitution.

v. Cette contradiction n'affecte en aucune manière, en conséquence, les points 1 à 7 du Dispositif de la Sentence -portant sur les différends nés en 2000 et

²⁷⁵ Voir Plan Dét. Arg. Dem. Pré-Audience, paras. 28-29.

2002- mais le seul différend né en 1995 et la partie corrélative du seul 8^{ème} point du Dispositif.

29. Au-delà de l'irrecevabilité et du mal fondé de l'argument du Chili tendant à affirmer que l'investissement a disparu, les demanderesses admettent que le Tribunal a commis un excès de pouvoir manifeste en ayant omis d'appliquer de manière absolue l'article 7 de la Constitution au différend né en 1995. [Soulignement et caractères gras dans l'original]

Position du Chili

344. Le Chili résume sa réponse dans les termes suivants²⁷⁶ :

534. By submitting their annulment claim more than two years after publication of the 8 May 2008 Award, Claimants have utterly failed to comply with the 120-day time limit set forth in Article 52(2). (It bears noting in this regard that Claimants also did not attempt to file any annulment request within 120 days of the 18 November 2009 Decision on Revision). For these reasons, Claimants have waived any and all rights to present an annulment claim in this arbitration, and the Committee must therefore summarily reject their purported counterclaim for annulment.

[...]

543. In sum, in its Decision on Revision, the Tribunal rejected for the second time Claimants' arguments about the nullity *ab initio* of the 1975 decree, and in particular the relevance of that issue for the Tribunal's jurisdiction. Notably, and likely due to the disingenuousness of the Revision petition and the rather transparent intent by Claimants to reargue the merits of the nullity *ab initio* issue, the Tribunal imposed on Claimants responsibility for covering the totality of the costs of the Revision proceeding.

544. Given this background, it is nothing short of remarkable—and indeed, rather abusive—that Claimants now seek yet another bite at the apple, this time disguising their appeal as an annulment claim. The Committee should not permit Claimants to do this yet again.

[...]

²⁷⁶ Voir Rép. Déf. Annul., paras. 534 ; 543-545.

545. Even if Claimants' counterclaim for annulment were not time-barred, and even if it did not constitute merely a brazen attempt to appeal an already twice-rejected substantive argument, it still would fail, because it does not even remotely raise a valid ground for annulment. In particular, the Tribunal did not fail to apply Chilean law to the relevant issue.

Analyse du Comité

345. L'article 52(2) de la Convention CIRDI est très clair. Il dispose que :

Toute demande doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence... [Soulignement ajouté]

346. L'article 50(3)(b)(i) du Règlement d'arbitrage va dans le même sens. La Sentence a été rendue le 8 mai 2008. Les Demanderesses devaient former leur demande en annulation au plus tard le 5 septembre 2008. Cependant, les Demanderesses ont présenté pour la première fois leur demande en annulation partielle du paragraphe 8 du dispositif de la Sentence dans leur Contre-mémoire sur l'annulation, déposé auprès du CIRDI le 15 octobre 2010. Le Comité n'a aucune hésitation à conclure qu'il ne peut pas statuer sur la demande des Demanderesses, qui est prescrite.

347. Le Comité observe également que les Demanderesses soutiennent que leur demande porte en fait sur l'un des motifs d'annulation avancés par le Chili, à savoir l'excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI, en ce qui concerne une section de la Sentence qui est comprise dans la demande du Chili, celui-ci ayant demandé l'annulation de la Sentence dans son intégralité. Les Demanderesses se fondent sur la décision dans *Vivendi I*, dans laquelle le comité a déclaré que la partie défenderesse à la procédure en annulation peut présenter « its own arguments on questions of annulment, provided that those arguments concern specific matters pleaded by the party requesting annulment » et « 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 »²⁷⁷.

348. En l'espèce, le Comité est de l'avis que la situation est différente. Bien que les Demanderesses fondent leur demande sur un motif soulevé par le Chili, elles invoquent une question qui n'a pas été débattue par le Chili, à savoir l'effet de l'article 7 de la Constitution chilienne de 1980. Comme l'a déclaré le comité dans *Vivendi I* et comme le relève le Professeur Schreuer, « if one party has requested annulment, the other party should not be allowed to ask for annulment for different reasons outside the time limits of Art. 52(2) »²⁷⁸.
349. Enfin, le Comité n'est pas d'accord avec l'interprétation faite par les Demanderesses du Commentaire du Professeur Schreuer telle que présentée lors de l'audience sur l'annulation.²⁷⁹ Les Demanderesses se sont fondées sur les phrases suivantes des paragraphes 536 et 537 du Commentaire²⁸⁰ :

536. [...] If additional grounds for annulment come to light during annulment proceedings, they may be relied upon by the parties and used as a basis for annulment by the *ad hoc* committee provided that it is clear that there was no waiver in relation to them through failure to rely on them in a timely fashion. [...]

537. This solution is not contradicted by the time limits contained in Art. 52(2). These time limits relate to an application by a party directed at the institution of annulment proceedings. They do not preclude the *ad hoc* committee from taking cognizance of additional facts once the proceedings are under way. [...]

350. Le Comité comprend que les motifs additionnels d'annulation peuvent seulement être soulevés si de nouveaux faits, qui n'étaient pas connus des parties, viennent au jour au

²⁷⁷ Voir *Décision Vivendi I*, paras. 68-69.

²⁷⁸ Voir *Commentaire Schreuer Art. 52*, para. 535.

²⁷⁹ Voir Tr. Annulation [1] [278:16-281:1] (Ang.) ; [115:25-116:17] (Fr.) ; [299:4-301:6] (Esp.).

²⁸⁰ Voir *Commentaire Schreuer Art. 52*, paras. 536-537.

cours de la procédure en annulation, comme l'a précisément indiqué le Professeur Schreuer au début du paragraphe 536. Le Comité considère que ce n'est pas le cas en l'espèce.

351. Le Comité estime que la demande des Demanderesses est fondée sur des hypothèses complètement différentes de celles de la Requérante à la procédure en annulation (la République du Chili) et qu'elle est donc irrecevable car elle est prescrite. La demande des Demanderesses est donc rejetée.

VI. FRAIS

352. Il reste au Comité à traiter la question des frais de cette procédure en annulation, question sur laquelle le Comité dispose d'un libre pouvoir d'appréciation. Dans la plupart des décisions des comités d'annulation²⁸¹, les comités ont décidé que chaque partie devait assumer ses propres frais et dépens et que les frais de procédure devaient être supportés à égalité entre les parties.

353. En l'espèce, le Comité relève que le Tribunal, à la fois sur le fondement de ses conclusions en faveur des Demanderesses et de ce qu'il a appelé « ... *la politique adoptée par la défenderesse consistant, au-delà des exceptions usuelles ou 'normales' à la compétence, à multiplier objections et incidents parfois incompatibles avec les usages de l'arbitrage international* »²⁸², a condamné la Défenderesse à contribuer aux frais et dépens exposés par les Demanderesses à hauteur de USD 2.000.000 et à supporter ¾ des frais CIRDI.

²⁸¹ Dans 21 des 35 Décisions sur l'annulation et Ordonnances mettant fin à l'instance contenant des décisions sur les frais qui ont été publiées au 10 août 2012. Voir Note d'information relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI en date du 10 août 2012 et disponible à <http://www.worldbank.org/icsid>.

²⁸² Voir Sentence, para. 729.

354. En l'espèce, le Comité n'a annulé que la partie de la Sentence relative aux dommages-intérêts. Ainsi, les paragraphes pertinents du dispositif qui traitent des frais et qui ne sont pas annulés par la Décision du Comité restent en vigueur. Ils sont ainsi rédigés :

5. met à la charge de la défenderesse une contribution aux frais et dépens exposés par les demanderesses, d'un montant de USD 2.000.000, - (deux millions);

6. décide que les frais de procédure seront supportés par les parties dans la proportion de : $\frac{3}{4}$ du montant total (soit USD 3.136.893,34) pour la défenderesse et $\frac{1}{4}$ du montant total (soit 1.045.631,11) pour les demanderesses ; ordonne en conséquence à la défenderesse de payer aux demanderesses la somme de USD 1.045.579,35.

355. S'agissant de la procédure en annulation, le Comité observe que le Chili a soulevé différents motifs d'annulation énoncés à l'article 52(1) de la Convention CIRDI en ce qui concerne onze points précis qu'il a identifiés. De l'avis du Comité, à deux exceptions près²⁸³, les demandes du Chili étaient de prime abord sérieuses. En fin de compte, le Comité a conclu que seules deux des demandes étaient fondées, celles relatives aux dommages-intérêts.

356. En revanche, les Demanderesses ont soulevé, dans leur Contre-mémoire sur l'annulation, une demande en annulation que le Comité a rejetée « sans aucune hésitation » car elle était clairement prescrite.

357. Compte tenu des circonstances, le Comité ne s'écartera pas de la pratique dominante.

358. En conséquence, le Comité décide que chaque partie assumera ses propres frais et dépens et que les frais de la procédure seront supportés à égalité entre les parties.

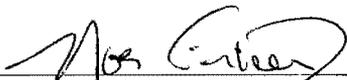
²⁸³ Partialité de la part de l'arbitre Bedjaoui et décision *ex aequo et bono* du Tribunal.

VII. DÉCISION

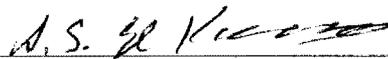
359. Par ces motifs, le Comité rend les décisions suivantes :

1. décide d'annuler le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence du 8 mai 2008 et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) conformément à l'article 52(1)(d) et (e);
2. rejette les autres fondements de la Demande en annulation de la République ;
3. rejette la demande des Demanderesses tendant à l'annulation partielle du paragraphe 8 du dispositif de la Sentence ;
4. estime que les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée ;
5. décide qu'il n'est pas nécessaire d'ordonner la suspension provisoire de l'exécution de la partie non annulée de la Sentence ;
6. décide que chaque partie supportera la moitié des frais CIRDI exposés dans le cadre de cette procédure en annulation ; et
7. décide que chaque partie supportera ses propres frais et dépens exposés dans le cadre de cette procédure en annulation.

Fait en anglais, en français et en espagnol, toutes les versions faisant également foi.


Maître L. Yves Fortier, C.C., c.r.
Président du Comité *ad hoc*
Date : 19 Septembre 2012


Professeur Piero Bernardini
Membre du Comité *ad hoc*
Date : 4 Octobre 2012


Professeur Ahmed El-Kosheri
Membre du Comité *ad hoc*
Date : 27 Sept. 2012