

CIRDI

Affaire ARB/98/2

Procédure en annulation

Víctor Pey Casado et Fondation Président Allende
c/
République du Chili

Audience sur l'annulation
7 juin 2011

Etaient présents

Comité ad hoc

- | | |
|--------------------------------------|------------------------------------|
| • M. L. Yves Fortier, | Président du Comité <i>ad hoc</i> |
| • Professeur Piero Bernardini | Membre du Comité <i>ad hoc</i> |
| • Professeur Dr. Ahmed S. El-Kosheri | Membre du Comité <i>ad hoc</i> |
| • Mme Renée Thériault | Assistance du Comité <i>ad hoc</i> |

Secrétariat du CIRDI

- | | |
|---------------------|------------------------------------|
| • Mme Elodie Obadia | Secrétaire du Comité <i>ad hoc</i> |
|---------------------|------------------------------------|

Victor Pey Casado et Fondation Président Allende, Demandeurs

- | | |
|--|---|
| • Me Juan E. Garcés | Garcés y Prada, Abogados, Conseil |
| • Me Carole Malinvaud | Gide, Loyrette, Nouel A.A.R.P.I., Conseil |
| • Me Alexandra Muñoz | Gide, Loyrette, Nouel A.A.R.P.I., Conseil |
| • Me Natasha Peter | Gide, Loyrette, Nouel A.A.R.P.I., Conseil |
| • Me Saadia Ahmad Bhatti | Gide, Loyrette, Nouel A.A.R.P.I., Conseil |
| • Me Florent Dejonge | Gide, Loyrette, Nouel A.A.R.P.I., Conseil |
| • Mme Francisca Duran-Ferraz de Andrade, | Fondation Président Allende, Partie |
| • M. Michael Stein | Fondation Président Allende, Partie |
| • Mme Marie Ducroq | Fondation Président Allende, Partie |

République du Chili, Défenderesse

- | | |
|---------------------------|--|
| • Me Paolo Di Rosa, | Arnold & Porter LLP, Conseil |
| • Me Jean E. Kalicki | Arnold & Porter LLP, Conseil |
| • M. Jorge Carey | Carey & Cia, Conseil |
| • M. Gonzalo Fernández | Carey & Cia, Conseil |
| • Me Mallory Silberman | Arnold & Porter LLP, Conseil |
| • Mme Géraldine Fuenmayor | Arnold & Porter LLP, Conseil |
| • Me Andrés Lyon | Arnold & Porter LLP, Conseil |
| • Me Kelby Ballena | Arnold & Porter LLP, Conseil |
| • M. Matías Mori | Comité des Investissements Etrangers,
République du Chili, Partie |

Sténotypistes

- | | |
|------------------------------|--------------------------------------|
| • Mme Andrea Amor | D-R Esteno, Sténotypiste en espagnol |
| • Mme Marta Rinaldi | D-R Esteno, Sténotypiste en français |
| • Mme Yvonne Vanvi | Sténotypiste en anglais |
| • Mme Carina Raglione | Sténotypiste en anglais |
| • Mme Agnès Naudin-Nasse | Sténotypiste en français |
| • Mme Laurence Germain-Mouny | Sténotypiste en français |
| • Mme Isabelle Riffaud | Sténotypiste en français |

Interprètes

- Mme Sarah Rossi
- Mme Christine Victorin
- Mme Chantal Corrajoud
- M. Jon Porter
- M. Jesus Getan Bornn
- Mme Gertrudis Durkop

2	OUVERTURE DE LA SESSION PAR LE PRESIDENT	4
3	PLAIDOIRIES	6
4	➤ DECLARATION D'OUVERTURE DE LA REPUBLIQUE DU CHILI PAR M. M. MORI.....	6
5	➤ PLAIDOIRIE DE ME JEAN E. KALICKI POUR LA REPUBLIQUE DU CHILI	10
6	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	13
7	➤ PLAIDOIRIE DE ME PAOLO DI ROSA POUR LA REPUBLIQUE DU CHILI	21
8	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	25
9	➤ PLAIDOIRIE DE ME PAOLO DI ROSA POUR LA REPUBLIQUE DU CHILI (SUITE)	30
10	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	32
11	➤ PLAIDOIRIE DE ME PAOLO DI ROSA POUR LA REPUBLIQUE DU CHILI (SUITE)	37
12	➤ PLAIDOIRIE DE ME PAOLO DI ROSA POUR LA REPUBLIQUE DU CHILI (SUITE)	39
13	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	49
14	➤ PLAIDOIRIE DE ME PAOLO DI ROSA POUR LA REPUBLIQUE DU CHILI (SUITE)	50
15	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	56
16	QUESTIONS RELATIVES AU DEROULEMENT DE LA PROCEDURE.....	64
17	➤ PLAIDOIRIE DE ME JUAN GARCES POUR VICTOR PEY CASADO ET FONDATION PRESIDENT ALLENDE	66
18	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	71
19	➤ PLAIDOIRIE DE ME C. MALINVAUD POUR VICTOR PEY CASADO ET LA FONDATION PRESIDENT ALLENDE	72
20	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	78
21	➤ PLAIDOIRIE DE ME C. MALINVAUD POUR VICTOR PEY CASADO ET FONDATION PRESIDENT ALLENDE (SUITE)	79
22	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	92
23	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC (REPRISE).....	94
24	➤ PLAIDOIRIE DE ME ALEXANDRA MUÑOZ POUR VICTOR PEY CASADO ET LA FONDATION PRESIDENT ALLENDE	95
25	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	99
26	➤ PLAIDOIRIE DE ME A. MUÑOZ POUR VICTOR PEY CASADO ET LA FONDATION PRESIDENT ALLENDE (SUITE)	99
27	➤ PLAIDOIRIE DE ME C. MALINVAUD POUR VICTOR PEY CASADO ET LA FONDATION PRESIDENT ALLENDE (SUITE)....	113
28	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	116
29	➤ PLAIDOIRIE PAR ME J. E. GARCES POUR VICTOR PEY CASADO ET LA FONDATION PRESIDENT ALLENDE (SUITE)	117
30	➤ QUESTIONS DU COMITE AD HOC.....	122
31	➤ PLAIDOIRIE DE ME J. E. GARCES POUR VICTOR PEY CASADO ET FONDATION PRESIDENT ALLENDE (SUITE)	123
32	QUESTIONS RELATIVES AU DEROULEMENT DE LA PROCEDURE.....	123
33		

1 *L'audience est ouverte à 9 heures 20,*
2 *sous la présidence de M. L. Yves Fortier, Président du Comité ad hoc,*
3 *Banque Mondiale, Centre de Conférence Paris*
4 *66 avenue d'Iena – 75116 Paris (France)*

5 **OUVERTURE DE LA SESSION PAR LE PRÉSIDENT**

6 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Bonjour à tous. Je suis désolé d'arriver un
7 peu en retard, avec Mme Thériault, mais il s'est avéré impossible de trouver un taxi à
8 l'hôtel, ce matin. Donc, nous avons dû marcher avec nos bagages, de l'hôtel Saint Régis,
9 et cela montait, pour arriver à la Banque. Néanmoins, nous sommes arrivés et ainsi je
10 rejoins mes collègues, le Pr Bernardini et le Pr El-Kosheri. Nous sommes membres du
11 Comité d'annulation sur cette affaire CIRDI ARB/98/2. En tant que Comité, nous avons
12 à nos côtés, en tant que membre du secrétariat très compétent, Mme Eloise Obadia et
13 Mme Thériault, que je vous ai déjà présentée précédemment, assistante auprès du
14 Tribunal.

15 (*Le président poursuit en français.*)

16 Mes excuses pour ce retard qui est dû au fait que le taxi, bien qu'ayant été réservé de très
17 bonne heure ce matin, ne s'est pas présenté au rendez-vous. Ma collègue, assistante du
18 Tribunal, Mme Thériault, et moi-même, avons dû marcher avec nos bagages pas loin de
19 2 à 3 km, sous la pluie. Cela veut dire, évidemment, que le président du Comité est de
20 très bonne humeur. Encore toutes nos excuses.

21 Je suis heureux de retrouver mes amis et membres du Comité, le Pr Piero Bernardini et le
22 Pr Ahmed El-Kosheri. Nous avons aussi, comme vous le savez – c'est la constante dans
23 ce dossier – un dévoué membre du secrétariat du CIRDI, Mme Eloise Obadia.

24 Je voudrais tout d'abord vous remercier, au nom du Comité, messieurs, mesdames,
25 messieurs les avocats, mesdames les avocats pour les Mémoires, les excellents Mémoires
26 qui nous ont été soumis et présentés au Tribunal, lesquels nous ont aidé dans notre
27 travail. Je voudrais souligner aussi tout particulièrement les synopsis de 15 pages. C'est
28 toujours un défi, pour un avocat, de résumer en 15 pages ce qu'il dit et écrit depuis plus
29 de dix ans. Mais de part et d'autre, vous avez réussi à le faire et cela nous a été très utile.

30 (*Le Président poursuit en anglais.*)

31 Je tiens à remercier les conseils, ceux qui vont s'exprimer, de même que ceux qui ne
32 s'exprimeront pas mais qui, je le sais, ont beaucoup écrit, rédigé les rapports pré-
33 audiences qui ont été extrêmement utiles. Vraiment, ils nous ont aidés à y voir plus clair
34 dans ce labyrinthe de points factuels, de points de droit couverts par la Sentence. Nous
35 sommes particulièrement reconnaissants aux conseils pour les documents qui présentent
36 la structure, documents qui nous ont été remis il y a quelques semaines de cela. J'ai
37 toujours jugé que cela était extrêmement utile, comme je l'ai dit. A l'approche de
38 l'audience, les conseils s'efforcent ainsi de faire une synthèse d'une quinzaine de pages,
39 au moins, de ce qu'ils rédigent depuis des années et qu'ils présentent dans le cadre de
40 leurs arguments oraux.

1 Le programme de la journée, comme celui de demain ont été convenus par les Parties.
2 Mes collègues et moi-même nous leur sommes très reconnaissants. À moins qu'il y ait
3 des questions d'intendance que l'une ou l'autre Partie souhaiterait évoquer, nous sommes
4 sur le point d'agiter la sonnette et de démarrer le processus de présentation orale avec
5 probablement Me Juan E. Garcés et ses collègues.

6 *(Le Président poursuit en français.)*

7 Le programme a été agréé de part et d'autre, ce dont nous vous félicitons. Nous sommes,
8 mes collègues et moi, maintenant prêts à vous écouter, à moins que l'une ou l'autre des
9 Parties ait un point à soulever de façon préliminaire. Monsieur Garcés ?

10 **Me J. E. Garcés.** – Bonjour, Monsieur le Président, Messieurs les Membres du Comité.
11 Nous n'avons, pour le moment, rien à signaler.

12 **Mme E. Obadia.** - Pouvez-vous, s'il vous plaît, présenter vos collègues pour
13 l'enregistrement ?

14 **Me J. E. Garcés.** – Très volontiers. Je vais introduire notre équipe, laquelle est
15 composée par Me Carole Malinvaud, à ma droite, suivie de Me Alexandra Muñoz, de
16 Me Natasha Peter, de Me S. Ahmad Bhatti, Me Florent Dejonge et, pour la Fondation
17 espagnole Président Allende sont présentes Mme F. Duran-Ferraz de Andrade et
18 Mme Marie Ducroq.

19 **M. le Président.** – Merci, maître Garcés.

20 *(Le Président poursuit en anglais.)*

21 J'ai toujours un mal à m'y retrouver. Pour la Demanderesse dans la procédure
22 d'annulation, pouvez-vous présenter votre équipe, maître Di Rosa ?

23 **Me P. Di Rosa** *(interprétation de l'anglais).* - Je vous remercie, Monsieur le Président.
24 Bonjour à vous et bonjour aux membres du Comité. J'aimerais permettre aux membres
25 de mon équipe de se présenter, mais je souhaiterais en particulier, parce qu'il n'était pas
26 là lors de la première session avec le Comité et aussi parce que ce sera le premier orateur
27 pour le compte de la République du Chili, vous présenter M. Mathías Mori, à ma gauche,
28 Vice-Président Exécutif du Comité des Investissements Etrangers du Chili.

29 Par ailleurs, nous n'avons pas de question d'intendance, Monsieur le Président. Si vous le
30 voulez bien, nous allons présenter l'équipe et nous pourrions démarrer.

31 **M. le Président** *(interprétation de l'anglais).* – Allez-y.

32 **Me P. Di Rosa** *(interprétation de l'anglais).* – Madame Jean Kalicki, Me J. Carey (Carey
33 & Cia) du Chili, Me Gonzalo Fernandez (Carey & Cia) du Chili, Me Kelby Ballena
34 (Arnold & Porter), Me Mallory Silberman (Arnold & Porter), Me Géraldine Fuenmayor
35 (Arnold & Porter), Me Andrés Lyon (Arnold & Porter).

36 **M. le Président** *(interprétation de l'anglais).* – Je vous remercie, mesdames et
37 messieurs.

1 (*Le Président poursuit en français*)

2 Sans plus tarder, maître Garcés, je vous cède la parole. Excusez-moi, c'est pourquoi
3 j'indiquais que je cherchais toujours à identifier qui était qui. Vous êtes le Demandeur en
4 annulation...

5 (*Le Président poursuit en anglais.*)

6 ... c'est donc vous qui allez démarrer. Je suis désolé pour mon erreur. Comme vous
7 l'avez indiqué, M. Mathias Mori, du Comité des Investissements Etrangers du Chili, va
8 parler en premier. Vous allez vous exprimer en anglais, en français ou en espagnol,
9 monsieur ?

10 **M. M. Mori** (*interprétation de l'anglais*). - Je vais parler en anglais, Monsieur le
11 Président.

12 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je vous remercie. Encore une fois désolé
13 pour cette interprétation.

14 **Plaidoiries**

15 ➤ *Déclaration d'ouverture de la République du Chili par M. M. Mori*

16 **M. M. Mori** (*interprétation de l'anglais*). – Bonjour, je m'appelle Mathías Mori et je suis
17 vice-président exécutif du Comité des Investissements Etrangers du Chili. Je suis ici
18 devant ce Comité en représentation de la République du Chili. Je tiens à commencer la
19 présentation du Chili à cette audience d'annulation dans l'Affaire Pey Casado, en traitant
20 d'une question clé qui, je pense, est venue à l'esprit des Membres du Comité et cela
21 depuis le démarrage même de cette procédure. Pourquoi sommes-nous ici ? Pourquoi le
22 Chili a cherché à obtenir l'annulation de la Sentence de 2008 ?

23 Après tout, les montants ou dommages imposés au Chili ne se montaient qu'à 10 millions
24 de dollars, une somme que la République du Chili aurait pu payer sans problème et qui
25 est proche des coûts encourus au cours de ces procédures. Le Chili aurait pu simplement
26 appliquer la Sentence de 2008 et, par conséquent, mettre ainsi un terme à ce différend, à
27 ce litige, long et difficile. Mais pourquoi le Chili n'a-t-il pas décidé de clore tout cela, en
28 2008 ?

29 Entamer un processus d'annulation, ce n'était pas le chemin le plus facile ni l'option
30 logique du point de vue coûts / avantages uniquement. Pourquoi le Chili a-t-il décidé de
31 poursuivre ces procédures en accroissant ainsi les frais et dépends déjà encourus ?
32 Pourquoi supporter plusieurs années supplémentaires de mauvaises publicités et de
33 campagnes de calomnies orchestrées par nos adversaires ? Pourquoi nous exposer à
34 plusieurs années encore de tactiques procéduriales abusives de la part des
35 Demanderesses, avec des accusations fausses et non fondées à chaque tournant ?

36 La raison à tout cela est très simple : l'intégrité.

1 Le Chili a décidé de demander l'annulation de la Sentence comme une question de
2 principe, simplement parce que le processus d'arbitrage et la Sentence n'étaient pas justes
3 et équitables et notre intégrité nationale vaut bien davantage que les montants en
4 question. Le Chili a été injustement présenté comme le méchant dans une Sentence dictée
5 dans le cadre d'une procédure irrégulière, avec une forte charge politique. Le Tribunal du
6 CIRDI a accepté un procès intenté par un ressortissant chilien contre son propre pays et
7 la Sentence était en faveur d'un homme et d'une Fondation qui n'ont jamais été les
8 propriétaires des actifs et considéré comme un bien d'investissement qui n'a jamais été
9 un bien d'investissement, avec une application erronée des dispositions d'un TBI dans les
10 années 1990.

11 Enfin, la Sentence remettait en question la réputation de notre pays.

12 Or, le Chili n'est pas du tout le pays que le Tribunal a dépeint dans la Sentence. La
13 République du Chili est un pays qui a une histoire de deux cents années de
14 gouvernements élus démocratiquement, de traditions républicaines dont la seule
15 interruption a été les 17 années de la dictature Pinochet. Nos gouvernements ont toujours,
16 dans l'histoire, connu une alternance entre des groupes de vues politiques divergentes
17 avec des transitions pacifiques à chaque élection. Il s'agit d'une nation jeune,
18 d'institutions vibrantes, à la réputation bien connue d'intégrité et de probité, dotée d'une
19 économie florissante qui encourage l'innovation et une nation qui a conclu 21 accords
20 commerciaux internationaux et 36 TBI avec des nations de par le monde, y compris les
21 Etats-Unis, l'Union européenne et la Chine. Et c'est le seul pays d'Amérique du Sud qui
22 est membre à part entière de l'OCDE.

23 Il ressort de l'indice de perception de la corruption, publié par *Transparency*
24 *International*, en 2010, que nous sommes juste en-dessous du Royaume Uni et juste au-
25 dessus des Etats-Unis. Ce sont vraiment, là, quelques-unes des raisons évidentes qui font
26 que notre Nation est là où elle se trouve aujourd'hui. Le fait d'attirer des investissements
27 étrangers a été extrêmement important et a constitué un pilier du développement de notre
28 Nation. Aussi, nous ne permettrons pas de discrédit face à notre réputation impeccable en
29 raison de demandes sur le papier, sans fondement. C'est ici la seule affaire du CIRDI en
30 instance contre la République du Chili. Cela n'est qu'à deux occasions que le Chili est
31 apparu devant le CIRDI et ce n'est qu'à une seule reprise qu'il a dû payer un montant
32 modeste de compensation.

33 C'est un pays qui n'a connu qu'un point noir, certes important dans son histoire. Nos
34 gouvernements, notre population a vraiment essayé de compenser, dès le retour à la
35 démocratie, il y a plus de deux décennies, y compris par des moyens de réparation
36 monétaire auxquels des dizaines de milliers de Chiliens ont eu accès, y compris la
37 Demanderesse, M. Pey, qui a reçu une compensation pour ses actifs personnels saisis par
38 les militaires.

39 Le Chili demande l'annulation de cette affaire parce que la procédure d'arbitrage était
40 irrégulière, très politique et pas du tout impartiale. Il s'agissait d'une procédure qui
41 ressemblait tout à fait à un Tribunal des Droits de l'Homme en croisade dans un
42 environnement favorisé par la partie initiale de la Demanderesse en passant par l'arbitre
43 nommé par cette Partie, M. Mohamed Bedjaoui, un homme qui, par la suite, a été le
44 premier et le seul arbitre de l'histoire du CIRDI à être disqualifié. C'était une procédure

1 où les Demanderesses a entamé des tactiques qui ont duré des années, d'accusations non
2 fondées, outrageuses, avec des publications fausses largement diffusées en utilisant la
3 presses, le site internet et tout cela avec l'approbation tacite du Tribunal.

4 Cela n'est pas par coïncidence que nous nous trouvons aujourd'hui dans l'affaire qui, à ce
5 jour, aura pris le plus de temps devant le CIRDI. Plus important encore, peut-être, c'est
6 que le Chili demande l'annulation car cette affaire, dès l'abord, a constitué un abus de la
7 procédure du CIRDI. Effectivement, jamais cette procédure n'aurait dû être intentée
8 devant le Tribunal du CIRDI et si elle l'avait été, cela n'aurait pas dû être accepté :
9 M. Pey n'a jamais été le propriétaire du journal *El Clarin*. Il était bien connu que M. Pey
10 était un personnage clé dans le journal mais, dès le début, c'était vraiment un rôle de
11 gestion, de direction qu'il occupait. Le propriétaire initial était M. Dario Sainte-Marie.

12 Par ailleurs, il est aussi devenu intermédiaire dans la vente de ce journal, au nom de
13 M. Sainte-Marie, mais il n'a jamais été propriétaire d'une seule action du journal. Il dit
14 qu'il a acheté le journal avec ses propres fonds, mais rien n'indique qu'il ait jamais eu les
15 moyens suffisants pour ce faire. Monsieur Pey a, par ailleurs, reçu une compensation du
16 Chili pour la saisie de ses biens personnels, mais pour un montant qui ne représentait
17 qu'une maigre fraction du prix d'*El Clarin*. La véritable source de fonds, utilisée pour
18 payer *El Clarin*, était des comptes bancaires à Cuba et en Tchécoslovaquie, au plus fort
19 de la guerre froide, et pour lesquels il n'a jamais été prouvé que M. Pey était propriétaire.

20 Alors, pourquoi est-ce qu'une personne aux moyens modestes, privée d'un actif
21 important tel que le journal *El Clarin*, insinuerait 90 % de ses droits dans la procédure à
22 une fondation créée et encore contrôlée, *de facto*, par son avocat, Me Garcés ?

23 Pourquoi n'a-t-il gardé tous ses droits pour lui-même ou sa famille ? Est-ce que cette
24 participation de 10 %, qu'il a pu conserver pour sa participation dans cette aventure
25 juridique internationale planifiée par Me Garcés, c'est cela ? Monsieur Pey n'a jamais été
26 le propriétaire d'*El Clarin* et, par conséquent, il n'avait rien à perdre.

27 Il faut également noter que tous les événements liés au rôle de M. Pey dans *El Clarin*
28 sont apparus alors que le Chili était gouverné par le Président Salvador Allende,
29 gouvernement socialiste, dont le parti s'était déclaré marxiste-léniniste et allié du bloc
30 soviéto-cubain. Le Président Allende était un ami de M. Dario Sainte-Marie, le
31 propriétaire originel d'*El Clarin*.

32 Le conseil juridique de M. Pey avait pour intention d'abuser du TBI Chili-Espagne, afin
33 de faire une demande en dommages contre la République. Ce TBI n'aurait jamais pu être
34 la voie appropriée pour la demande de M. Pey. Monsieur Pey et ses associés avaient
35 probablement l'idée d'entreprendre ce type de procédure devant un arbitrage
36 international, et cela avec des allures de droit d'affaires au titre des Droits de l'Homme,
37 avancé par un présumé ou prétendu ressortissant espagnol, au moment de l'expropriation
38 en tirant parti de la confusion qui entourait les confiscations, cela dans le cadre d'un
39 régime militaire dans ce qui était prétendument un pays du tiers-monde. Cette stratégie
40 est biaisée et il ne pensait pas que la République du Chili allait s'opposer vigoureusement
41 à ses demandes.

1 Avec le retour à la démocratie et la signature du TBI Chili-Espagne, M. Pey et
2 Me Garcés ont vu l'occasion d'utiliser ce TBI pour entreprendre ces demandes en
3 dommages, contre le Chili, au sein d'un forum international. Monsieur Pey et ses
4 associés auraient pu se prévaloir de la législation chilienne adoptée justement pour
5 compenser ceux dont les biens avaient fait l'objet d'une expropriation par le
6 gouvernement militaire. Mais M. Pey a choisi de ne pas suivre cette voie. Au lieu de cela,
7 il a informé les autorités chiliennes, par écrit, qu'il ne suivrait pas cette voie parce qu'il
8 préférerait présenter sa demande devant un Tribunal d'arbitrage international.

9 Ils ne peuvent pas, maintenant, se plaindre du fait qu'ils n'ont plus le droit d'entamer une
10 procédure au Chili. Ils ont choisi volontairement de prendre ce risque devant le CIRDI.
11 Mais la procédure du CIRDI est alors devenue un théâtre surréaliste d'accusations et
12 tactiques de la Demanderesse. Les irrégularités dans cette procédure sont trop
13 nombreuses et trop complexes pour les énumérer aujourd'hui, mais elles ont été
14 identifiées et discutées longuement dans les présentations écrites et les présentations
15 orales du Chili. Ces irrégularités et le fait qu'en dernière analyse, le Chili a fait l'objet
16 non seulement d'une procédure véritablement injuste, mais aussi d'une parade, qui a duré
17 une décennie, d'accusations publiques et de sentences à son encontre qui comprenaient
18 des dénonciations regrettables et inacceptables de la part du Tribunal.

19 De ce fait, le Chili n'avait plus d'autre option que de poursuivre et faire valoir ses droits
20 au sein du système du CIRDI. Le Chili a donc décidé de ne pas simplement appliquer la
21 Sentence pour mettre un terme à cette procédure.

22 Comment le Chili pouvait-il simplement accepter cette Sentence et ce que cela disait au
23 sujet du Chili et de ses institutions ? Quelles conclusions auraient pu tirer de nouveaux
24 investisseurs quant au Chili, à la lecture de cette Sentence, si elle était appliquée ? Est-ce
25 que la République du Chili devait vraiment supporter le coût politique et économique en
26 voyant ainsi sa réputation internationale compromise par une Sentence qui résultait d'une
27 procédure injuste ?

28 Nous sommes ici parce que, pour le Chili, il ne s'agit pas simplement de s'intéresser au
29 montant de la Sentence ou au fait que cette Sentence a été prononcée à son encontre,
30 même si ce résultat était curieux alors que le Tribunal, apparemment, à deux occasions au
31 préalable, avait décidé de statuer en faveur du Chili sur la compétence et ces décisions,
32 par la suite, ont été détournées dans des circonstances peu claires.

33 Nous sommes ici parce que le Chili est fier de l'intégrité et de la justice de ses
34 institutions, de la stabilité de son cadre juridique, de son traitement équitable des
35 investissements étrangers. Cette Sentence a jeté des doutes, de façon injuste, sur chacun
36 de ces éléments et plus généralement sur les efforts du Chili en vue de maintenir son
37 statut en tant que nation de réputation internationale.

38 Ce sont les raisons pour lesquelles nous apparaissions devant ce Comité, aujourd'hui,
39 après quatorze longues années de procédure dans le cadre de ce litige. C'est pour cela
40 que le Chili est disposé à prendre le risque où, en cas d'annulation de la Sentence,
41 effectivement l'arbitrage recommencerait dans le cadre d'une nouvelle présentation. Si tel
42 était le cas, je peux vous assurer que nous déploierions toutes les ressources jugées
43 nécessaires pour défendre l'intégrité de notre nation.

1 Le Chili a le droit de faire en sorte que ce prétendu différend d'investissement soit
2 entendu dans un cadre d'arbitrage normal, mené par un Tribunal impartial. Nous avons
3 droit à un procès équitable. Le système du CIRDI et la Communauté internationale
4 doivent, au Chili, un procès équitable. C'est pour cela que nous sommes ici, pour
5 demander, sans absolument aucune réserve, que nos droits fondamentaux soient
6 respectés.

7 Nous reconnaissons, bien entendu, que la tâche du Comité est étroite. Il s'agit de
8 déterminer si l'une ou l'autre de ces bases techniques spécifiques pour l'annulation,
9 envisagées à l'article 52 de la Convention du CIRDI, sont remplies dans le cadre de cette
10 affaire. Le Comité n'a pas pour tâche de faire office d'instance d'appel et le Chili ne
11 demande pas un appel, ici. Il existe, en revanche, un grand nombre de fondements
12 spécifiques et très clairs, dans le cadre de diverses clauses de l'article 52, qui exigent
13 l'annulation de la Sentence de 2008.

14 Mes collègues vont maintenant évoquer ces questions afin de remettre cette discussion
15 dans le cadre juridique approprié. Madame Jean Kalicki, d'Arnold & Porter, va tout
16 d'abord évoquer les normes juridiques applicables dans le cadre de cette procédure
17 d'annulation.

18 Après sa présentation, Me Paolo Di Rosa, également d'Arnold & Porter, va traiter des
19 aspects spécifiques de la procédure d'arbitrage et de la Sentence qui justifient l'annulation
20 dans cette affaire.

21 Sur ce, je conclus ainsi la déclaration d'ouverture de la République du Chili. Je remercie
22 le Comité pour son attention et j'invite maintenant Mme Kalicki à s'adresser au Comité.

23 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Merci beaucoup, monsieur Mori.
24 Madame Kalicki, vous avez la parole. Bienvenue à Paris, madame.

25 ➤ *Plaidoirie de Me Jean E. Kalicki pour la République du Chili*

26 **Me J. E. Kalicki.** – Je vous remercie. Monsieur le Président Fortier, Monsieur le
27 Professeur Bernardini, Monsieur le Professeur El-Kosheri, de nombreux arbres ont perdu
28 la vie dans cette affaire pour illustrer les questions de l'annulation. Mais une fois que tout
29 cela sera dégagé, nous nous rendrons compte qu'il y a très peu de différences entre les
30 Parties en ce qui concerne les normes juridiques à appliquer. Dans pratiquement chacun
31 des cas, les Demandeurs ont reconnu ou n'ont pas contesté la présentation, par le Chili,
32 du droit qui s'applique.

33 Quels sont les principes clés qu'il faut garder à l'esprit quand on regarde la procédure de
34 très près ?

35 Tout d'abord, en ce qui concerne la procédure, l'article 52(1)(d) dit qu'il y a là une
36 inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure.

37 Ceci nous impose un test en trois parties :

38 ▪ Premièrement, la règle de procédure doit être fondamentale, c'est-à-dire qu'elle est
39 essentielle à l'intégrité du processus d'arbitrage ;

- 1 ▪ Deuxièmement, le Tribunal ne peut pas ne pas l'observer ;
- 2 ▪ Troisièmement, il faut qu'il l'applique d'une manière grave.

3 Que signifient ces trois termes ? La première partie est assez facile parce que, dans ce
4 cas, les Parties sont d'accord, fondamentalement, pour dire que plusieurs règles de
5 procédure sont fondamentales et qu'elles doivent être observées par tous les tribunaux du
6 CIRDI. Les Parties sont d'accord sur le fait que le droit d'être entendu est un droit
7 fondamental de procédure.

8 Les Demandeurs ne contestent pas le fait qu'un traitement juste et équitable des Parties
9 est une règle fondamentale. Les Parties sont d'accord pour dire qu'une bonne allocation
10 du fardeau de la preuve est une règle de procédure fondamentale.

11 La deuxième partie du test, c'est-à-dire « qu'est-ce que cela signifie de ne pas observer
12 ces règles ? », doit être également assez facile à comprendre. Mais les Demandeurs ont
13 essayé de réécrire les normes d'une façon qui les viderait de leur sens et qui est un défi
14 au bon sens.

15 Prenons donc ces trois règles, l'une après l'autre.

16 Tout d'abord : le droit d'être entendu. Pour un Défendeur, cela veut dire le droit de
17 présenter une défense à la demande, aux preuves et aux arguments présentés par la
18 Demanderesse. Fondamentalement, il faut que le Défendeur ait un préavis équitable de
19 ces demandes. Il est impensable d'être bien entendu dans sa propre défense si l'on ne sait
20 pas précisément de quoi on vous accuse.

21 Les Demanderesses ne sont pas d'accord. Elles disent que le droit d'être entendu signifie
22 simplement que, en gros, les deux Parties ont la possibilité, à un certain moment dans
23 l'affaire, de soumettre des arguments (écrits et oraux) et que le déni du droit d'être
24 entendu ne se passe que dans une situation très extrême, lorsqu'on empêche totalement
25 une Partie de développer son argumentaire. D'après les Demandeurs, il serait acceptable
26 que le Tribunal décide d'une affaire sur la base d'une nouvelle théorie de vice que les
27 Demandeurs n'ont jamais présentée et parce que les Demandeurs auraient eu
28 l'impossibilité de déposer des pièces et de les avoir utilisées.

29 Les Demandeurs peuvent essayer de tirer ce principe de l'observation du Pr Schreuer qui
30 est qu'un Tribunal doit adopter un raisonnement juridique qui diffère de celui qui est
31 présenté par les Parties. Mais il y a une différence fondamentale entre un raisonnement
32 légèrement différent, en ce qui concerne des demandes qui ont été plaidées, et une théorie
33 du défaut qui est totalement nouvelle.

34 Sur la base de cette théorie du droit à être entendu, qui est terriblement étroite, les
35 Demandeurs donnent une notion de la dérogation, à savoir que si un demandeur ne
36 présente pas un sujet devant le Tribunal, il renonce au droit de se plaindre plus tard si le
37 Tribunal prend une décision sur ce point, quel que soit l'avertissement qui a été donné au
38 répondant.

1 En ce qui concerne cela, ce ne peut pas être le droit. La possibilité d'être entendu doit
2 dépendre de la connaissance ou du savoir qu'une demande est présentée dans l'affaire.
3 Cette notion de notification est construite. D'ailleurs, le Règlement demande qu'il y ait
4 des dépôts en séquences et non pas simultanés, de manière que le Défendeur puisse
5 savoir exactement quelles sont les demandes. Le Règlement donne la possibilité, pour les
6 Demandeurs, d'ajouter une nouvelle demande.

7 Le concept de dérogation est également lié à l'exigence de notification : dans le contexte
8 de ce droit à être entendu, une Partie qui ne sait pas quelle est la demande, ne peut pas
9 avoir renoncé à son droit. C'est là une question de bon sens, mais cela va au cœur de
10 l'intégrité du processus d'arbitrage. D'ailleurs, tel que confirmé, une Partie ne peut pas
11 être considérée comme avoir abandonné des objections à des violations de procédure qui
12 ne deviennent visibles qu'après la Sentence ait été prononcée.

13 Venons maintenant à la deuxième règle fondamentale, c'est-à-dire le « traitement juste et
14 équitable ».

15 Les Demandeurs ne questionnent pas le fait qu'il y a deux composantes fondamentales.

16 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je regarde la page 6 où vous avez cité le
17 professeur Lalive et M. Schreuer. Est-ce une citation ?

18 **Pr A. S. El-Kosheri** (*interprétation de l'anglais*). - Cette citation vient de M. Lalive et
19 Schreuer dit fondamentalement la même chose, mais avec des mots légèrement
20 différents. Cela figure dans de dossier RALA-67 et nous pouvons donner les termes
21 exacts du Pr Schreuer.

22 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Donc, il s'agit de Schreuer, en fait ?

23 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, absolument et la citation nous vient
24 précisément de M. Lalive.

25 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - C'est-à-dire de la Sentence ?

26 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). - Non, pas de cette Sentence-ci, mais elle
27 vient d'un article.

28 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - En effet, mais cela figure dans les procès-
29 verbaux.

30 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). - Alors, lorsque nous citons la Sentence,
31 nous disons que c'est une Sentence avec le numéro du paragraphe.

32 **M. le Président**. - C'est la première fois que je rencontre le nom du Pr Lalive dans un
33 contexte différent. Est-ce que vous le citez de manière critique ou de manière favorable ?

34 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). – Nous sommes d'accord sur ce qu'il dit.
35 Nous le citons de manière favorable. Comme je vous le dirai dans cette affaire, il n'a pas
36 honoré la déclaration qu'il avait faite, mais nous sommes tout à fait d'accord sur ce qu'il
37 dit dans cet article.

1 Venons-en à la deuxième règle fondamentale, c'est-à-dire un « traitement juste et
2 équitable ». Les Demandeurs ne questionnent pas le fait qu'il y a deux composantes.
3 Premièrement, la nécessité d'un traitement égal : le Tribunal ne doit pas donner, à une
4 Partie, une possibilité ou un avantage qu'il refuse à une autre Partie.

5 Deuxièmement, la notion de traitement équitable : un Tribunal doit appliquer, dans la
6 pratique, les règles qu'il annonce qu'il va suivre. En principe, il ne peut pas dire aux
7 Parties qu'il va faire une chose et, ensuite, faire une chose totalement différente.

8 C'est là l'une des nombreuses raisons pour lesquelles il est important, comme l'a dit le
9 Comité AMCO, que le Comité *ad hoc* examine très clairement à la fois ce qui a été dit,
10 ce que le Tribunal a dit qu'il ferait et ce qu'il faisait vraiment. D'ailleurs, il n'y a pas de
11 désaccord entre les deux Parties.

12 Les Demandeurs reviennent toujours à leur mantra de la discrétion du Tribunal en ce qui
13 concerne la procédure. Dans le contexte du droit fondamental d'être entendu, c'est une
14 *reductio ad absurdum*. Si le traitement juste et équitable des parties est une règle
15 fondamentale de procédure – d'ailleurs, les Demandeurs ne le contestent pas –, alors le
16 Tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire de simplement s'en écarter comme bon lui
17 semble.

18 Le commentaire du Règlement de CIRDI confirme que, la décision du Tribunal, je cite :
19 « *est soumise au principe de l'égalité des Parties* ». Nous ne l'avons pas sur le
20 transparent, mais cela figure dans RA-28, note A, règle 33. Si vous souhaitez le voir,
21 nous pouvons vous le montrer.

22 Troisième règle fondamentale, c'est une « bonne allocation du fardeau de la preuve ». Les
23 Parties conviennent que les Demanderesses ont le fardeau de la preuve à la fois de la
24 compétence et de chaque élément de leur demande juridique de fond.

25 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

26 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Avant que vous ne tourniez la page et que
27 vous ne parliez des responsabilités d'un Comité *ad hoc*, ai-je raison de comprendre ou
28 est-ce-que je comprends bien que vos observations, en ce qui concerne le droit d'être
29 entendu et le droit à un traitement juste et équitable, dans le contexte de la Sentence qui
30 suit, portent essentiellement sur des événements qui se sont produits dans les audiences
31 en 2003 et en 2007 ?

32 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). - Oui et aussi dans la Sentence elle-même
33 car un certain nombre de choses sont faites dans la Sentence. Mon partenaire Di Rosa
34 vous en parlera. Dans les audiences précédentes, les Parties ne le savaient pas. Par
35 conséquent, je crois que c'est un processus continu d'accumulation d'erreurs qui,
36 finalement, culminent dans la Sentence.

37 Si vous me le permettez, je vais revenir à la question d'une bonne allocation du fardeau
38 de la preuve. Les Parties reconnaissent que les Demanderesses doivent prouver à la fois
39 la compétence et chaque élément requis de leur demande.

1 Si le Tribunal estime que les Demanderesses n'ont pas donné suffisamment de preuves
2 sur un point, cela se traduit par une absence de responsabilité. La responsabilité, tout
3 comme la compétence, ne peut jamais être présumée, mais elle doit être prouvée et les
4 Demanderesses doivent toujours garder ce fardeau de la preuve.

5 Jusqu'à maintenant, nous avons discuté des règles fondamentales et d'une observation de
6 règle fondamentale. L'exigence finale de l'article 52(d) est que toute inobservation doit
7 être grave. Sur ce point, malheureusement, il y a un désaccord considérable entre les
8 Parties quant à ce que signifie cette norme.

9 L'interprétation par les Demanderesses laisserait la norme totalement vide. Il faudrait
10 qu'un requérant prouve que le déni d'une règle fondamentale de procédure ayant été faite,
11 le Tribunal serait arrivé à un résultat différent de ce à quoi il est arrivé. C'est impossible
12 pour un requérant, car on n'arrive pas à savoir ce que pensent trois membres séparés du
13 Tribunal et à montrer définitivement ce que chaque membre aurait décidé. C'est une
14 question qui n'a jamais été abordée ici.

15 Par définition, si une Partie est privée de son droit à une procédure juste et équitable et à
16 son droit à être entendue, cela signifie que le Tribunal n'a pas pris en compte les
17 arguments. Donc, en prouvant que le Tribunal aurait accepté ces arguments, cela impose
18 un fardeau insurmontable qui ignore la valeur inhérente du droit, c'est-à-dire la possibilité
19 de changer les choses.

20 La position du Chili est la suivante : lorsqu'un Tribunal n'a pas observé une règle, qui
21 est fondamentale pour l'intégrité d'une procédure d'arbitrage, l'annulation est requise si
22 cette inobservation porte sur une question qui est suffisamment importante pour le
23 résultat de l'affaire, tellement importante qu'une procédure juste aurait débouché sur une
24 décision différente du Tribunal. C'est là l'interprétation donnée par Ch. Schreuer. Là
25 encore, c'est cohérent avec toute la notion d'un droit fondamental, à savoir que l'intégrité
26 de la procédure dépend du droit qui est accordé également aux deux Parties.

27 La seule façon de remédier à une non-observation d'intégrité de la procédure est de
28 recommencer, c'est-à-dire de donner aux Parties une procédure qui convient. C'est la
29 raison pour laquelle le Tribunal MINE définit une inobservation grave non pas en
30 fonction de l'impact que peut avoir eu cette inobservation, mais plutôt en fonction de
31 l'importance du droit. D'après MINE, une inobservation grave prive une Partie de
32 l'avantage de protection que la règle devait lui fournir.

33 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Pour cette citation de Schreuer, on est
34 obligé de deviner un peu, c'est-à-dire qu'il faut regarder ce qui aurait pu se passer par
35 opposition à ce qui s'est vraiment passé. Bien entendu, par définition, on ne peut pas le
36 faire en toute certitude.

37 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, vous avez raison, Monsieur Fortier.
38 Mais en fait, si une question est si frivole qu'elle ne peut pas se répercuter sur le résultat,
39 même si les Parties ont eu la possibilité d'être entendues, alors l'annulation n'est pas
40 requise. C'est pourquoi, on dit que le Comité peut avoir des raisons de ne pas annuler une
41 Sentence si le défaut de la procédure n'a pas d'impact matériel.

1 Je voulais vous dire que cette discrétion ne peut pas s'exercer lorsqu'une inobservation
2 d'une règle a été grave dans le sens que nous venons de décrire, à savoir que la question
3 en jeu était fondamentale pour le résultat. C'est une question de compétence, une
4 question de responsabilité ultime. Mais si la question a un impact sur le résultat
5 fondamental de l'affaire, alors on peut dire qu'une bonne procédure aurait peut-être
6 débouché sur un résultat différent et que les Parties ont le droit d'avoir cette procédure.

7 C'est pourquoi, l'article 52 ne porte pas sur une erreur manifeste, parce que la gravité de
8 l'erreur qui fait partie de la norme, c'est-à-dire une inobservation grave, doit dicter la
9 réparation. Le Comité ne peut pas dire : « Oh, c'est dommage » et laisser le résultat d'une
10 question critique déterminée par quelque chose qui sape l'intégrité fondamentale.

11 Contrairement à la position des Demanderesses, cela ne fait pas partie du pouvoir
12 discrétionnaire du Comité : il peut déterminer si l'inobservation a été grave. Mais une
13 fois qu'il a vu que c'est grave, il ne peut pas se contenter de dire : « *Nous avons décidé*
14 *de passer sous silence cette erreur grave* ». Le côté substantiel fait partie de la...

15 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, mais alors il faut un peu regarder
16 dans une boule de cristal !

17 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, mais c'est pourquoi il est
18 indispensable d'avoir la possibilité d'être entendu. Si une Partie n'a pas la possibilité
19 d'être entendue sur une question qui détermine le résultat, par définition, la Partie ne peut
20 pas persuader, mais elle peut seulement prouver qu'il s'agissait d'une question critique et
21 essentielle dans ce qui concerne son droit à être entendue. Voilà ce que je voulais vous
22 dire.

23 **M. le Pr P. Bernardini** (*interprétation de l'anglais*). - Pour pousser la chose plus loin,
24 par rapport à ce qui a été dit par le Président, le droit d'être entendu n'est-ce pas une
25 valeur objective, même si le résultat ne change pas ?

26 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, je suis d'accord avec vous. C'est la
27 raison pour laquelle vous pouvez voir, dans les décisions MINE, qu'il y a deux
28 précédents différends dans la jurisprudence, il y a deux lignes : d'une part, il y a une
29 façon de regarder le résultat et le seul désaccord est qu'il faut prouver qu'il y aurait eu un
30 résultat différent ou une possibilité de résultat différent, mais on regarde essentiellement
31 résultat de l'erreur

32 D'autre part, l'autre ligne est que c'est MINE qui regarde l'importance du droit et il dit :
33 « *Si le droit est tellement fondamental, si une Partie n'a pas la possibilité d'être entendu*
34 *et si une Partie est privée de quelque chose d'aussi essentiel pour l'intégrité de la*
35 *procédure, cette violation mérite réparation* ».

36 Je pense que quel que soit le précédent que l'on suit, de toute façon on obtient le même
37 résultat.

38 Donc, j'en viens maintenant à l'article 52-1 (b), c'est-à-dire l'autre motif, à savoir « excès
39 de pouvoir manifeste ».

1 Ici, il y a un test en deux parties. Le requérant doit montrer que le Tribunal a dépassé la
2 portée de son autorité et, ce faisant, il y a eu un excès de pouvoir manifeste. Regardons
3 ces termes.

4 S'agissant de la première partie, « excès de pouvoir », il n'y a pas de désaccord entre les
5 Parties : « *Un Tribunal excède ses pouvoirs s'il va au-delà de l'autorité qui lui a été*
6 *accordé par les termes du consentement des Parties* ». Ceci inclut la Convention, le
7 Traité d'investissement, ainsi que les Règles qui s'appliquent et le cadre juridique. Cela
8 peut se faire de différentes manières.

9 Tout d'abord, comme le disent les Demanderesses : « *Le Tribunal excède ses pouvoirs*
10 *quand il affirme une compétence sur les Parties, un investissement ou un litige sans*
11 *répondre aux exigences de la Convention CIRDI ou le Traité investissement qui*
12 *s'applique* ».

13 De même, les Demanderesses ne contestent pas le fait qu'un Tribunal excède ses
14 pouvoirs lorsqu'il décide d'une demande qui ne lui a pas été bien expliquée,
15 conformément aux règles du CIRDI. Ces propositions sont bien écrites dans la
16 jurisprudence. Les Comités ont toujours dit que si un Tribunal affirme une compétence
17 de manière qui est fautive, c'est un excès de pouvoir. Par conséquent : « *Les Comités ont*
18 *pour devoir de regarder de très près la façon dont un tribunal exerce son autorité [et là,*
19 *je cite à nouveau AMCO 1] et les Comités doivent regarder à la fois ce qui a été dit, ce*
20 *que le Tribunal dit qu'il fait et ce qu'il fait réellement* ».

21 La deuxième partie de cette notion d'excès de pouvoir, sur laquelle les Parties sont
22 d'accord, est que si un Tribunal excède son pouvoir, il n'applique pas le droit qui
23 convient. Poussé à l'extrême, ceci se passe lorsque le Tribunal se réfère à un corps de la
24 loi différent ou arrive à cette décision sur la base de l'équité perçue, sans le consentement
25 des Parties de décider *ex aequo et bono*. Mais une erreur annulable peut se faire lorsque
26 le Tribunal identifie le corps de la loi qui convient, mais ne l'applique pas.

27 Là, nous reconnaissons qu'il existe une distinction entre ne pas appliquer le droit qui
28 convient et l'appliquer, mais simplement arriver à un mauvais résultat. Les Parties sont
29 d'accord pour dire que la deuxième, c'est-à-dire une erreur dans la loi, n'est pas un motif
30 d'annulation.

31 Plusieurs Comités *ad hoc* ont reconnu que, dans certaines conditions, une mauvaise
32 méapplication du droit national, même si le corps de la loi est bien identifié au niveau
33 superficiel, peut, en fait, constituer une non-application du droit qui convient.

34 Par conséquent, par exemple lorsque le Tribunal nous dit, dans sa Sentence : « une idée
35 est la loi qui s'applique, mais nous ne sommes pas d'accord », alors même
36 superficiellement, ils identifient la loi qui convient, mais ils ne l'appliquent pas, c'est là
37 un excès de pouvoir.

38 En d'autres termes, le droit du Tribunal n'est pas uniquement de dire qu'il doit appliquer
39 le droit national, y compris le droit qui s'applique à une question, mais il faut qu'il le
40 fasse. Il faut qu'ils appliquent ce qui est prévu par le droit. Le Comité *Soufraki* dit que :
41 « *Le Tribunal doit essayer d'appliquer le droit conformément à la jurisprudence*

1 nationale et l'interprétation qui prévaut qui est donnée par l'autorité judiciaire de
2 l'Etat ».

3 De même, la Cour permanente de justice internationale a dit, c'était très clair dans le cas
4 des prêts brésiliens, que le Tribunal violait son obligation d'appliquer le droit national, je
5 cite : « [...] s'il devait l'appliquer d'une manière différente de la façon dont le droit serait
6 appliqué dans le pays dans lequel il est en vigueur ».

7 En d'autres termes, il faut voir un peu ce qu'est le droit et il ne faut pas faire une sorte de
8 recherche factuelle de ce que doit être le droit qui convient.

9 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – C'est une chose que de connaître le droit
10 national et une interprétation de ce droit par une Cour nationale en est une autre. Il
11 connaît, ce droit, mais il ne l'applique pas bien pour une raison ou pour une autre ; c'est
12 là une chose que nous voyons constamment dans nos systèmes nationaux et auquel cas, il
13 y a appel. Mais ceci ne constitue pas un appel.

14 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, je suis d'accord pour dire que c'est
15 une nuance et c'est la raison pour laquelle il faut l'appliquer avec un certain degré de
16 simplification. La question critique est de savoir s'il y a une division d'opinions pour
17 savoir ce qu'est le droit national. Dans la plupart des cas, vous avez des experts des
18 deux Parties qui disent : « *Le droit national A, B, le Tribunal doit choisir soit A, soit B* »
19 et une Partie peut se plaindre. Dans certains cas, il y a une non-application ou application
20 mauvaise du droit et, à ce moment-là, on n'arrive pas à appliquer la définition
21 consensuelle du droit national, plutôt qu'une erreur qui peut être faite parce que parfois
22 les preuves sont conflictuelles.

23 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Vous dites qu'une distinction doit
24 s'appliquer dans un pays de *Common Law* par rapport à un pays de droit civil ?

25 **Me J. E. Kalicki** (*interprétation de l'anglais*). – Je crois qu'un Tribunal doit tenir
26 compte de la nature du système juridique dont les règles battues en brèche ou sont mises
27 en question. Si vous êtes dans un système de *Common Law* et si un Tribunal ne tient pas
28 compte de la détermination d'une Cour Suprême, c'est une chose, mais si vous avez un
29 Tribunal qui obéit à un droit civil, c'en est une autre : les choses sont différentes et il a eu
30 à regarder ce qui est dit par AMCO, à savoir qu'il faut tenir compte de la nature du
31 système qui lui est soumis.

32 Ce que j'essaie de vous dire, voyez-vous, c'est que le pouvoir d'interpréter le droit
33 national, après avoir entendu des témoignages sur ce que cela signifie, n'inclut pas le
34 pouvoir de réécrire cette loi ou ce droit en se fondant sur des considérations politiques.
35 Lorsque les tribunaux nationaux, les clercs et les autorités montrent très clairement de
36 quoi il s'agit, ne pas appliquer le droit national tel qu'il serait appliqué par le pays en
37 faveur d'une autre approche qui, d'après le Tribunal, serait une meilleure approche
38 juridique, c'est une erreur justifiable d'annulation. Là encore, cette réalité fait qu'un
39 Comité doit faire très attention à ce qu'a vraiment fait un Tribunal et non pas simplement
40 ce qu'il a dit qu'il avait fait lorsqu'il a annoncé certaines conclusions quant à une enquête
41 nationale. Bien sûr, une enquête nationale est une enquête factuelle et un Tribunal doit
42 fonder son interprétation sur certaines preuves, certains faits.

1 Ceci nous amène à la question de ce que signifie « manifeste ». Nous avons discuté de
2 l'excès de pouvoir, mais que veut dire « manifeste » ? D'après les Demanderesses, cela
3 signifie que cet excès d'autorité doit se voir immédiatement. Si tel est le cas, les règles de
4 CIRDI ne demanderaient pas que l'on dépose des Mémoires détaillés ; un Comité
5 pourrait juste revoir une sentence et essayer de voir, sans avoir de véritables
6 présentations ou documents par les Parties. Le système ne peut pas marcher de cette
7 manière, même dans une affaire où il y a très peu de documents. Dans une affaire telle
8 que celle-ci, qui dure depuis plus d'une décennie, cela induit énormément de
9 changements et cela n'est pas possible.

10 Il faut essayer de voir l'histoire d'une affaire, toutes ses complexités pour comprendre
11 vraiment ce qui se passe, quels sont les arguments qui ont été soumis au Tribunal et
12 comprendre ce que faisait le Tribunal quand il s'est prononcé en matière de compétence
13 ou en matière de droit national. Ce n'est qu'après qu'un Comité s'est formé de cette
14 manière qu'il peut déterminer si l'excès de pouvoir du Tribunal a été manifeste.

15 En d'autres termes, l'exigence manifeste ne signifie pas que l'erreur doit sauter aux yeux
16 de quelqu'un qui ne sait pas grand-chose sur cette affaire ou qui a vu les choses de
17 manière isolée.

18 Je fais une distinction et c'est pourquoi il faut vraiment aller au-delà de l'examen *prima*
19 *facie* d'une sentence, ce que ferait quelqu'un venu de l'extérieur. Quelqu'un d'extérieur
20 prendrait la Sentence, ne lirait aucune des plaidoiries et dirait : « *Ah, mais à première*
21 *vue, excès de pouvoir* ».

22 Je ne crois pas que c'est ce qui est prévu. Pierre Lalive a noté, dans le même article que
23 j'ai noté, qu'il serait pratiquement impossible à quelqu'un de l'extérieur de comprendre
24 bien une décision en se fondant uniquement sur son test.

25 « Manifeste » signifie qu'un Comité, après avoir fait son travail, après avoir lu les
26 présentations respectives des Parties, conclut que l'excès de pouvoir est suffisamment
27 clair et grave pour justifier une annulation.

28 C'est comme la façon dont le Pr Schreuer a expliqué que l'annulation Vivendi 1, pour des
29 motifs d'excès de pouvoir, disant qu'il a fallu pas mal de déchiffrages de la part du
30 Comité pour comprendre la Sentence. Une fois qu'il l'a comprise, il en a conclu que
31 l'excès de pouvoir était manifeste étant donné les incidences claires et graves de la
32 décision du Tribunal. Mais ils n'étaient pas arrivés à cette conclusion tant qu'ils n'ont pas
33 vraiment décidé ce que signifiait cette Sentence ; cela fait partie du devoir nonobstant la
34 référence manifeste.

35 Dans le peu de temps qui me reste, j'aimerais vous dire le défaut de motif : les Parties ont
36 décidé que cela constituait le motif d'annulation et l'article 52. Mais tout comme pour les
37 autres normes, les Parties ne sont pas d'accord sur la question de savoir si le Comité a pu
38 examiner de près la Sentence pour voir si des raisons suffisantes étaient obtenues.
39 Monsieur Lalive a montré qu'un Comité doit s'assurer que la décision sur les questions
40 clés et que le raisonnement n'a pas été uniquement postulé, mais le raisonnement a été
41 vraiment expliqué. Des explications incohérentes, inconséquentes ou frivoles, c'est-à-dire
42 qu'elles ne donnent pas une base rationnelle pour les conclusions atteintes, sont

1 insuffisantes. Là, nous avons prévu un certain nombre de transparents et vous les avez si
2 vous souhaitez les voir.

3 L'idée intéressante étant que, tout d'abord, les Demanderesses semblent être d'accord
4 dans leur contre-mémoire. Par exemple, aux paragraphes 283 et 287, elles ont reconnu
5 que : « [...] *des raisons incohérentes, conflictuelles ou frivoles ne sont pas des raisons du*
6 *tout aux yeux du Comité et, par conséquent, ne répondraient pas aux normes*
7 *d'annulation* ». Mais dans leur dernière déposition, cependant, elles ont fait machine
8 arrière et ont critiqué les nombreux Comités qui ont entériné cette approche et elles
9 disent que seule une inaptitude à fournir des raisons, quelles qu'elles soient, pourrait être
10 une erreur annulable.

11 Cette position, beaucoup plus rigide, montre que si vous lisez la Sentence dans ses
12 grandes lignes, si vous n'essayez pas de comprendre le raisonnement, ce n'est pas du tout
13 ce que montre le poids de la jurisprudence (d'ailleurs, le transparent vous le montre) et je
14 crois que cela mettrait vraiment en jeu le sérieux de la procédure CIRDI où les Parties
15 présentent des cas très graves avec des conséquences très importantes. Elles le font avec
16 beaucoup d'effort et, finalement, elles ont droit à une décision dont le raisonnement, aux
17 termes du Comité MINE, peut être vraiment suivi de A à B à C et elles peuvent entériner
18 les conclusions qui ont été données.

19 De même, les Comités ont confirmé que les Parties ont droit à une Sentence qui
20 effectivement traite des questions qui sont présentées dans les procédures sous-jacentes.
21 Les Demanderesses ont essayé de caricaturer cet argument en disant que : « *Nous disons*
22 *que le Tribunal doit couvrir explicitement chaque point soulevé à tout moment par toute*
23 *Partie* ». Or, dans notre mémoire, au paragraphe 622, nous-mêmes nous reconnaissons
24 que ce serait une charge intolérable et cela n'est pas ce qui est requis. Mais nous avons dit
25 que le Tribunal doit traiter de chaque argument crucial qui pourrait avoir un effet
26 déterminant sur le résultat. C'est la conclusion à laquelle est parvenu le Comité MCI et
27 c'est également la conclusion avalisée par le Pr Schreuer, dans son commentaire.

28 Par ailleurs, lorsque la question non-traitée pouvait avoir un effet déterminant sur le
29 résultat, une annulation est nécessaire parce que le Comité peut avoir la discrétion de ne
30 pas annuler si une observation est moindre. Le Comité n'a pas cette discrétion lorsque
31 l'erreur ou le manquement énonçait des raisons qui ont trait à une question déterminante
32 en termes de compétence ou de responsabilité.

33 Ce mécanisme d'autocorrection, inscrit dans le processus de par l'article 52, est essentiel
34 de le maintenir et de l'appliquer scrupuleusement pour maintenir l'intégrité de processus
35 du CIRDI.

36 Voilà ce que je souhaitais dire à cet égard.

37 Mais maintenant, j'aimerais aussi revenir à la demande assez tardive pour l'annulation du
38 rejet, bienfondé par le Tribunal, de la compétence sur des bases *rationne temporis* quant
39 à l'expropriation d'El Clarin qui s'est déroulée il y a plus de deux décennies, avant
40 l'entrée en vigueur du TBI.

1 Le Tribunal, à deux reprises, s'était prononcé contre la position des Demanderesses.
2 Néanmoins, ils auraient pu demander cette annulation si la demande avait été déposée
3 dans les 120 jours, comme stipulé dans le Règlement du CIRDI. Ce faisant, ils auraient
4 encouru tous les coûts de la procédure et le fardeau de la preuve de l'erreur entraînant
5 l'annulation.

6 Au lieu de cela, ils ont essayé d'éviter cet impératif en ne déposant pas de requête et en
7 répondant simplement à la demande du Chili avec un contre argument demandant une
8 annulation partielle sur des bases complètement différentes de celles présentées par le
9 Chili. La jurisprudence rejette, sans équivoque, ces demandes conventionnelles
10 d'annulation.

11 Les Demanderesses disent que ce n'est pas vraiment une demande conventionnelle, c'est
12 plus une stipulation. Elles disent que même si le Chili a demandé l'annulation de
13 l'ensemble de la Sentence, le Comité a l'autorité inhérente d'annuler seulement des parties
14 de la Sentence et donc les Demanderesses peuvent obtenir le même résultat en acceptant
15 l'annulation des Parties qui le souhaitent.

16 Là, le problème est qu'il y a un problème au niveau de la logique : les bases d'annulation
17 sont entièrement différentes. Si le Chili avait présenté des bases d'annulation X, Y et Z, le
18 Comité pouvait les accepter toutes ou simplement une ou deux et, par ailleurs, déterminer
19 ainsi quelles seraient les conséquences aux termes de la Sentence, annulation partielle ou
20 complète du fait du type d'erreur acceptée par le Comité. Mais il n'a pas l'autorité, par
21 ailleurs, de constater une erreur portant annulation sur la base W, jamais affirmée par le
22 Chili, et à laquelle les Demanderesses elles-mêmes ont renoncé en ne demandant pas
23 l'annulation dans les délais voulus.

24 Cela évite, en quelque sorte, la demande reconventionnelle dans l'Affaire *Vivendi I*. Mais
25 là, au contraire, il est dit que : « *Les demandes reconventionnelles qui ne sont pas*
26 *soulevées par les Parties concernées dans le cadre d'une demande séparée,*
27 *conformément à l'article 52, ne sont pas admissibles* ».

28 Le passage que citent les Demanderesses couvre une question différente. Il s'agit de la
29 discrétion qu'a le Tribunal d'annuler l'ensemble de la sentence, s'il accepte des bases
30 présentées par la personne déposant la demande et, par ailleurs, une fois que cette base
31 est définie, c'est au Comité *ad hoc* et non pas à la Partie formulant la demande de
32 déterminer la portée de l'annulation.

33 Cela ne signifie pas non plus que le Comité peut annuler une sentence sur la théorie d'une
34 erreur du Tribunal, ce qui est tout à fait différent de celle présentée, et cela en l'absence
35 d'une demande d'annulation dans les délais par l'autre Partie. Et, nulle part dans la
36 jurisprudence du CIRDI, on ne trouve quoi que ce soit qui appuie cette méthode visant à
37 éviter l'application des Règles du CIRDI.

38 Cette procédure doit être rejetée. Voilà ce que je souhaitais dire pour l'application de ces
39 normes juridiques.

40 Je donne maintenant la parole à mon collègue qui va traiter de l'application des normes
41 dans le cadre de cette Sentence. Je vous remercie.

1 **M. le président** (*interprétation de l'anglais*). – Monsieur Di Rosa ?

2 ➤ **Plaidoirie de Me Paolo Di Rosa pour la République du Chili**

3 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Monsieur le Président, messieurs les
4 membres du Comité, compte tenu du temps disponible, nous n'allons pas traiter de tous
5 les chefs de demande d'annulation du Chili et, pour ceux que nous n'évoquerons pas
6 aujourd'hui, nous nous en remettons à notre demande écrite, mais nous les réaffirmons
7 pleinement aujourd'hui, ici.

8 Afin de faciliter l'examen et l'analyse par le Comité, nous avons distribué, à vous-mêmes
9 ainsi qu'à nos adversaires, les diapositives de notre présentation. Étant donné que nous
10 allons également faire référence à certains éléments du dossier que nous souhaiterions
11 que vous voyiez dans leur contexte, nous allons vous présenter des diapositives qui
12 auront beaucoup de textes. Mais vous n'avez pas besoin de vous fatiguer les yeux pour
13 essayer de lire l'intégralité de ces documents, à ce stade, nous attirerons votre attention
14 sur les éléments sur lesquels nous souhaiterions que vous vous concentriez au cours de
15 cette audience et vous pourrez ensuite examiner les documents pertinents, comme bon
16 vous semble.

17 Par ailleurs, nous soumettons aujourd'hui également, afin de faciliter la tâche du Comité,
18 un graphique représentant les demandes d'annulation, les arguments et nous indiquant où
19 nous avons traité de chaque question. C'est une pièce ayant un effet de démonstration
20 afin de faciliter l'analyse et l'examen du Comité.

21 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je suppose que c'est le graphique qui se
22 trouve à la fin ?

23 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, tout à la fin. Cela commence à la
24 page 84, je crois.

25 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, je vois.

26 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Concernant la structure du reste de notre
27 présentation de ce matin, nous prévoyons de traiter successivement certains chefs de
28 demandes d'annulation organisés cette fois-ci, par souci pratique, par sujet plutôt que par
29 base d'annulation.

30 Spécifiquement, nous allons traiter brièvement des six sujets suivants : nationalité,
31 investissement, propriété, déni de justice, discrimination et procédure conforme au droit.

32 Initialement, Monsieur le Président, nous prévoyons de traiter des deux grands segments
33 « nationalité et investissement » avant la pause, mais puisque nous avons commencé un
34 peu tard, je ne sais pas si vous préférez tout de même que l'on passe en revue tout cela ou
35 plutôt que l'on s'en tienne à la nationalité ? Je pense que cela nous prendra une demi-
36 heure.

37 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Dans la mesure du possible, j'aimerais
38 que l'on suive l'horaire prévu pour les pauses. Pas forcément au temps prévu initialement,

1 mais peut-être disons deux heures après le début puisque nous avons commencé avec un
2 certain retard.

3 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). –Très bien, Monsieur le Président.

4 Si mes collègues sont d'accord, cela voudrait dire que nous ferons la pause à
5 11 heures 15.

6 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Disons entre 11 heures et 11 heures 15.

7 (*Le président s'entretient avec Mme Thériault.*)

8 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Madame Thériault m'indique qu'après
9 mes propos liminaires, nous avons commencé par entendre M. Mori à 9 heures 25. Allez-
10 y, maître.

11 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). –Merci, Monsieur le Président.

12 Commençons par la nationalité.

13 Le Tribunal a commis un certain nombre d'erreurs en fait d'annulation pour ce qui est de
14 la nationalité de M. Pey. C'est une question de seuil critique pour la compétence tant aux
15 termes de la Convention de CIRDI que du TBI Chili-Espagne. J'y ferai donc référence
16 dans cette présentation et je l'appellerai TBI.

17 Tout d'abord, nous allons traiter de la question de la nationalité aux termes de la
18 Convention du CIRDI.

19 Aux termes de la Convention, à cet égard, les impératifs sont très clairs. Au titre de
20 l'article 25, la compétence du Centre ne vaut que pour les différends entre un État
21 contractant et un ressortissant d'un autre État contractant.

22 Par ailleurs, l'Article 25(2)(a), que vous voyez à l'écran, interdit catégoriquement, aux
23 individus qui ont une double nationalité, d'entamer une procès contre l'un ou l'autre de
24 leurs États de nationalité.

25 Comme vous le voyez par cette disposition spécifique, la Demanderesse ne peut avoir été
26 un ressortissant de l'Etat défendeur à deux dates critiques, l'une ou l'autre : la date de
27 consentement à l'arbitrage ou la date à laquelle le CIRDI a enregistré la demande
28 d'arbitrage.

29 Le Tribunal et les Parties sont convenus que, pour cette affaire, les dates critiques étaient
30 le 2 octobre 1997 (date de consentement à l'arbitrage des Demanderesses) et le
31 20 avril 1998 (date de l'enregistrement).

32 La question clé, pour la nationalité au titre de l'article 25, était donc de savoir si M. Pey
33 était encore ressortissant chilien à l'une ou l'autre de ces dates.

34 Le Chili a fait valoir qu'il l'était et que c'est pour cette raison qu'il n'avait pas la
35 possibilité de faire valoir sa demande devant le CIRDI. Les Demanderesses, en revanche,

1 ont dit que ce n'était pas le cas parce qu'à leur sens, à ces dates-là, il avait déjà renoncé à
2 sa nationalité chilienne et, par conséquent, n'avait plus la double nationalité.

3 La question de la renonciation par M. Pey était donc critique en termes de compétence, et
4 cela couvrait trois questions tout aussi importantes.

5 ▪ Premièrement, est-ce que la renonciation volontaire à la nationalité chilienne était
6 même possible aux termes du droit chilien ?

7 ▪ Deuxièmement, est-ce que M. Pey, en fait, avait valablement renoncé à sa
8 nationalité chilienne ?

9 ▪ Troisièmement, l'avait-il fait avant les dates critiques ?

10 La décision du Tribunal, pour chacune de ces trois questions, constituait un excès de
11 pouvoir manifeste puisqu'il n'a pas appliqué le droit applicable. Le Tribunal n'a pas non
12 plus énoncé les raisons qui l'ont amené à ses conclusions les plus importantes.

13 Pour remettre la discussion dans son contexte, il serait utile de passer en revue
14 brièvement les déterminations du Tribunal sur la question du seuil du droit applicable.

15 Au paragraphe 260 de sa Sentence, le Tribunal reconnaît que la détermination pour ce qui
16 est de savoir qui est et qui n'est pas ressortissant d'un État est du ressort de la loi de cet
17 État-là. Il a donc confirmé que c'était bien la loi chilienne qui s'appliquait pour
18 déterminer si M. Pey était un ressortissant chilien ou non.

19 En fait, plus tard dans sa Sentence, note en bas de page 221 que vous voyez à l'écran,
20 (diapositive 22), le Tribunal a fait référence à la législation chilienne comme étant
21 exclusivement applicable pour cette détermination.

22 Le Tribunal a ensuite identifié l'article 11 de la Constitution chilienne comme étant la
23 note spécifique qui régissait la question de la nationalité aux termes de la législation
24 chilienne. Cet article, dont vous voyez le texte intégral à l'écran (diapositive 23), est
25 intitulé : « *Base pour la perte de nationalité chilienne* ». C'était la seule disposition dans
26 l'ensemble de la Constitution qui traitait de cette question.

27 Cet article identifiait seulement cinq causes de perte de nationalité chilienne, qu'il
28 définissait très clairement et très spécifiquement.

29 Comme vous le verrez, en examinant attentivement cet article de la Constitution, la
30 renonciation volontaire ne figure pas parmi les cinq causes de perte de nationalité
31 énumérées dans cette liste.

32 Le Tribunal a reconnu explicitement, au paragraphe 297 de sa Sentence – que vous voyez
33 maintenant à l'écran –, (diapositive 24), cet état de fait, donc le fait que cette disposition
34 ne prévoyait pas explicitement la renonciation. Je cite : « *La Constitution chilienne ne*
35 *prévoit donc pas expressément la renonciation comme une cause de perte de la*
36 *nationalité chilienne* ».

1 De ce fait, la question qui se posait alors était de savoir si la législation chilienne
2 permettait néanmoins la perte de nationalité pour toute cause autre que celles qui
3 figuraient dans la Constitution elle-même.

4 La réponse à cette question aurait dû être « non », car la liste à l'article 11 est visiblement
5 exhaustive, comme cela est démontré par la structure de la clause elle-même que vous
6 voyez de nouveau à l'écran. En particulier, je tiens à attirer l'attention du Comité sur la
7 conjonction « *et* » qui figure à l'écran, en caractères gras, entre les quatrième et
8 cinquième points, à la fin de la liste.

9 Par ailleurs, le Chili a remis des preuves abondantes du fait que l'article 11, pendant des
10 années, avait toujours été interprété de façon uniforme comme étant exhaustif dans la
11 jurisprudence et la doctrine chilienne et comme étant la seule norme du droit chilien
12 régissant la question de la perte de la nationalité chilienne.

13 Ce que vous voyez à l'écran, (diapositive 26), vous montre quelques citations
14 représentatives de la doctrine. Tout cela prédate la déposition de la demande de M. Pey et
15 cela couvre un certain nombre d'années. Toutes soulignent, de façon uniforme, la nature
16 exhaustive de la liste des causes de perte de nationalité figurant à l'article 11 de la
17 Constitution.

18 Quoi qu'il en soit et quels qu'aient été les doutes qui existaient dans l'esprit du Tribunal
19 sur ce point, ils auraient dû être éliminés définitivement par l'élément de preuve le plus
20 concluant imaginable.

21 En 2005, huit ans après les dates critiques au titre de l'article 25, le Congrès du Chili a
22 adopté un amendement constitutionnel qui, pour la toute première fois, a ajouté la
23 renonciation volontaire à l'article 11 comme cause de perte de nationalité. A la suite de
24 l'amendement de 2005, l'article 11 contenait alors ce nouveau libellé que vous voyez en
25 caractères gras à la diapositive que vous voyez à l'écran. L'article 11, en 2005, stipulait :
26 « *La nationalité chilienne se perd [et donc la nouvelle cause figurait en haut de la liste]*
27 *par renonciation volontaire manifestée devant l'autorité chilienne compétente* ».

28 Le fait même que cet amendement ait été promulgué démontre bien qu'avant 2005, la
29 renonciation volontaire n'existait pas comme cause de perte de nationalité. Cela a été
30 confirmé par le Président de la République dans son discours de 2001, où il a soumis
31 l'amendement proposé à l'examen du Congrès.

32 Dans ce discours, le Président de la République a spécifiquement souligné qu'il s'agissait
33 d'une nouvelle cause de perte de nationalité et il a dit, c'est ce que vous voyez à l'écran :
34 « *La proposition consiste à remplacer la cause existante de perte de nationalité au*
35 *moment de l'acquisition d'une nationalité étrangère par une nouvelle cause qui serait la*
36 *renonciation volontaire et expresse à la nationalité chilienne* ».

37 Cela figure dans le rapport au RA-102, « *Discours du 16 janvier 2001* ».

1 ➤ **Questions du Comité ad hoc**

2 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – (*Intervention inaudible hors micro non*
3 *traduite.*)

4 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Par ailleurs, au cours de l'audience de
5 janvier 2007 pour cette Affaire, le Président de la Cour constitutionnelle chilienne a, sans
6 équivoque, formulé sa propre interprétation, à savoir que l'amendement constitutionnel
7 de 2005 avait créé une nouvelle cause de perte de nationalité par renonciation volontaire,
8 qui n'existait pas au préalable dans la législation chilienne.

9 Il a dit, je cite – vous le voyez à l'écran : « *Mon devoir est d'insister, de souligner qu'au*
10 *Chili, avant la réforme constitutionnelle de 2005, il n'y avait pas de renonciation en tant*
11 *que motif de perte de la nationalité* ». Je répète et je cite encore ce qu'a dit le Président de
12 la Cour constitutionnelle : « *Au Chili, il n'y avait pas de renonciation en tant que motif de*
13 *perte de la nationalité chilienne* ». C'est lui qui l'a dit.

14 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Est-ce lui aussi qui, au paragraphe 304 de
15 la Sentence, est appelé « le Pr Cea » ? Mais vous dites qu'il était à l'époque et il est
16 encore le Président de la Cour constitutionnelle du Chili ?

17 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Et cette déclaration a été faite lors de
18 l'audience de janvier 2007 et il est apparu en tant que membre de la délégation du Chili.

19 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Devant qui ?

20 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Devant le Tribunal, le Tribunal final.

21 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je vois. Ils ne font pas référence à son
22 titre en tant que Président de la Cour.

23 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Puisque vous avez évoqué ce point,
24 Monsieur le Président, nous souhaiterions par ailleurs signaler que les références au
25 Pr Cea et à son témoignage, dans les passages de la Sentence que vous mentionnez,
26 déforment gravement ce qu'il a dit au cours de cette audience. Nous demandons
27 instamment au Comité de comparer ce qui est dit par le Tribunal et comme étant dit par
28 le professeur et la transcription. En effet, il n'a pas parlé très longtemps à cette audience,
29 c'est donc une transcription qui n'est pas très longue et nous pouvons vous remettre les
30 citations pertinentes.

31 A notre sens, il ressort inévitablement de tout cela qu'il aurait été impossible, sur le plan
32 juridique, pour M. Pey, de renoncer valablement à sa nationalité chilienne en procédant à
33 une simple déclaration volontaire en 1996 ou 1997, comme il prétend l'avoir fait.

34 Le Tribunal, toutefois, n'est pas parvenu à la conclusion qui semble découler ici
35 manifestement de l'article 11 de la Constitution. Inexplicablement, il a déclaré, au
36 paragraphe 312 de la Sentence, que la renonciation volontaire avait toujours été possible
37 aux termes de la législation chilienne. Cette déclaration était visiblement complètement
38 contraire au texte de l'article 11, en particulier lorsqu'on l'examine à la lumière de
39 l'amendement de 2005, ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine pertinente.

1 Le Tribunal a présenté deux prétendues justifications à ses conclusions pas plausibles.
2 Tout d'abord, il a affirmé au paragraphe 307 de la Sentence – que vous voyez à l'écran
3 maintenant, (diapositive 30) – qu'il n'y avait pas de normes juridiques chiliennes qui
4 établissaient, de façon affirmative, qu'il était impossible de renoncer volontairement à la
5 nationalité chilienne.

6 Nous tenons à faire valoir que cela est aux antipodes de toute règle raisonnable
7 d'interprétation textuelle. L'article 11 identifiait cinq motifs spécifiques de perte de
8 nationalité et la disposition ne suggérait, en aucun cas, que d'autres motifs pourraient être
9 établis par la législation ou autre. Cela impliquait nécessairement qu'il n'y avait pas
10 d'autre motif envisagé. Il n'était pas nécessaire d'avoir une liste séparée éliminant, un par
11 un, tous les autres motifs possibles qui n'étaient pas des motifs admissibles de perte de la
12 nationalité.

13 Aux termes des règles d'interprétation du Tribunal, aucune norme ne signifierait ce qui
14 est dit, à moins qu'il n'y ait, en parallèle, une autre norme qui nierait, de façon
15 affirmative, l'opposé. Il ne peut en être ainsi.

16 La deuxième justification proposée par le Tribunal, pour conclure que la renonciation
17 volontaire était possible...

18 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Avant d'en arriver à la deuxième
19 justification, maître Di Rosa, je reviens au paragraphe 307 que j'ai souligné également,
20 comme vous. Là, il est fait référence à deux décisions : *Vasquez Valencia* et *Turbay* de
21 1989 et 1988. Avez-vous quelque chose à ajouter au sujet de ces décisions ?

22 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Monsieur le Président, à notre sens, ces
23 décisions appuient exactement ce que nous avons dit tout au long de cette procédure
24 d'arbitrage, c'est-à-dire qu'il n'était pas possible de renoncer volontairement à la
25 nationalité chilienne par l'entremise d'une simple renonciation. Ce qui est source de
26 confusion ici, Monsieur le Président, c'est qu'il était possible de perdre la nationalité
27 chilienne, volontairement, lorsque l'on acquérait la nationalité d'un autre état. C'est ce qui
28 a été dit à l'article 11 de la première disposition.

29 Cela signifiait que si quelqu'un allait dans un autre état et acquérait ainsi la nationalité de
30 ce deuxième état, il y avait alors une perte automatique de la nationalité chilienne, et cela
31 avait trait aux anciennes notions de souveraineté de l'Etat et d'éviter la division de la
32 souveraineté. C'est là une règle qui a évolué au fil du temps et les autres états ne l'ont pas
33 appliquée à cette époque, mais c'est resté dans la loi chilienne jusqu'en 2005.

34 Ce type de perte de nationalité, du fait de l'acquisition d'une autre nationalité, donc par la
35 nationalisation, il y est fait référence comme renonçant à l'article 11 initial. Mais ni le
36 Tribunal ni les Demanderesses n'ont fait valoir que cette référence à renoncer fait
37 référence à une renonciation volontaire unilatérale.

38 Cela signifiait simplement que l'on renonçait par l'acquisition d'une autre nationalité.
39 C'était donc une perte de nationalité automatique et non pas une déclaration unilatérale.
40 Cela a été source de confusion dans la discussion. Nous pensons que le Tribunal s'est
41 saisi de certains passages de cette décision qui, en dernière analyse, ratifiaient la notion

1 selon laquelle il n'était pas possible, simplement sur une base volontaire, de déclarer sa
2 propre perte de nationalité chilienne.

3 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Qu'en est-il de la situation *Witker*, dans
4 le canal des membres du panel d'arbitrage initial ?

5 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – C'était vraiment un cas de figure que ce
6 *M. Witker*, à savoir un Chilien qui avait acquis la nationalité mexicaine et qui, de ce fait,
7 avait perdu sa nationalité chilienne. Il y avait également des controverses autour de cette
8 question et il a donc dû se retirer. Mais, à notre sens, il n'était pas ressortissant chilien à
9 l'époque.

10 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Mais volontairement, il a renoncé à sa
11 nationalité chilienne ?

12 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, de par l'acquisition de la nationalité
13 mexicaine. C'était la seule façon de perdre la nationalité chilienne, à l'époque, c'est-à-dire
14 par un acte volontaire.

15 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Vous revenez au 11(1) de la Constitution
16 originale ? Pouvez-vous nous ramener à l'article 11, s'il vous plaît ?

17 (*Le Président poursuit en français*)

18 Il est noté : « [...] *sans renoncer à leur nationalité chilienne* [...] ».

19 (*Le Président reprend en anglais*)

20 Donc je ne pense pas que cela s'applique, en l'occurrence.

21 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, là, cela fait référence à l'acte
22 d'acquisition de la nationalité chilienne par la nationalisation d'un autre Etat.

23 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Mais la nationalité chilienne, sans
24 renoncer.

25 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui. Cette question n'avait pas fait l'objet
26 de débats, Monsieur le Président, dans la législation chilienne, à l'époque.

27 Il était très clair que, lorsqu'un ressortissant chilien obtenait la nationalité d'un Etat tiers,
28 à ce moment-là, il perdait automatiquement sa nationalité chilienne. Cela occasionnait
29 certains problèmes aux ressortissants chiliens qui obtenaient la nationalité par
30 nationalisation d'autres Etats dans lesquels ils avaient émigré, car, dans certains cas, ils
31 avaient besoin d'obtenir la nationalité de l'Etat de destination, par exemple pour avoir une
32 autorisation, un permis de travail. Bon nombre d'entre eux ne souhaitaient pas perdre
33 automatiquement leur nationalité chilienne du fait de l'obtention de cette autre
34 nationalité.

35 C'est ce qui, en dernière analyse, a abouti à la réforme constitutionnelle de 2005 qui a
36 alors permis la renonciation volontaire, lorsqu'ils le souhaitaient, mais ils ne perdaient

1 plus automatiquement leur nationalité chilienne, comme c'était le cas dans le cadre du
2 régime précédent, c'est-à-dire la Constitution de 1980 et qui est restée en vigueur sans
3 interruption – pour ce qui est de cet article du moins et cette disposition spécifique –
4 jusqu'à l'amendement de 2005.

5 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Vous maintenez donc qu'au
6 paragraphe 307, lorsque le Tribunal dit que : « *De l'avis du Tribunal arbitral, la*
7 *défenderesse [donc le Chili] n'est pas parvenue à apporter une démonstration*
8 *convaincante de l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation*
9 *volontaire à la nationalité chilienne, en l'absence de textes précis et de jurisprudence*
10 *pertinente* ».

11 Vous dites qu'ils avaient tort, c'est cela ?

12 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, Monsieur le Président. Ils avaient
13 tout à fait tort.

14 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Et vous dites que rien ne justifiait cela ?

15 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Si l'on étudie toutes les décisions
16 judiciaires, toute la doctrine, les rapports d'experts soumis par le Chili, vous aboutirez,
17 sans équivoque, à la conclusion qu'il n'était pas possible de renoncer simplement de
18 façon unilatérale sans obtenir une autre nationalité.

19 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, pour ne pas devenir apatride.

20 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, oui, il y a cette préoccupation de ne
21 pas devenir apatride. Mais par ailleurs, la façon dont les personnes perdaient leur
22 nationalité chilienne, par l'obtention d'une autre nationalité, était vraiment la seule façon,
23 par un acte affirmatif, de perdre votre nationalité. Mais tel n'était pas le cas de M. Pey : il
24 n'a pas obtenu de façon affirmative la nationalité d'un autre Etat. En réalité, il y avait une
25 double nationalité : il a renoncé à l'une et gardé l'autre. Mais, dans le droit chilien, ce
26 n'était pas possible. C'est justement là le cœur de la question.

27 **M. le Pr P. Bernardini** (*interprétation de l'anglais*). – Monsieur Di Rosa, je ne sais pas
28 si vous allez aussi évoquer ce point, que j'aimerais approfondir avec votre aide. A votre
29 avis, quel serait l'effet de certaines conventions internationales auxquelles le Chili était et
30 est encore partie, qui permettent la renonciation à la nationalité ? Dans l'interprétation du
31 droit chilien, cela fait partie intégrante de la législation chilienne et ces conventions
32 doivent être pertinentes aussi ? J'aimerais avoir votre réaction à cet égard.

33 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Nous comptons en parler, mais si vous le
34 voulez bien, nous allons l'évoquer brièvement maintenant.

35 Il est fait référence à ces traités dans la Sentence, mais le Tribunal a dit spécifiquement
36 que ces traités n'étaient pas applicables ici, car la Demanderesse était ressortissant
37 espagnol et que l'Espagne n'était Partie à aucun de ces traités. Quelqu'un peut-il essayer
38 de me trouver cette citation 313 ? (*Me Di Rosa s'adresse aux membres de son équipe.*)

1 **M. le Pr P. Bernardini** (*interprétation de l'anglais*). – Le Tribunal dit que cela n'est pas
2 directement applicable, mais le Tribunal dit, par ailleurs, qu'elles sont pertinentes au
3 moment d'interpréter le système juridique chilien. Je souhaitais simplement entendre vos
4 commentaires.

5 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Je pense que ces traités, le Chili les avait
6 signés. Il y avait certaines dispositions qui n'étaient pas pleinement conformes à la
7 législation en place au Chili, ou du moins pas avec les dispositions de la Constitution. Là,
8 je reviens au paragraphe 313 : cela fait partie des éléments qui ont aussi abouti à
9 l'amendement de la Constitution, cela afin de moderniser la législation chilienne à cet
10 égard. Mais il était inconstitutionnel, aux termes de la législation chilienne, à l'époque,
11 d'essayer ou d'obtenir une renonciation unilatérale à la nationalité chilienne dans le cadre
12 d'une simple renonciation volontaire. Cet amendement constitutionnel visait justement,
13 en partie, à faire en sorte que le régime constitutionnel, qui régissait la perte de
14 nationalité, s'aligne sur certaines tendances qui prévalaient dans la règle internationale.

15 Mais à l'époque, il n'était pas possible de le faire sur le plan juridique. Ce n'étaient peut-
16 être pas les règles les plus modernes – et effectivement, c'est peut-être une règle assez
17 vieillotte –, mais c'était la législation qui prévalait au Chili, à l'époque. Je pense que le
18 Tribunal avait l'obligation d'appliquer la législation chilienne, telle qu'elle existait à
19 l'époque et pas comme le Tribunal pensait qu'elle aurait dû exister. Le Tribunal ne
20 pouvait pas décider que c'était une règle dépassée ou non souhaitable sur le plan
21 normatif, il n'avait pas la latitude de réinterpréter le régime constitutionnel tel qu'il
22 existait à cette époque. C'est ce que nous souhaitons dire à ce stade sur cette question,
23 monsieur le Professeur Bernardini.

24 **M. le Pr P. Bernardini** (*interprétation de l'anglais*). - Merci.

25 **Pr A. S. El-Kosheri** (*interprétation de l'anglais*). – Simplement, à titre d'information,
26 quelle serait la règle générale applicable pour ce qui est du système juridique national ?
27 Et les conventions internationales, est-ce qu'elles sont considérées comme faisant partie
28 intégrante du système juridique ou est-ce qu'elles ne font pas partie de ce système ? Et
29 est-ce qu'elles ont une suprématie par rapport à cette législation, et même peut-être par
30 rapport à la Constitution, par référence aux traités internationaux et aux dispositions et
31 règles du droit international, comme cela est le cas dans certains autres pays ?

32 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – C'est une excellente question. Les traités
33 faisaient partie du système juridique interne du Chili, c'est clair. Le problème qui se
34 pose, comme vous l'avez indiqué à juste titre, c'est la question de la suprématie. Il n'y a
35 pas de normes du droit chilien qui avait la suprématie sur la Constitution. En dernière
36 analyse, nous pensons que c'était vraiment cela l'enjeu, ici. Peut-être y avait-il
37 incohérence entre certaines dispositions de certains traités ratifiés par le Chili et qui
38 n'étaient pas conformes sur ce point spécifique à la Constitution.

39 Mais la Constitution avait la suprématie et donc, il n'était pas possible d'avoir ce type de
40 renonciation. En l'occurrence, le droit chilien était un peu à la traîne des coutumes
41 internationales (on a reconnu cela) et c'est en partie - et compte tenu aussi des problèmes
42 pratiques que connaissaient bon nombre de Chiliens à l'étranger - ce qui a abouti à cet

1 amendement de la Constitution. Mais aux termes de la Constitution, à l'époque, il n'était
2 pas possible de procéder ainsi.

3 Dans certains cas, cela aurait pu à aboutir à un conflit. Par exemple, il y aurait un débat
4 aux termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dans un cas où un
5 ressortissant de l'une des Parties ou l'un des traités auxquels le Chili était partie était
6 concerné.

7 Mais le problème, là, est que l'Espagne n'était pas partie à l'un quelconque de ces traités
8 qui ont été invoqués : les seuls traités ratifiés par le Chili qui envisageaient cette notion
9 de renonciation, sans priver les personnes de leur nationalité, étaient des traités auxquels
10 l'Espagne n'était pas partie. Il n'y avait aucun traité de ce type auquel l'Espagne était
11 partie et c'est pourquoi cela ne s'appliquait pas.

12 Autre chose : un certain nombre de ces traités, qui ont été invoqués ici, prévoient le droit
13 de changer de nationalité, mais pas nécessairement – ce qui n'est d'ailleurs pas contraire
14 à ce que dit la Constitution – d'y renoncer volontairement. Il y a donc certaines nuances,
15 même à l'intérieur des traités. Mais la chose importante, c'est qu'ils ne s'appliquaient pas
16 ici parce que le Demandeur était espagnol et que l'Espagne n'était pas partie aux traités.

17 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je vous remercie.

18 La deuxième justification du Tribunal arbitral pour conclure qu'une renonciation
19 volontaire était possible ?

20 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Je vais le faire et peut-être reviendrons-
21 nous à d'autres discussions sur ce point au cours.

22 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je vous remercie.

23 ➤ **Plaidoirie de Me Paolo Di Rosa pour la République du Chili (suite)**

24 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – J'en viens à la deuxième justification du
25 Tribunal pour conclure qu'une renonciation volontaire était possible aux termes du droit
26 chilien, était que les textes de l'article 11 étaient ambigus et, par conséquent, qu'il fallait
27 considérer qu'ils étaient non exhaustifs, tel que c'est dit au paragraphe 307 de la Sentence
28 qui apparaît maintenant... Pardonnez-moi, il s'agit du 308 où il déclare explicitement son
29 interprétation, à savoir que l'article était ambigu et qu'il ne peut pas être interprété
30 comme étant exhaustif.

31 Les membres du Comité peuvent eux-mêmes décider de la question de savoir s'il y avait
32 une ambiguïté dans l'article 11 ou même s'il y avait une marge raisonnable de possibilité
33 d'interprétation. Mais un Tribunal ne peut pas simplement prendre une norme juridique
34 qui dit, par exemple : « Les couchers de soleil peuvent être jaunes, rouges ou verts » et,
35 ensuite, déclarer que c'est ambigu simplement pour justifier une conclusion suivant
36 laquelle les couchers de soleil peuvent également être verts. Il y a une limite à la marge
37 discrétionnaire d'un Tribunal dans la façon dont il peut interpréter et appliquer le droit
38 qui s'applique et, lorsque ces limites sont dépassées, cela constitue une erreur entraînant
39 annulation. Toute autre conclusion rendrait dépourvue de signification l'exigence suivant

1 laquelle un Tribunal doit appliquer le droit qui s'applique. Cela rendrait également vide
2 la norme d'annulation qui a pour but de rectifier les manquements à l'application du droit
3 que l'on convient.

4 De toute manière, après avoir surmonté, essentiellement par (?), la question de savoir si
5 la liste constitutionnelle est exhaustive ou non, le Tribunal devait encore évaluer une
6 autre question, à savoir si la renonciation volontaire de nationalité était envisagée par des
7 normes autres que l'article 11 de la Constitution. N'oubliez pas que le Tribunal lui-même
8 avait confirmé que son devoir était d'appliquer le droit chilien et uniquement le droit
9 chilien pour cette question. Cependant, sur cette question, le Tribunal, là encore, a
10 manqué à son devoir en faisant de vagues références au soi-disant esprit de la
11 Constitution chilienne. Le Tribunal arbitral a fondé ses conclusions sur des spéculations
12 en ce qui concerne le but éventuel de certains motifs de perte de nationalité dans le droit
13 chilien et sur la pertinence affirmée, dans ce contexte, de l'apatridie.

14 En d'autres termes, le Tribunal a déstatué en essayant de deviner, de se livrer à des
15 conjectures quant à l'objectif du droit chilien pertinent plutôt qu'en se fondant sur le texte
16 du droit.

17 Vous verrez à l'écran le transparent 32, paragraphe 315, où le Tribunal parle de cette
18 notion de « l'esprit du droit chilien ». Il s'agissait d'un excès de pouvoir manifeste. La
19 seule fonction du Tribunal était de savoir quelles étaient les normes juridiques chiliennes
20 pertinentes et, ensuite, de les appliquer telles qu'elles auraient appliquées au Chili. Il
21 n'avait pas le droit de simplement s'aventurer dans des spéculations sur l'esprit de la
22 Constitution, tout en ignorant des preuves abondantes sur lesquelles les législateurs
23 chiliens voulaient que l'article 11 soit strictement interprété ou que les tribunaux chiliens
24 avaient interprété l'article 11 comme exhaustif. Le Tribunal a adopté une
25 interprétation de l'article 11 qui était totalement contraire à son texte et à son
26 interprétation par les tribunaux chiliens et le Président de la Cour constitutionnelle
27 chilienne, contraire à son interprétation par le Président du Chili et par le Congrès chilien
28 et contraire à la façon dont les juristes chiliens le comprennent.

29 Il ne s'agit pas simplement d'une erreur de droit, c'est-à-dire, Monsieur le Président, ce
30 dont vous avez parlé précédemment, donc en dehors de la portée d'un examen
31 d'annulation, non, il s'agit d'une inaptitude totale à appliquer le droit que le Tribunal lui-
32 même avait considéré comme exclusivement applicable. Dans ce contexte, je vous
33 rappellerai ce que j'ai dit, à savoir que le Tribunal lui-même avait reconnu que l'article 11
34 n'envisageait pas de renonciation volontaire comme motif de perte de nationalité
35 chilienne.

36 En fait, il y avait un transparent que j'avais montré précédemment, Monsieur le
37 Président. Il s'agit du transparent 24, paragraphe 297 de la Sentence.

38 *(Poursuite hors micro, donc hors interprétation.)*

39 Il semble clair que le Tribunal a été motivé – en tout cas partiellement – par une
40 conviction apparente, que le droit chilien pertinent n'était pas raisonnable ou était
41 dépassé, comme je l'ai dit. Mais comme l'a prouvé le Tribunal dans l'Affaire *Soufraki*, il
42 n'incombe pas à un Tribunal de fonder ses décisions sur des considérations normatives

1 de cette nature. Un Tribunal a l'obligation d'appliquer le droit qui s'applique tel qu'il le
2 trouve, en laissant de côté des jugements sur la politique.

3 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

4 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je reprends ici la question qui vous a été
5 posée par le Pr Bernardini. Le paragraphe 315 ne dit pas simplement que l'amendement
6 constitutionnel de 2005 ne fait que confirmer ce qui a toujours été l'esprit du droit chilien,
7 mais ils le disent, si j'ai bien suivi le raisonnement, parce qu'ils voulaient que leur
8 Constitution soit conforme à la Convention interaméricaine sur les Droits de l'Homme.
9 C'est ce sur quoi le Pr Bernardini avait attiré votre attention.

10 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – En effet.

11 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Alors, s'agit-il vraiment d'un excès de
12 pouvoir manifeste ?

13 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Non, non, je pense que c'est précisément
14 ce que je disais, Monsieur le Président, à savoir que le fait était qu'il y avait
15 incompatibilité entre la Constitution et certaines des clauses du traité de Droits de
16 l'Homme et c'est la Constitution qui a prévalu. Par conséquent, sur le plan formel, il
17 n'était pas constitutionnel d'avoir ce type de renonciation volontaire ; vous ne pouviez
18 pas procéder de cette manière aux termes du droit chilien. Il y avait ces traités qui le
19 disaient, bien sûr, mais il s'agissait d'une situation dans laquelle c'est la Constitution qui
20 a prévalu.

21 L'article 11 ne permettait pas de faire certaines choses qui étaient dites par le traité des
22 Droits de l'Homme. Il y avait certaines marges d'interprétation, évidemment, pour savoir
23 si le traité des Droits de l'Homme entraînait directement en conflit parce qu'il parle du droit
24 de changer de nationalité, ce qui est légèrement différent. Disons qu'il n'y avait pas
25 vraiment de conflit ou d'incompatibilité directe, mais qu'il y avait tout de même place
26 pour une certaine harmonisation, ce qui a été fait par la réforme. Mais à certains égards,
27 ce paragraphe confirme simplement que la Constitution ne le permettait pas et que la
28 réforme permet à la Constitution chilienne de s'aligner sur la Convention des Droits de
29 l'Homme du système interaméricain et permet la renonciation volontaire à une
30 nationalité. Le paragraphe, à la fin, accepte implicitement l'idée que la Constitution
31 chilienne et même le droit chilien ne permettaient pas la renonciation avant cet
32 amendement. Ce qu'il dit, c'est que l'esprit de ce droit était conforme à cette
33 renonciation. Mais en fait, implicitement, il reconnaît qu'on ne pouvait pas procéder de
34 cette manière jusqu'à ce moment-là, et le Tribunal n'était pas habilité à amender la
35 Constitution.

36 En fait, c'est ce qu'ils ont fait, parce qu'ils ont pris le droit, la loi telle quelle était là et,
37 au lieu de l'appliquer telle qu'il le fallait, ils ont dit : « Nous pensons que ce n'est pas
38 dans le droit fil du droit chilien en général et pas conforme à l'esprit du droit
39 international qui peut s'appliquer sur ce sujet. Par conséquent, nous allons ignorer cette
40 clause et, au lieu de cela, nous allons interpréter cette clause comme étant une clause
41 ambiguë et, par conséquent, on peut renoncer de cette manière ».

1 Donc, il s'agit d'un excès de pouvoir manifeste parce que le fait de prendre une clause
2 telle qu'elle figure - une clause qui était très claire - et de l'ignorer, c'était une inaptitude à
3 appliquer le droit qui convenait et donc il s'agissait d'un excès de pouvoir manifeste,
4 Monsieur le Président.

5 Comme ma collègue Jean Kalicki vous l'a dit, le devoir d'un Tribunal, lorsqu'il veut
6 déterminer ce qu'est un droit national, par opposition à ce qu'il devrait être, est d'essayer
7 d'appliquer le droit qui s'applique conformément à la jurisprudence nationale et
8 l'interprétation donnée par les autorités judiciaires de l'Etat, l'interprétation qui prévaut.
9 C'est exactement ce que le PCIJ avait dit, à savoir qu'il a confirmé que : « *Un Tribunal*
10 *violerait l'obligation à appliquer le droit national qui convient s'il devait l'appliquer*
11 *d'une manière différente de la manière dont laquelle ce droit s'appliquerait dans le pays*
12 *dans lequel il est en vigueur* ».

13 Précisément, cela fait partie de notre objection à ce qui a été fait ici par le Tribunal,
14 Messieurs les Membres du Comité, à savoir que non seulement ils ont interprété d'une
15 manière qui n'était pas cohérente avec les dispositions de la Constitution, mais également
16 ils ont ignoré le poids relativement uniforme ou totalement uniforme de la jurisprudence
17 et de la doctrine chilienne.

18 A cet égard, nous avons pensé qu'il était de l'obligation d'essayer de voir exactement
19 quelle était l'interprétation du droit chilien par les autorités chiliennes sur cette question.
20 Ils ont simplement, en bloc, négligé l'interprétation très cohérente de la Cour et des
21 juristes sur ces points.

22 Pour réévaluer cette question, il n'est pas nécessaire de revoir tout le dossier – le fait que
23 le tribunal n'ait pas réussi à appliquer la loi est totalement manifeste –, mais simplement
24 de regarder et de passer en revue toutes les normes pertinentes, les normes qui auraient
25 dû être appliquées par le Tribunal, en particulier cette clause constitutionnelle ; et nous
26 avons maintenant parallèlement les deux clauses constitutionnelles : avant et après
27 l'amendement de 2005.

28 Nous pensons que si le Tribunal avait appliqué le droit qui convient, il aurait décidé
29 qu'une renonciation unilatérale de la nationalité n'était pas possible au Chili jusqu'en
30 2005. Ceci aurait signifié que M. Pey était encore ressortissant chilien entre les deux
31 dates critiques (1997-1998) et que le Tribunal ne pouvait donc entendre ses requêtes. Le
32 droit nous obligeait à adopter cette conclusion. En fait, deux tribunaux sont arrivés à cette
33 conclusion au cours de cet arbitrage. Ensuite, la Sentence a totalement déraillé dans des
34 circonstances assez obscures.

35 J'aimerais maintenant parler d'une question séparée, Monsieur le Président : il s'agit du
36 fait qu'indépendamment de la question de savoir ce qu'était le droit chilien et de savoir
37 s'ils l'ont appliqué, il y a eu une autre étape qu'il aurait fallu parcourir pour arriver à un
38 résultat. En droit, il n'est pas suffisant de dire : « Oui, en effet, il était possible, aux
39 termes du droit chilien, de renoncer volontairement à la nationalité », mais il fallait
40 également qu'ils franchissent une étape supplémentaire, à savoir établir que M. Pey avait
41 renoncé à sa nationalité.

1 J'aimerais maintenant parler de certaines erreurs qui ont été commises par le Tribunal en
2 ce qui concerne le fait que M. Pey n'a pas vraiment réussi à renoncer à sa nationalité,
3 c'est-à-dire que, même en *exceptio arguendo* l'idée que le droit chilien permettait à des
4 personnes de renoncer volontairement à leur nationalité chilienne, la question est de
5 savoir si M. Pey l'a fait. Et même s'il l'a fait, est-ce qu'il l'a fait avant la date critique aux
6 termes de l'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI ?

7 Le Tribunal ne s'occupe même pas de cette question. Après avoir déclaré que l'esprit du
8 droit chilien permet une renonciation volontaire, le Tribunal a ensuite survolé la question
9 de savoir quand et à quel moment M. Pey a renoncé à sa nationalité au sens
10 bureaucratique du terme. Monsieur Pey dit qu'il a renoncé à la nationalité chilienne, tout
11 d'abord, en 1996 et au début de 1997, grâce à deux lettres qui notifiaient les autorités
12 chiliennes et espagnoles son changement de domicile. La convention de double
13 nationalité du Chili exige que les doubles nationaux déclarent une résidence légale dans
14 l'un des deux pays pour décider de la nationalité qui sera la nationalité dominante et
15 effective de la personne, du double national. Les deux lettres de M. Pey se sont
16 contentées d'exécuter cette obligation. Mais comme le Tribunal l'a dit expressément au
17 paragraphe 294 de la Sentence, changer sa résidence n'est pas la même chose que de
18 renoncer à sa nationalité.

19 Au paragraphe 294 de la Sentence, le Tribunal a donc correctement rejeté l'argument des
20 Demanderesses, à savoir que M. Pey avait renoncé à sa nationalité chilienne en vertu de
21 ses changements de domicile.

22 Le document plus important, aux fins de cette procédure d'annulation, est une déclaration
23 faite par M. Pey au Consulat espagnol à Mendoza, en Argentine, à la mi-septembre 1997,
24 c'est-à-dire deux semaines avant la première date critique pour la compétence du CIRDI,
25 soit le 2 octobre 1997. Le fait qu'il ait essayé d'avoir cette renonciation unilatérale deux
26 semaines, avant la date à laquelle il a consenti à l'arbitrage, montre que M. Pey a essayé
27 à la dernière minute, de manière désespérée, de se débarrasser de sa nationalité, comme si
28 c'était une peau dont il ne voulait plus, pour surmonter l'interdiction de la Convention du
29 CIRDI en ce qui concerne les demandes de doubles nationaux. Pour une raison non
30 expliquée, M. Pey n'a pas présenté ces déclarations à un officiel chilien, soit à l'intérieur
31 du Chili, soit en dehors du Chili, mais comme vous pouvez le voir, il a présenté cela à un
32 Consulat espagnol en Argentine ! Nous avons ici le texte de la déclaration.

33 Dans la Sentence, le Tribunal n'explique pas le problème évident de savoir comment
34 M. Pey peut avoir, de manière effective, renoncé à sa nationalité chilienne, au sens
35 juridique, avant d'avoir même informé une autorité chilienne quelle qu'elle soit. De toute
36 évidence, on ne peut perdre sa nationalité simplement en déclarant qu'on la perd. Par
37 exemple, moi, je ne peux pas tout d'un coup trotter en dehors de cette salle et vous
38 dire : « Je ne suis plus ressortissant des Etats-Unis ». Bien sûr, je pourrais le faire, mais
39 évidemment cela n'aurait aucun sens. En utilisant le même raisonnement, il ne suffit pas
40 de faire une déclaration à un responsable d'un pays tiers qui n'a rien à voir dans ce
41 problème. Il n'y a aucun pays dans le monde dont la nationalité peut faire l'objet d'une
42 renonciation valide, sans avoir un préavis, sans avoir notifié les autorités pertinentes et
43 sans qu'il y ait un enregistrement officiel de cette notification de la part de ces autorités
44 pertinentes.

1 Ce principe ne s'applique pas uniquement à la nationalité. D'ailleurs, il y a un certain
2 nombre de statuts juridiques que l'on ne peut pas simplement modifier en déclarant qu'on
3 les change. Par exemple, on ne peut simplement dire : « Je me suis déclaré en faillite » ou
4 bien « Je suis maintenant divorcé » ou bien encore « Je viens d'adopter un enfant ». Ce
5 sont là des statuts qu'une simple déclaration ne peut pas modifier, mais pour qu'ils soient
6 vraiment effectifs sur le plan juridique, il faut qu'il y ait un minimum de notification aux
7 autorités pertinentes et, en général, il doit y avoir enregistrement ou inscription ou
8 confirmation par ces autorités. D'ailleurs, M. Pey n'aurait pas pu déclarer
9 unilatéralement qu'il renonçait à la nationalité chilienne, devant un Consulat espagnol,
10 sans avoir notifié les autorités chiliennes. Ou alors, il aurait pu le faire, bien sûr, mais il
11 n'aurait pas pu s'attendre à ce qu'une telle déclaration ait un effet juridique.

12 Mais le Tribunal le dit, au paragraphe 317, qu'à cette date, c'est-à-dire le 16 septembre
13 1997, M. Pey Casado...

14 **M. le Président.** – ...auprès du Consulat d'Espagne à Mendoza, en Argentine ?

15 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, mais c'était devant un Consulat
16 espagnol et pas du Chili et cela n'était pas, comme cela, en sortant d'un quelconque
17 bâtiment.

18 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, mais vous voulez dire... Vous avez
19 raison et c'est moi qui me trompe.

20 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Nous pensons qu'il s'agissait d'une
21 question seuil pour le Tribunal. Mais après avoir conclu que la renonciation volontaire
22 était légalement possible au Chili, il semble avoir conclu, de manière non plausible et
23 illogique, qu'une telle renonciation pouvait se faire sans prendre des mesures
24 administratives ou bureaucratiques auprès des autorités chiliennes pour que cela existe
25 aux termes du droit chilien.

26 En outre, le fait que le Tribunal ne se soit pas penché sur les incidences juridiques de la
27 question de notification aux autorités chiliennes a déterminé le résultat : les Parties et le
28 Tribunal ont convenu que la notification de la prétendue renonciation de M. Pey n'a pas
29 été communiquée aux autorités chiliennes avant au plus tôt juillet 1998. C'est la
30 communication qui figure à l'écran. Dans la diapositive que vous voyez, c'est la première
31 fois que la renonciation - ou prétendue renonciation - a été soumise à l'attention des
32 autorités chiliennes. Il s'agissait d'une note diplomatique qui a été envoyée par
33 l'Ambassade espagnole de Santiago au ministre chilien des Affaires étrangères, le
34 7 juillet 1998, c'est-à-dire après que les deux dates critiques étaient dépassées. Cela a été
35 reçu le 10 juillet 1998 par le ministère chilien, donc deux dates après les deux dates
36 critiques aux termes de l'article 25(2)(a).

37 Et en n'arrivant pas à rejeter cet argument, le Tribunal n'a pas pu appliquer
38 l'article 25(2)(a) de la Convention et, cela dit, a excédé ses pouvoirs de manière
39 manifeste.

40 La Sentence est également annulable parce qu'il n'a pas déclaré le motif en ce qui
41 concerne ces questions clés.

1 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je voudrais bien m'assurer que je suis
2 absolument chacun des éléments de votre argumentation orale. Où est-ce que je trouve
3 cela dans la Sentence ? Si j'arrive à trouver dans la Sentence, où cela se trouve-t-il dans
4 la Sentence ?

5 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Je vais demander à mes collègues de
6 vérifier. Je ne sais pas. C'est 317.

7 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je vous remercie, c'est 317, comme vient
8 de le dire le Dr El-Kosheri. En fait, il s'agit à la fois de septembre 1997 et du 4 août 1998.
9 Ce sont ces deux déclarations qui figurent dans le même paragraphe.

10 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Je m'excuse, monsieur le président, y a-t-il
11 encore des questions que vous souhaiteriez me poser ?

12 **M. le Président**. - Non, j'étais en train de lire le paragraphe 318 parce que le Tribunal ne
13 semble pas faire remarquer que le 4 août 1998 se situait après les deux dates critiques,
14 comme vous nous l'aviez rappelé précédemment. Ils disent ensuite 318, et c'est leur
15 déclaration 318. Je vous remercie.

16 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, alors précisément, c'est ce que j'étais
17 sur le point de vous dire, monsieur le président, à savoir que le Tribunal, dans sa
18 Sentence, pour un grand nombre de ces questions, n'a jamais donné le motif, y compris
19 cette question de savoir à quel moment M. Pey avait véritablement renoncé, même s'il
20 pensait qu'il pouvait le faire sur le plan juridique, à quel moment cela a vraiment été fait.
21 Ils ont survolé les dates et l'importance des dates aux fins de l'article 25-2(a) de la
22 Convention.

23 Alors, simplement une question de précision, Monsieur le Président. Vous avez parlé de
24 cette date du 4 août 1998 figurant au paragraphe 317 : en fait, c'était la date à laquelle
25 nous pourrions dire qu'il y a eu une forme de reconnaissance, par le Chili, de la présumée
26 renonciation.

27 Cette date est postérieure aux deux dates critiques, mais nous n'en avons pas parlé dans
28 nos présentations, car il s'agit d'une inscription faite par un fonctionnaire en se fondant
29 sur cette communication en ce qui concerne cette renonciation alléguée. Le Chili estime
30 que cette inscription, manuscrite sur ce dossier qui figurait à l'état civil au Chili, reflétait
31 un acte d'un fonctionnaire tout à fait subalterne et ne constituait pas de reconnaissance
32 officielle, quelle qu'elle soit, de la validité juridique de cette tentative de renonciation de
33 M. Pey.

34 De toute façon, nous pensons que, même si l'on reconnaît qu'il s'agit d'une
35 reconnaissance valide de la part de l'Etat chilien, cette tentative de négociation, cela s'est
36 fait tout de même après la date critique et donc n'entraîne pas dans le cadre de la
37 compétence du CIRDI.

38 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Avez-vous des commentaires en ce qui
39 concerne - je n'aime pas utiliser ce terme « critique » - cette « critique » du Tribunal (note

1 de bas de page 207) qui porte directement sur cet acte du 4 août 1998 auquel vous venez
2 de faire référence (RA-104) ?

3 Vous n'êtes pas obligé de répondre maintenant, mais je vous serais reconnaissant, à vous
4 ou à quelqu'un de votre équipe, de faire un commentaire sur cette question, à un moment
5 ou un autre si vous le pouvez, avant de vous rasseoir.

6 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Je vous remercie. Je vais voir avec mon
7 équipe sur cette question, Monsieur le Président.

8 Donc, j'étais en train de vous parler du fait qu'il n'y a pas défaut de motif sur cette
9 question, tout simplement parce que le Tribunal n'a pas présenté de raison dans la
10 Sentence pour ses conclusions, à savoir que la déclaration de M. Pey auprès des officiels
11 espagnols, en Argentine, pouvait représenter une renonciation valable de nationalité.
12 Bien sûr, ils ont dit n'avoir pas pu identifier de condition et il en est ainsi parce qu'il
13 n'était pas possible de renoncer, grâce à une simple renonciation volontaire. C'est la
14 raison pour laquelle aucune procédure n'avait été envisagée.

15 Le Tribunal n'a pas expliqué non plus – nous en avons discuté – la date à laquelle il était
16 estimé que la renonciation de M. Pey était devenue effective sur le plan juridique, ce qui
17 était essentiel aux fins de l'article 25(2)(a).

18 Toutes ces questions étaient suffisamment importantes et elles justifiaient une explication
19 pour que l'on puisse suivre le raisonnement du Tribunal de A à B. Mais le Tribunal n'a
20 fait aucun effort pour fournir des justifications ou des explications sur ces points. Par
21 conséquent, au titre de l'article 52(e) « défauts de motif », la Sentence peut être
22 annulable.

23 Monsieur le Président, si cela convient au Comité, j'aimerais continuer très brièvement
24 sur cette question de nationalité. Je ne parlerai pas de la Convention CIRDI, mais du
25 Traité Bilatéral d'Investissement (TBI). Ensuite, nous verrons si nous voulons une pause
26 ou si nous continuons gaillardement.

27 **M. le président** (*interprétation de l'anglais*). - Etes-vous en forme ?

28 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, trois ou quatre minutes.

29 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Pour moi, cela va. Mais je pense aux
30 sténotypistes.

31 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Trois minutes, Monsieur le Président et
32 j'en aurai terminé. Tout dépendra des questions que vous me poserez.

33 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Entendu.

34 ➤ **Plaidoirie de Me Paolo Di Rosa pour la République du Chili (suite)**

35 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Jusqu'à maintenant, nous avons discuté des
36 exigences de la Convention CIRDI en matière de nationalité. Je vais maintenant en parler
37 dans le contexte du TBI.

1 Sur ce point, nous aimerions insister sur le fait que le Tribunal n'a pas tenu compte du fait
2 que conformément à l'article 2 de la Convention de double nationalité, qui était en
3 vigueur entre le Chili et l'Espagne et qui régissait le statut juridique de M. Pey et sa
4 nationalité aux termes de ce traité, la véritable nationalité de M. Pey à l'époque de
5 l'investissement présumé était exclusivement chilienne. Par conséquent, à toute fin
6 juridique, il était exclusivement chilien à la fois à ce moment-là et à l'époque où *El*
7 *Clarín* a été exproprié.

8 En d'autres termes, tant à l'époque de l'investissement allégué de M. Pey qu'à l'époque de
9 l'expropriation alléguée, M. Pey était régi par ce traité qui prévoyait que l'on ne peut
10 avoir qu'une nationalité effective, et cette nationalité effective était la nationalité du pays
11 dans lequel on avait son domicile.

12 La Demanderesse n'a pas contesté le fait qu'à l'époque de cet investissement allégué, en
13 1972, et à l'époque de l'expropriation en 1973, M. Pey était domicilié au Chili et, par
14 conséquent, la convention de double nationalité et ses clauses sur la nationalité effective
15 s'appliquaient pleinement.

16 Vous voyez, ici, les clauses de cette convention de nationalité, les clauses qui
17 s'appliquent. Tant le préambule que l'article 2 mentionnent la question de la nationalité
18 effective. Dans le préambule, il est dit : « *Il n'existe aucune objection juridique à ce*
19 *qu'une personne possède deux nationalités, à condition qu'une seule d'entre elles revêt*
20 *pleine efficacité* ».

21 L'article 2 dit : « *A partir de la date des inscriptions, les Chiliens, en Espagne, et les*
22 *Espagnols, au Chili [c'était le cas de M. Pey] jouiront de la pleine condition juridique de*
23 *la nationalité de la forme prévue dans le présent accord dans les lois des deux pays* ».

24 C'était quelque chose de critique car, comme nous le verrons d'une manière plus détaillée
25 quand nous parlerons des investissements, l'article 2, paragraphe 2, du Traité dit qu'il
26 fallait qu'un investissement soit un investissement étranger aux termes du droit. Etant
27 donné que la nationalité effective était chilienne, il n'aurait pas pu faire un investissement
28 étranger comme le requiert l'article 2 paragraphe 2 du traité du TBI.

29 Si le Tribunal avait appliqué les clauses de ce traité de double nationalité, il aurait vu que
30 les exigences du TBI, en matière de nationalité, n'étaient pas satisfaites, surtout lorsque
31 ces clauses sont vues en conjonction avec les clauses de double nationalité que nous
32 venons de voir sur l'écran. Le Tribunal a excédé ses pouvoirs.

33 Par ailleurs, il n'a pas non plus énoncé de raisons, il a seulement postulé en conclusion
34 que ce concept de nationalité ne s'applique pas dans le contexte du TBI, mais il n'a pas
35 donné de raisons ni de justifications pour ne pas tenir compte, dans ce contexte, des
36 implications de la convention de la double nationalité. Et cela aussi a été une erreur
37 entraînant l'annulation.

38 Voilà ce que nous souhaitons dire, à ce stade, sur la question de la nationalité.

39 Monsieur le Président, messieurs les membres du Comité, nous pouvons maintenant faire
40 une pause, si vous le souhaitez.

1 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Nous souhaitons tous faire une pause.
2 Comme cela a été envisagé initialement, nous allons faire une pause d'une demi-heure.

3 Nous reprendrons à midi.

4 *L'audience est suspendue à 11 h 30 et reprise à 12 heures 04.*

5 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Dès que vous le voulez, vous pouvez
6 commencer, Monsieur Di Rosa.

7 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Merci, Monsieur le Président.

8 Je souhaitais maintenant évoquer une question de logistique en quelque sorte. Vous vous
9 souviendrez que la République avait insisté grandement sur la nécessité d'avoir une
10 troisième journée d'audience, précisément parce qu'il y a tant de choses à couvrir. Nous
11 nous sommes retrouvés dans l'obligation d'éviter complètement certains sujets et nous
12 nous demandions, compte tenu du peu de temps imparti à ce stade, puisque je crois qu'il
13 ne reste qu'une heure environ, si le Comité nous permettrait d'avoir une demi-heure
14 supplémentaire – bien entendu, la même courtoisie serait alors octroyée à nos
15 adversaires –, car nous avons vraiment énormément de données à couvrir.

16 Par ailleurs, parce que même dans les modules que nous allons présenter, nous avons dû
17 couper énormément d'informations compte tenu des délais impartis, je voulais savoir si
18 vous seriez d'accord pour que nous remettions nos plaidoiries par écrit, nos notes, afin
19 que le Comité puisse les avoir à disposition au moment d'examiner la question.

20 **M. le Président**. - Tout ce que peuvent faire les conseils pour aider le Comité, nous y
21 sommes tout à fait favorables. Si le Comité accorde une demi-heure additionnelle aux
22 avocats du Chili, je ferai de même avec vous, si vous en avez besoin.

23 **Me C. Malinvaud**. - Avec une simple nuance : il ne faudrait pas que nous commencions
24 à plaider à 4 heures de l'après-midi jusqu'à 9 heures du soir et que tout le monde soit
25 épuisé lorsque que nous commencerait à s'exprimer. De ce point de vue, nous souhaitons
26 qu'un certain équilibre soit respecté.

27 **M. le Président**. - Ce qui n'est pas déraisonnable, au contraire. Très bien. J'en suis et j'en
28 demeurerai conscient. Maître Di Rosa, vous avez la parole.

29 ➤ *Plaidoirie de Me Paolo Di Rosa pour la République du Chili (suite)*

30 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Je vous remercie, Monsieur le Président.
31 Comme je l'avais indiqué précédemment, nous allons maintenant traiter de la question de
32 l'investissement ; en particulier la question de savoir si les Demanderesses avaient
33 effectivement un investissement qualifié en tant que tel aux termes de la Convention du
34 CIRDI ou du TBI.

35 Sur cette question de compétence importante, le Tribunal a commis un excès de pouvoir
36 manifeste et n'a pas énoncé ses raisons à divers égards.

1 Le Tribunal a réalisé des analyses séparées afin de déterminer si M. Pey avait un
2 investissement. Tout d'abord, il a analysé la question au titre de l'article 25 de la
3 Convention du CIRDI en mettant l'accent sur trois conditions (contribution, durée et
4 risque) et il a conclu que l'impératif d'investissement de l'article 25 avait été satisfait.

5 Cette décision constituait une erreur pouvant entraîner l'annulation, car le Tribunal avait
6 affirmé sa compétence sur un litige relatif à un investissement dont M. Pey n'avait jamais
7 été propriétaire. C'est l'une des questions que nous envisageons d'examiner. Mais là,
8 nous nous en remettons à notre contribution écrite, à nos notes, Monsieur le Président, et
9 nous indiquerons aux membres du Comité qu'il convient de se reporter aux portions
10 pertinentes de notre plaidoirie.

11 Dans une section différente de la Sentence, qui concerne l'impératif du consentement, le
12 Tribunal a également analysé la question de savoir si l'investissement prétendu de M. Pey
13 était couvert par le TBI Chili Espagne. On retrouve cela aux paragraphes 326 à 441 de la
14 Sentence.

15 Là, le Tribunal a commis d'autres erreurs pouvant entraîner l'annulation.

16 Tout d'abord, il a incorrectement affirmé sa compétence sur un différend qui portait sur
17 un investissement qui n'existait plus au moment où le TBI est entré en vigueur.

18 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Tout ce que vous avez remis là est très
19 utile, mais je ne sais pas du tout où vous êtes.

20 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Non, je ne suis pas du tout là-dedans.
21 Nous ne vous avons pas encore montré de diapositive. Dès que nous aurons des
22 diapositives à vous montrer, nous vous indiquerons quel numéro de diapositive doit être
23 consulté. Cela va d'ailleurs arriver dans un instant, et ce sera la diapositive 40, Monsieur
24 le Président.

25 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Vous avez parlé de l'investissement. Vous
26 avez parlé également de l'existence de l'investissement *ratione temporis*. J'essaie juste de
27 vous suivre.

28 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Non, en fait, il y a deux questions séparées
29 en l'occurrence, Monsieur le Président. Là, nous faisons valoir qu'une question a trait à la
30 clause *ratione temporis* à proprement parler, qui a trait au moment où le litige, au titre du
31 TBI, a été introduit et cela a fait l'objet d'une décision du Tribunal. Et nous sommes
32 d'accord avec cette portion de la Sentence, mais nous disons que, dans la Sentence, ce qui
33 n'a pas été spécifié ou présenté, c'est sur quel investissement il y a eu une observation du
34 TBI par le Chili parce que les Demanderesses ont fait valoir des demandes qui portaient
35 exclusivement, à notre sens, sur la confiscation de 70 d'une part et, par ailleurs, le
36 Tribunal a conclu que les violations, les manquements commis par le Chili étaient
37 intervenus après l'entrée en vigueur.

38 Ce que nous disons et ce que nous souhaitons faire valoir maintenant, c'est que cela ne
39 pouvait être une inobservation du TBI de la part du Chili parce qu'il ne restait plus

1 d'investissement des Demanderesses à l'époque. C'est une question sur laquelle le
2 Tribunal ne s'est pas vraiment penché.

3 À l'écran maintenant, nous allons voir les dispositions pertinentes afin d'avoir un cadre
4 plus concret, diapositive 40, article 2, paragraphe 2. Cette disposition indique que les
5 traités doivent protéger les investissements réalisés à partir de son entrée en vigueur. Il y
6 est dit aussi que cela bénéficiera également à des investissements antérieurs à la
7 validation selon la législation de la respective partie contractante qui ont la qualité, selon
8 cette législation, d'investissements étrangers.

9 Le corollaire logique de cette clause est que l'investissement pertinent doit encore exister
10 au moment où le TBI entre en vigueur. Faute de quoi, un TBI pourrait être interprété
11 comme s'appliquant à tout investissement ayant jamais existé à tout moment par le passé
12 dans le courant des décennies, voire des siècles, sans tenir compte de la question de
13 savoir si cette existence s'était poursuivie au moment de l'entrée en vigueur du traité et
14 sans non plus tenir compte de la question de savoir si un acte gouvernemental aurait pu
15 porter préjudice à ce moment-là.

16 Dans le paragraphe 379 de la Sentence, que vous voyez maintenant à l'écran, le Tribunal
17 reconnaît implicitement l'impératif que l'investissement doit encore exister, puisqu'il dit :
18 « *Il est clair que les articles 1.2 et 2.2 de l'API exigent de l'investisseur qu'il s'agisse*
19 *d'investissements existants au moment de l'entrée en vigueur du traité.* » C'est le texte en
20 caractères gras à l'écran.

21 La question qui se pose est de savoir si le prétendu investissement de M. Pey était encore
22 un investissement existant au moment de l'entrée en vigueur de l'API en 1994.

23 Les sociétés qui contrôlaient *El Clarin*, le journal qui a été confisqué, CPP et EPC, ont
24 été officiellement dissolues par un décret en 1975, et des actifs du Journal ont été
25 irrévocablement transférés à l'Etat à ce moment-là. Le Tribunal lui-même a fermement
26 conclu, au paragraphe 608 de la Sentence, que l'expropriation d'*El Clarin* s'était produite
27 définitivement dans les années 1970, bien avant l'entrée en vigueur du TBI en 1994. Il a
28 également conclu, au paragraphe 600, que l'expropriation ne pouvait pas être considérée
29 comme un acte se poursuivant aux termes du droit international.

30 La seule conclusion possible qui peut être tirée de ces constatations, c'est que tout
31 investissement de M. Pey, dans *El Clarin*, était définitivement éteint pratiquement vingt
32 ans avant l'entrée en vigueur du TBI.

33 Autre point important aussi : le Tribunal a reconnu explicitement, au paragraphe 620 de
34 la Sentence (que vous voyez à l'écran), que les actes et omissions post-TBI prétendus du
35 Chili étaient séparés et distincts de l'expropriation originale des années 1970 et n'étaient
36 pas simplement des « après effets », des effets subsidiaires qui se poursuivaient, effets de
37 cette expropriation.

38 Si c'est le cas, quel était alors l'investissement de M. Pey ayant subi un préjudice du fait
39 des inobservations prétendues du TBI par le Chili ? Pour reprendre la terminologie du
40 Tribunal, quel était l'investissement existant qu'avait M. Pey au Chili au moment de

1 l'entrée en vigueur du TBI, en 1994 ? Quel était son investissement existant en 2002, au
2 moment du prétendu déni de justice et la discrimination constatés par le Tribunal ?

3 Monsieur Pey n'a jamais prétendu avoir d'autre investissement au Chili que son
4 investissement dans *El Clarin*, et étant donné que le Tribunal avait conclu que
5 l'expropriation dans les années 1970, d'*El Clarin*, n'était pas un acte se poursuivant, le
6 Tribunal était tenu d'identifier d'autres investissements de la part de M. Pey qui existaient
7 encore au moment des prétendues inobservances par le gouvernement des dispositions
8 du TBI, en 2002, afin de conclure légitimement que les actes du Chili avaient enfreint les
9 droits à l'investissement de M. Pey aux termes du traité. Pourtant, le Tribunal ne l'a pas
10 fait.

11 La Sentence condamne le Chili pour des actes ou omissions survenus après l'entrée en
12 vigueur du TBI, mais sans jamais identifier tout investissement de la part de M. Pey qui
13 aurait pu subir un préjudice du fait de ses actes à ce moment-là.

14 Ce faisant, le Tribunal a clairement manqué à l'application de l'article 2.2 du TBI. Ce
15 manquement à l'application du droit applicable a amené le Tribunal à affirmer sa
16 compétence sur une demande qui ne faisait intervenir aucun investissement couvert par le
17 TBI. Il s'agit clairement d'un excès de pouvoir. Par ailleurs, cela a été manifeste, même
18 aux termes de l'interprétation indument restrictive de ce concept avancé par les
19 Demandereses. Le fait que le Tribunal n'ait pas appliqué le droit applicable à cet égard
20 apparaît visiblement à l'examen de la Sentence.

21 Outre le fait qu'il ait manifestement excédé ses pouvoirs, le Tribunal a clairement et
22 manifestement manqué à l'énoncé des raisons, dans la Sentence, qui l'ont amené à
23 conclure sur cette question.

24 La Sentence suppose simplement, sans l'expliquer, que M. Pey avait encore une sorte
25 d'investissement existant au moment de l'entrée en vigueur du TBI et que cet
26 investissement indéfini avait, d'une façon ou d'une autre, souffert des actes ultérieurs du
27 Chili. Mais le Tribunal n'a jamais énoncé dans la Sentence quel était ce supposé
28 investissement existant. C'est une lacune évidente dans la Sentence.

29 Ayant déterminé que le seul investissement de M. Pey, au Chili, était définitivement
30 éteint près de deux décennies avant l'entrée en vigueur du TBI, le Tribunal était tenu
31 d'expliquer comment le Chili aurait pu violer des dispositions du TBI concernant
32 l'investissement de M. Pey.

33 Par exemple, le Tribunal n'a pas déterminé que cet investissement ayant fait l'objet d'une
34 expropriation, longtemps auparavant, entraînait toujours des droits procéduraux qui
35 pouvaient encore être caractérisés comme un investissement. Pour cela, le Tribunal aurait
36 dû analyser la question de savoir si les droits d'entamer une procédure pouvaient, en eux-
37 mêmes, tenir les impératifs de la Convention du CIRDI en termes de contribution, durée
38 et risque, ainsi que la définition de l'investissement du TBI ; ce que n'a pas fait le
39 Tribunal.

40 Il n'a pas non plus identifié tout investissement de M. Pey, autre que l'achat prétendu d'*El*
41 *Clarin*.

1 Alors, quel était l'investissement qui aurait subi un préjudice du fait des inobservances
2 des dispositions du TBI prétendues par le Chili ?

3 Comme l'a indiqué le Comité dans AMCO 1 : « *Il doit y avoir une connexion, un lien*
4 *raisonnable entre les motifs invoqués par un tribunal et les conclusions auxquelles il*
5 *parvient* ». Ce n'est pas le cas, en l'occurrence. Il est impossible, dans cette Sentence, de
6 comprendre par rapport à quel investissement le Chili a enfreint les dispositions du TBI.

7 Pour paraphraser la décision MINE, il est impossible de suivre le raisonnement du
8 Tribunal du point A au point B et au point C et de là jusqu'à sa conclusion ultime. C'est
9 un manquement classique à l'énonciation des raisons.

10 Voilà ce que je souhaitais dire sur l'investissement, Monsieur le Président.

11 J'aimerais indiquer, par ailleurs, que nous souhaitions évoquer certaines questions qui ont
12 trait à la non-application par le Tribunal de trois normes spécifiques du droit chilien qui
13 étaient pertinentes au moment de déterminer si M. Pey avait effectivement réalisé un
14 investissement couvert par le TBI. Ces trois normes étaient les décisions 24, loi 16.653
15 et la Convention sur la double nationalité. Mais pour cela, nous vous demanderons de
16 vous reporter à notre analyse écrite.

17 J'aimerais maintenant évoquer la question du déni de justice, et cela a trait aux
18 déterminations du Tribunal, sur le fond.

19 Dans la Sentence, le Tribunal a constaté qu'il y avait eu violation du TBI à deux égards :
20 tout d'abord, par déni de justice compte tenu de la longueur des procédures judiciaires au
21 Chili qui avaient trait à la presse Goss confisquée sur les lieux du *El Clarin* et, ensuite,
22 par discrimination à l'encontre de M. Pey dans l'application de la Décision 43. Nous y
23 reviendrons.

24 J'aimerais évoquer la première violation prétendue, le déni de justice, et la deuxième,
25 c'est-à-dire la discrimination.

26 Concernant le déni de justice, il est important de préciser qu'il s'agit d'un terme d'art dans
27 le droit international et ce n'est pas simplement un synonyme du terme « injustice ». Les
28 Demanderesse ont régulièrement utilisé ces termes, de façon interchangeable, avec la
29 notion néophyte de quelque chose qui serait injuste ou inéquitable. La notion d'injustice
30 généralisée n'était pas un fondement de la conclusion de déni de justice à l'encontre du
31 Chili dans la Sentence. Ce prétendu déni de justice s'est produit dans le contexte
32 spécifique d'une procédure judiciaire entamée par M. Pey auprès du premier Tribunal
33 civil de Santiago, demandant une compensation pour une presse Goss que les militaires
34 avaient confisquée dans les bâtiments d'*El Clarin*, en 1973.

35 Cette affaire, au sein du Tribunal chilien, se poursuivait en parallèle avec la demande
36 devant le CIRDI entamée également par M. Pey.

37 Dans sa Sentence, le Tribunal du CIRDI a conclu que le seul fait que sept ans s'étaient
38 écoulés dans le cadre des procédures sur la presse Goss, au Chili, sans décision sur le
39 fond, par lui-même, sans rien de plus, constituait un déni de justice et que c'était donc là

1 une infraction des obligations de traitement juste et équitable du Chili aux termes de
2 l'article 4 du TBI.

3 Il est important, pour le Comité, de garder à l'esprit que le déni de justice pour lequel le
4 Tribunal a tenu le Chili responsable, avait trait exclusivement à la longueur, la durée de
5 l'affaire sur la presse Goss à Santiago et non pas à la teneur de toute décision intérimaire
6 prise sur cette affaire. Cela n'avait pas trait non plus au traitement par la Cour des
7 Demanderesses.

8 Il y a eu plusieurs erreurs pouvant entraîner l'annulation, en connexion avec la
9 détermination du Tribunal à cet égard.

10 Tout d'abord, il s'agissait d'un excès de pouvoir manifeste, car le Tribunal a exercé sa
11 compétence sur une demande que les Demanderesses elles-mêmes n'avaient même pas
12 affirmée ou présentée initialement. Le simple fait que les Demanderesses n'avaient
13 jamais soulevé quelque cause d'action que ce soit pour déni de justice aux termes du droit
14 international ayant trait à l'affaire de la presse Goss au Chili.

15 Je demande aux Demanderesses de déterminer où, dans les plaidoiries, elles avaient
16 affirmé cette prétendue demande au titre du déni de justice. Au mieux, elles ont pu
17 énoncer leur demande accessoire, et je l'évoquerai ici brièvement. Il s'agit d'un document
18 qui avait été présenté en novembre 2002. Il s'agit d'un document assez simple de
19 seulement 13 pages, par rapport à tout ce que nous avons vu dans cette affaire et à la
20 lecture de ce document, on constate qu'il avait pour but d'essayer d'affirmer dans les
21 procédures CIRDI ou d'introduire dans les procédures CIRDI une nouvelle demande de
22 fonds relative à la confiscation de la presse Goss.

23 Cela ressort clairement de la page de couverture même de cette demande
24 complémentaire.

25 A l'écran, vous avez la diapositive 65. Vous voyez, à gauche la page de couverture de
26 cette demande complémentaire. La partie surlignée en jaune décrit la demande introduite,
27 et vous voyez, dans la partie qui est grossie – c'est la même chose exactement que ce qui
28 est surligné en jaune, mais simplement avec une police de caractère plus grande –, que
29 cela a trait exclusivement à la question de la confiscation des presses Goss. Qui plus est,
30 dans leur document, les Demanderesses ont mis en exergue que d'autres éléments de ce
31 document.

32 Nous passons à la diapositive suivante. Les Demanderesses ont identifié dans le
33 paragraphe 198 de la Réplique en annulation. Cela ne figure pas dans les diapositives que
34 l'on vous a remises. Nous verrons si cela fonctionne.

35 Dans ce paragraphe de la Réplique, les Demanderesses disent : « *Non. Nous avons*
36 *introduit cette demande au titre du déni de justice dans la demande complémentaire* ». *»*.
37 Vous voyez ces éléments-là ? Nous souhaiterions attirer votre attention sur les trois
38 points qui figurent ici en jaune et surlignés, qui donnent à penser qu'une partie est
39 manquante. Les Demanderesses semblent suggérer que tout cela devait être lu ainsi
40 comme un tout. Peut-être qu'en lisant tout cela ensemble, cela pourrait être interprété
41 comme quelque chose d'assez proche de ce qu'elles disent. Mais là, de façon erronée,

1 elles le présentent comme si c'était un tout, comme si c'était ensemble, alors qu'elles ont
2 supprimé 11 pages de données et d'informations que représentent ces points de
3 suspension, pour suggérer ainsi que ces déclarations qui avaient faites – il y a 11 pages
4 de différence – faisaient partie du même élément.

5 Nous allons maintenant vous montrer exactement où se retrouvent ces trois segments
6 dans la demande complémentaire.

7 Concernant les Demanderesses, vous voyez ici des passages. Le premier passage, on le
8 retrouve à la page 2 de la demande complémentaire des Demanderesses. C'est le premier
9 élément qu'ils ont cité. Cette partie-là mentionne la procédure de la presse Goss, mais ne
10 mentionne pas le déni de justice et ne fait pas non plus d'allégation quant à la
11 responsabilité chilienne au titre du TBI. Il est simplement fait référence au fait que cela
12 était en cours. Cela vient de la réplique en annulation des Demanderesses.

13 Ce qui est à l'écran, là, est tiré de leur demande complémentaire. Dans la Réplique, elles
14 ont cité la demande complémentaire.

15 On vous a montré, dans la diapositive précédente, le paragraphe 198 de la Réplique en
16 annulation où elles ont dit : « *Non, nous avons affirmé cette demande au titre du déni de*
17 *justice et nous l'avons fait dans la demande complémentaire de 2002.* » La demande
18 complémentaire de 2002 elles en citent certaines parties, mais laisse des points de
19 suspension. Maintenant, on vous ramène à la demande complémentaire initiale pour vous
20 montrer qu'en fait elles ont simplement pris des petits morceaux, par-ci par-là, des
21 paragraphes dix pages plus loin, un autre quelques pages plus loin encore et les ont
22 rassemblés, réunis. Ainsi, cela peut donner l'impression que cela était leur argument.

23 La première référence, vous la trouvez à la page 2 de la requête accessoire. Le
24 deuxième passage, vous le trouvez en page 10, c'est-à-dire plus de dix jours plus tard.
25 Alors maintenant, vous parcourez absolument le tout.

26 Puis, finalement, vous arrivez à la deuxième partie dont ils ont extrait un passage. Ce
27 passage, non seulement ne mentionne pas le moindre déni de justice, mais il confirme de
28 manière explicite que le but de la requête accessoire était de transférer l'affaire Goss au
29 CIRDI en empruntant une clause d'un Traité Bilatéral d'Investissement différent qui
30 permettait aux Demanderesses de transférer les procédures nationales au CIRDI.

31 A-t-on le droit de faire cela ? Non, on n'a pas le droit de faire cela. Nous pourrions vous
32 donner un exemplaire de ce document, je pense. Je peux vous en donner lecture, si vous
33 le souhaitez : il s'agit de la page 10 de la requête accessoire.

34 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – La première citation se trouve à quelle
35 page ?

36 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Au bas de la page 2. De la page 2, elles
37 sautent à la page 10 et ensuite à la page 13. Ce sont les trois passages qu'elles ont cités.

38 Le troisième passage, qui figure à la page 13, c'est le premier passage dans lequel la
39 Demanderesse mentionne l'article 4 du TBI. Mais comme le montre ce passage très

1 clairement, la discussion de l'article 4, ici, ne porte pas du tout sur la durée de la
2 procédure du Tribunal local. Dans ce passage, en réalité, les Demanderesses n'invoquent
3 même pas à un déni de justice. Par conséquent, il apparaît à l'évidence que les
4 Demanderesses n'ont pas fait de demande de déni de justice en ce qui concerne la
5 procédure Goss dans leur requête accessoire, alors qu'elles le prétendent maintenant.

6 De toute manière, même si l'on peut considérer que cela porte sur un déni de justice, on
7 ne peut pas faire une requête formelle. Une requête formelle, on ne peut pas la faire sous
8 forme d'un test de Rorchard où la Défenderesse est censée deviner ou en faisant appel à
9 son intuition, l'existence d'une demande fondée sur des déclarations faites de bric et de
10 broc dans différentes parties des présentations.

11 Oui, je vous parlais d'un test de Rorchard. Vous savez ce qu'est un test de Rorchard,
12 n'est-ce pas ? Les psychologues l'utilisent beaucoup : cela consiste à mettre des taches
13 d'encre plus ou moins aléatoires et on demande aux gens ce qu'ils voient dans ces taches.
14 Certains y voient une vache, d'autres un chat, etc. C'est une sorte de jeu de devinettes
15 dont les psychologues prétendent tirer des informations très précieuses.

16 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je l'ignorais. C'est un trou dans ma
17 culture.

18 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – De toute manière, les membres du Comité
19 n'ont pas essayé de voir toutes ces références dont nous parlons dans la requête
20 accessoire. Nous voulions simplement vous montrer comment ils ont, en quelque sorte,
21 coupé certains passages qu'ils ont ensuite remis ensemble. La chose importante est que
22 vous compreniez cela parce qu'un peu plus tard, c'est-à-dire en 2003, les Demanderesses
23 ont confirmé, de manière explicite, qu'elles ne demandaient pas de réparation pour un
24 retard dans la procédure Goss. Dans la diapositive 67, nous avons reproduit une partie de
25 la transcription de l'audience de 2003. Là, le conseil de la Demanderesse confirme, sans
26 équivoque, que toutes les demandes de l'arbitrage, et de manière très spécifique dans la
27 requête accessoire de 2002, portaient exclusivement sur la confiscation, dans les années
28 1970, d'*El Clarin* et de tous ses actifs, y compris la presse Goss.

29 Elles disent : « *Nous parlons de confiscation, nous ne parlons que de confiscation* ». La
30 requête accessoire de 2002, sur la page de couverture, montre que cette demande portait
31 également sur la confiscation. Le fait que le déni de justice présumé n'ait même pas été
32 mentionné, ni même étoffé dans la seule audience sur ces questions, est plus qu'éloquent
33 sur la question de savoir si la Demanderesse a jamais soulevé une telle demande.

34 Je voudrais maintenant en venir à l'audience de 2007, qui est un autre cas où les
35 Demanderesses ont censément affirmé ce déni de justice en ce qui concerne la procédure
36 Goss. Le premier jour de cette audience de deux jours, le conseil des Demanderesses, une
37 fois encore, a réitéré, de manière explicite, que la requête accessoire de 2002 avait été
38 une demande de restitution uniquement de la machine Goss. A cet égard, je vous
39 demanderais de regarder RA-26 qui est la transcription de l'audience, transcription 92.8-
40 10 dans la version française. Nous ne l'avons pas, malheureusement.

41 À la fin de cette journée, le Tribunal a posé la question suivante aux Demanderesses, la
42 question que vous voyez sur la diapositive 68. C'est une chose importante et c'est la

1 raison pour laquelle j'aimerais m'arrêter quelques instants pour que vous puissiez lire
2 cette partie de la transcription.

3 (*Les membres du Comité ad hoc prennent connaissance de la diapositive 68.*)

4 Dans ce passage, l'arbitre reconnaissait très clairement deux choses. Premièrement,
5 comme vous pouvez le voir en lisant la première phrase de cette citation, les demandes
6 invoquées jusqu'alors par les Demanderesses étaient essentiellement des demandes
7 d'expropriation ou de nationalisation au titre de l'article 5 du TBI.

8 Deuxième chose, que semble reconnaître l'arbitre : que les Demanderesses n'avaient pas
9 invoqué de demande de fond au titre de l'article 4, qui est la clause de traitement juste et
10 équitable du TBI.

11 En outre, l'arbitre semblait, de manière assez évidente d'ailleurs, indiquer que les
12 Demanderesses devraient reformuler leur demande accessoire comme leur demande par
13 rapport à l'article 4 en connexion avec un déni de justice. Il semble maintenant, de
14 manière rétrospective, que le Tribunal a essayé de provoquer une telle demande parce
15 qu'il souhaitait trouver une base pour une décision en faveur des Demanderesses. Le
16 problème est que les seules demandes qui avaient été invoquées étaient des demandes
17 liées à la confiscation, comme nous l'avons vu dans ces différentes citations que je vous
18 ai données.

19 Ces demandes liées à la confiscation étaient en dehors du cadre temporel de TBI. Dans
20 ces circonstances, la seule façon dont le Tribunal pouvait prendre une décision en faveur
21 des Demanderesses était de leur demander d'invoquer une demande différente au titre de
22 l'article 4 et non pas de l'article 5, pour des actes qui, en fait, étaient ultérieurs à la date
23 d'entrée en vigueur du TBI. Le Tribunal a ensuite demandé aux Demanderesses de
24 réfléchir à la question de l'arbitre au cours de la nuit.

25 Bien sûr, le lendemain, les Demanderesses ont saisi l'invitation du Tribunal qui leur avait
26 dit de reformuler leur demande accessoire comme demande au titre de l'article 4 et c'est
27 au cours de cette session, c'est-à-dire le deuxième jour, le dernier jour de la dernière
28 audience dans ce processus d'arbitrage de dix ans, que les Demanderesses, pour la
29 première fois, ont jamais essayé de formuler une demande de déni de justice au titre de
30 l'article 4 du TBI. Même à ce moment-là, elles n'ont absolument pas parlé, de manière
31 détaillée, de la durée de la procédure Goss. Cela signifie qu'elles n'ont jamais, au cours de
32 l'arbitrage, lié la soi-disant violation à l'article 4 à tout retard indu dans la procédure Goss
33 au Chili, ce qui était la base même sur laquelle le Tribunal avait pris une décision contre
34 le Chili.

35 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Est-ce que vous auriez une référence à la
36 dernière journée de l'audience de 2007, lorsque vous dites que les Demanderesses... ?

37 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Je ne l'ai pas avec moi, mais je pourrais
38 vous l'obtenir, Monsieur le Président.

39 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, parce que c'est important.

1 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Après la pause.

2 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, je vous remercie. C'est important
3 pour votre argumentation.

4 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, oui, nous allons vous apporter la
5 citation. Je ne l'ai pas sous les yeux, mais... Nous l'avons citée dans le document, mais
6 je vais vous la retrouver.

7 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je suis sûr que c'est quelque part, mais
8 j'essayais tout simplement de rassembler tout cela.

9 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Nous disions donc, en fin de compte,
10 qu'elles n'ont jamais affirmé qu'il y avait un déni de justice au titre de l'article 4 qui soit
11 spécifiquement lié à la longueur de la procédure Goss. Et c'est sur cette base que le
12 Tribunal, en dernière analyse, avait statué contre le Chili et le Chili n'avait jamais
13 vraiment à appréhendé l'existence, contre lui, d'une demande de TBI qui porte sur cette
14 question précise.

15 Le Tribunal n'est pas habilité à décider de demandes ou de problèmes qui n'ont jamais
16 été soulevés par l'investisseur. Cette interdiction est implicite dans l'exigence, à savoir
17 que les demandes soient formulées à propos et qui, au titre de l'article 40, ne doivent pas
18 être plus tard que la Réplique. Cela veut dire que toute demande doit être présentée par
19 écrit et pas uniquement oralement.

20 De toute manière, il semble assez élémentaire que les demandes soient faites par les
21 Parties elles-mêmes et ne peuvent pas émaner d'un Tribunal. Ce principe s'applique dans
22 le contexte du CIRDI, comme l'indique de manière tout à fait à propos le Pr Schreuer
23 dans la version 2009 de son commentaire où il a dit, je vous lis la citation de la
24 diapositive 69 : « *Un Tribunal n'a pas, de sa propre initiative, le droit d'inclure des*
25 *demandes incidentes additionnelles ou de counterclaims au titre des demandes*
26 *reconventionnelles dans ces délibérations. Cela pourrait amener à une Sentence ultra*
27 *petita et c'est un excès de pouvoir pour qu'un Tribunal fonde sa déclaration de*
28 *responsabilité contre un état souverain sur la base d'une demande* », ce qui n'a jamais été
29 vraiment fait par les Demandresses, sinon de manière indirecte le dernier jour de
30 l'arbitrage, sans aucune preuve à l'appui et sans qu'il n'y ait eu de plaidoirie écrite sur ce
31 sujet.

32 C'est encore plus scandaleux lorsqu'une demande aussi mal formée a été montée par le
33 Tribunal lui-même et lorsque, en outre, la demande alléguée n'identifie même pas la base
34 juridico-factuelle qui a utilisée, en dernière analyse, par le Tribunal dans sa Sentence
35 pour imposer la responsabilité.

36 Cependant, c'est exactement ce qui s'est passé. Cet excès de pouvoir de la part du
37 Tribunal a été plus que manifeste. D'ailleurs, nous le voyons en jetant un coup d'œil
38 rapide aux passages cités de la demande accessoire, la réponse et les transcriptions de
39 2007. Là, il nous manque, en effet, une citation que nous allons vous donner, Monsieur le
40 Président et nous l'avons. Il s'agit de la transcription de M. Garcés le dernière jour de
41 l'audience RA-67. Il s'agit de la transcription A-26, transcription 47, version française.

1 Outre le fait qu'il y a un excès de pouvoir manifeste, le Tribunal s'est écarté d'une règle
2 de procédure fondamentale en ce qui concerne ses conclusions en manière de déni de
3 justice, parce que le Chili n'a jamais eu la possibilité de répondre à cette demande
4 alléguée. Il s'agit d'un élément fondamental d'une procédure en bonne et due forme pour
5 la Défenderesse, à savoir quelle est la demande à laquelle il fait face, le droit d'être
6 entendu, dans sa propre défense.

7 Dans la diapositive 70, j'ai regardé le chapeau : la Demanderesse a confirmé, lors de
8 l'audience 2003, que la requête auxiliaire ne portait que sur la confiscation et pas du tout
9 sur un déni de justice. D'ailleurs, à l'appui de ce préambule, vous avez cité ce que vous
10 aviez lu en anglais et que je viens de vous lire en français.

11 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

12 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Très franchement, toute référence gardée,
13 je ne crois pas que cela soit dit.

14 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Pardonnez-moi, Monsieur le Président,
15 mais nous avons une petite question. Est-ce que vous pourriez peut-être me donner la
16 version espagnole de la Sentence ? (*Me Di Rosa s'adresse à ses collaborateurs.*)

17 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Je crois qu'il serait bon que nous mettions
18 les deux ensemble, si nous voulons avoir une référence à l'audience de mai 2003, puisque
19 le préambule parle de cela.

20 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Nous parlions de l'affirmation, par les
21 Demanderesses. En réalité, nous n'étions pas arrivés encore à cette partie-là.

22 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – C'est le Tribunal qui est en train de
23 parler ?

24 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, au paragraphe 66.159. Nous n'avons
25 pas encore parlé de cela, vous allez très vite, vous avez anticipé. Nous ne sommes pas
26 encore arrivés à cette partie-là. Mais je peux regarder, si vous voulez.

27 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Pardonnez-moi, je pensais que vous
28 aviez fini de lire la partie précédente.

29 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Le problème, Monsieur le Président, c'est
30 que cela fait partie des choses que nous avons extraites de notre présentation au cours de
31 la pause.

32 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Qu'avez-vous supprimé ?

33 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – La discussion qui portait sur cette
34 diapositive, la diapositive 70.

35 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, celle que vous êtes en train de
36 montrer.

1 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Et là, nous l'avons supprimée de notre
2 présentation. Mais nous n'y sommes pas encore, je pense. Non, non, nous n'avons pas
3 encore parlé de cela. Je puis vous en donner lecture, si vous le souhaitez et nous
4 pourrions en parler.

5 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – En ce qui me concerne, il n'est pas
6 nécessaire que vous vous étendiez là-dessus si vous ne le souhaitez pas, mais j'aimerais
7 que la référence à la déclaration de la Demanderesse, lors de l'audience 2003, qui est
8 mentionnée dans le titre de la citation de la Sentence au paragraphe 659. C'est cela que
9 j'aimerais. Peut-être que quelqu'un, dans votre équipe, pourrait tenter de trouver le texte
10 précis ?

11 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui.

12 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – En effet, mon collègue, le Pr Bernardini,
13 dit que cela figure sur la diapositive 67.

14 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, c'est ce qui figure à l'écran,
15 Monsieur le Président.

16 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, en effet. Je vous remercie. Désolé
17 de vous avoir perturbé.

18 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Je vous en prie.

19 Monsieur le Président, le Tribunal a conclu la chose suivante, laissant de côté la question
20 de savoir si les Demanderesses avaient évoqué cette demande. Nous pensons, en fait,
21 qu'elles n'ont jamais formulé cette demande... Enfin le Chili ne pouvait pas interpréter
22 cela comme étant une demande contre lui. C'est ce que vous voulez dire, n'est-ce pas,
23 c'est-à-dire que les Demanderesses n'ont jamais affirmé qu'il y avait une demande de
24 déni de justice ?

25 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, c'est la première partie de la
26 question.

27 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – En fait, elles n'ont jamais affirmé cela.
28 Lorsque nous leur avons dit : « *Mais à quel moment avez-vous affirmé cela ?* », elles
29 nous ont dit « ce sont trois petits morceaux de la demande auxiliaire ». En fait, il n'y a
30 pas de déni de justice portant sur l'article 4 et portant spécifiquement sur la durée de la
31 procédure au Chili, qui est la base même de la Sentence. Nous disons que le Tribunal a
32 en quelque sorte, pour être tout à fait brutal, « inventé ».

33 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, je comprends.

34 ➤ **Plaidoirie de Me Paolo Di Rosa pour la République du Chili (suite)**

35 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Toute la question du déni de justice a été
36 mentionnée. Alors, pourquoi est-elle mentionnée dans la demande auxiliaire ? Parce que
37 les Demanderesses, pour des raisons que nous ignorons, avaient parlé de cette partie de la
38 confiscation d'*El Clarin*, c'est-à-dire la confiscation de la presse qui était dans les

1 locaux. Ils ont pris cette partie-là de la demande de confiscation et elles l'ont affirmée,
2 donc elles l'ont introduite dans le Tribunal chilien. Plus tard, elles ont trouvé la demande
3 CIRDI et, dans la demande CIRDI, elles ont découpé, en quelque sorte, la demande de
4 confiscation pour la presse Goss. C'est cela qu'elles ont fait : elles ont déposé la demande
5 CIRDI.

6 Puis, il y a eu cette procédure de sept ans au Chili. A la fin de ces sept années, les
7 Demanderesses ont décidé qu'elles voulaient transférer la demande, qui était en suspens
8 pour la machine Goss, au Tribunal CIRDI. Elles ont dit au Tribunal CIRDI : « *Vous*
9 *pouvez invoquer la compétence sur cette demande* ». Autrement, il aurait pu y avoir une
10 clause de l'option irrévocable. Nous avons dit qu'elles avaient choisi de saisir le tribunal
11 chilien de cela, donc elles ne peuvent pas venir devant le CIRDI. Le Tribunal a dit qu'il
12 n'était pas d'accord. Elles ont affirmé leur compétence et donc elles ont invoqué le déni
13 de justice. Elles ont dit : « *Mais il n'y a pas de problème de clause de l'option*
14 *irrévocable.* » Elles ont dit : « Vous pouvez affirmer la compétence étant donné que cette
15 demande est en suspens au Chili depuis sept ans. Et, au titre de la clause de la nation la
16 plus favorisée, nous pouvons invoquer les autres affaires auxquelles le Chili est partie qui
17 font état de ce délai de dix-huit mois et où il est dit que si vous avez une demande locale
18 qui est en cours depuis 18 mois qui n'a pas été résolue, vous pouvez la soumettre à
19 l'arbitrage ». Elles ont dit : « Tout cela est en suspens depuis sept ans, il y a eu déni de
20 justice et, par conséquent, nous transférons l'affaire au CIRDI ».

21 Mais une fois qu'elles sont arrivées au CIRDI, elles ont simplement dit au Tribunal la
22 chose suivante : « *Il s'agit d'une demande de confiscation, mais uniquement d'une*
23 *plainte de confiscation, c'est tout* ».

24 Lorsque le Chili a examiné cette requête auxiliaire, nous nous sommes dits qu'il s'agissait
25 d'une demande de confiscation pour la presse Goss.

26 C'est donc une sorte de sous-ensemble de plus grande demande de confiscation qu'ils
27 avaient déjà déposée et il y avait une question de dommage : est-ce que cela modifie les
28 dommages ? Parce qu'elles ont assorti cette espèce de sous-ensemble d'une demande de
29 confiscation plus importante. Le problème est qu'elles n'ont jamais dit qu'il s'agissait
30 d'un déni de justice aux termes du droit international. C'est la première partie. Alors, est-
31 ce qu'elles l'ont affirmé ou non ? Pourquoi ont-elles invoqué le déni de justice ?

32 La deuxième partie de la chose : qu'a décidé le Tribunal ? Même en supposant, en
33 d'autres termes, qu'elles ont affirmé cela, disons qu'elles l'ont affirmée, le Tribunal, à ce
34 moment-là, a décidé de prendre une décision contre le Chili exclusivement en se fondant
35 sur ces sept années. Ils ont dit : « *Cela fait sept ans que vous examinez cette affaire, et*
36 *vous n'avez pas encore pris de décision ? C'est invraisemblable !* ».

37 L'ironie du sort, l'ironie de cette conclusion du Tribunal, vous l'aurez compris, cela ne
38 vous échappe pas, est qu'après sept ans de procédure Goss sans qu'il y ait eu de décision
39 sur le fond, c'est *ipso facto* un déni de justice, comme l'a dit le Tribunal. Et puis, onze
40 ans de procédure CIRDI sans décision sur le fond de l'affaire, c'est là un déni de justice
41 spectaculaire.

1 Cependant, personne ne prétendrait que la procédure CIRDI est un déni de justice sans
2 même demander une explication de la raison pour laquelle il a fallu un temps aussi long.
3 Le Tribunal ne l'a pas fait. Ils ont dit : « Sept ans ? Déni de justice ! ».

4 Conformément aux normes du droit international et même conformément aux normes qui
5 ont été utilisées par le Tribunal de Picca Sao (?), le retard, en soi, n'est pas suffisant pour
6 donner la preuve d'un déni de justice. Le retard est inhérent, dans une certaine mesure, au
7 droit, à la loi.

8 Vous vous souviendrez du soliloque d'Hamlet « *Etre ou ne pas être ?* » ? Dans une partie
9 de soliloque, il cite une liste de choses que l'on doit tolérer dans la vie. Et Hamlet nous
10 dit : « *Mais qui tolérerait les défis, les mépris du temps, les pertes, les retards, les retards
11 et les pertes* ». Au fond, tout cela est inhérent au droit, mais cela ne suffit pas pour
12 donner une preuve d'un déni de justice. Parce que, vraiment, pour trouver un déni de
13 justice, il faut qu'un Tribunal trouve un retard indu ou déraisonnable et pas simplement
14 un retard tout court. En d'autres termes, il ne faut pas uniquement montrer que le temps
15 passe, sinon tout procès qui durerait sept ans, par définition, serait un déni de justice quoi
16 qu'il se passe au cours de ces sept années.

17 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Il est fait référence à ce retard dans la loi,
18 pour citer Shakespeare, qui serait « déraisonnable » au 662 de la Sentence ?

19 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Oui, mais la référence, là, porte
20 simplement sur le fait qu'il y avait ce retard, ce délai. Le simple fait qu'il y a un retard
21 par rapport à un retard « déraisonnable » ou « injuste », cela fait une grande différence.
22 Nous avons tous connaissance de beaucoup d'affaires qui se poursuivent pendant des
23 années et des années et personne ne veut faire valoir qu'il y a un déni de justice tel qu'on
24 comprend ce terme dans le droit international. Il faut déterminer exactement ce qui s'est
25 produit au cours de cette période. C'est ce que dit le Pr Paulsson, qui est l'autorité citée
26 par le Tribunal dans sa Sentence.

27 Pour ce qui est du déni de justice en tant que concept du droit international, dans son
28 article qu'il a publié sur cette question, le Pr Paulsson – c'est dans RALA-60, pages 177
29 et 178 – indique ce que doit faire le Tribunal pour déterminer s'il y a eu déni de justice, à
30 savoir, je cite : « *Le Tribunal doit évaluer la question de façon concrète et dans son
31 intégralité, en tenant compte de son degré de complexité, ainsi que de tous les faits
32 connus qui donnent à penser qu'il y a un intérêt légitime dans la rapidité de la
33 procédure* ».

34 Comme les membres du Comité peuvent le constater, à la lecture de l'analyse pertinente
35 de la Sentence, paragraphes 659 à 664, le Tribunal n'a jamais essayé d'analyser ce qui
36 s'était produit au cours de ces sept années dans la procédure sur les presses Goss. Il n'a
37 même pas prétendu expliquer pourquoi ces retards étaient indus, déraisonnables, injustes
38 et comment était-ce si manifeste que cela revenait à ne pas observer les impératifs de
39 base du droit international. Il n'a pas déterminé si les Parties avaient été actives dans
40 l'affaire, s'il y avait eu des questions procédurales ou préliminaires, intérimaires qui
41 devaient être résolues au préalable, s'il y avait des délais attribuables aux Demanderesses
42 elles-mêmes, s'il y avait des délais attribuables à des facteurs échappant au contrôle du
43 juge ; si le rythme des procédures était inhabituel par rapport à d'autres affaires similaires

1 au sein de ce système juridique. Le Tribunal n'a posé aucune question quant aux raisons
2 sous-jacentes expliquant la durée de la procédure.

3 D'ailleurs, la procédure Goss a été extrêmement active au cours de ces sept années, mais
4 cela n'a absolument pas été couvert dans la Sentence et c'est justement ce dont nous nous
5 plaignons ici.

6 Cela n'explique pas comment cette durée de sept ans constitue un déni de justice. Au
7 contraire, il est dit simplement que c'était extraordinairement long et, *ipso facto*, un déni
8 de justice.

9 Le fait que l'on soit tenu d'énoncer les raisons dans une Sentence s'explique en partie,
10 dans le cadre du système CIRDI, par la volonté d'expliquer à l'Etat ce qu'il a mal fait. En
11 dernière analyse, à la lecture de la Sentence, le Chili ne peut pas discerner quelles ont été
12 ses inobservances ou ce qu'il a mal fait, hormis donc une procédure en justice qui a duré
13 sept ans. Cela aussi, c'est clairement une non-explication.

14 J'aimerais maintenant évoquer la question de la discrimination, Monsieur le Président.

15 Donc, deuxième détermination sur le fond du Tribunal, à savoir que le Chili était
16 responsable aux termes du TBI de discrimination, à l'encontre de M. Pey, en exécutant
17 une décision administrative chilienne appelée la Décision 43.

18 Il s'agit d'une décision administrative qui avait reconnu que les quatre actionnaires
19 enregistrés d'*El Clarin* étaient les propriétaires, en bonne et due forme, au moment de
20 l'expropriation, et ils se sont vus accorder une compensation - ou du moins leurs ayants-
21 droit - pour cette confiscation.

22 Alors des informations pour situer le contexte seraient utiles. En septembre 1995, avant
23 de déposer sa procédure devant le CIRDI, M. Pey avait écrit au Président du Chili
24 demandant la restitution d'*El Clarin*. En novembre 1995, le ministre des Actifs nationaux
25 du Chili lui avait répondu en l'informant que le Chili était en train de promulguer une
26 législation permettant de déposer des demandes de réparation pour les expropriations
27 commises pendant la période militaire.

28 Néanmoins, M. Pey a décidé de ne pas attendre que cette loi soit adoptée et a déposé une
29 demande devant le CIRDI.

30 Le Chili, entre-temps, a adopté la loi à laquelle le ministre avait fait référence, stipulant
31 que ceux qui demandaient une compensation devaient prendre part à un processus
32 administratif déterminant s'ils étaient effectivement propriétaires de biens ayant fait
33 l'objet d'une expropriation et, si tel était le cas, quels étaient les montants qu'on leur
34 devait.

35 A l'époque, M. Pey a notifié par écrit, officiellement, aux autorités chiliennes par
36 l'entremise de son Conseil M. Garcés qu'il ne se prévaudrait pas de cette nouvelle loi
37 parce qu'il avait déjà entamé une procédure auprès du CIRDI. Il a invoqué la clause
38 d'option irrévocable et il a dit : « *Je ne peux plus faire cela au Chili car j'ai déjà déposé*
39 *ma demande auprès du CIRDI* ». En revanche, les ayants-droit des quatre propriétaires

1 enregistrés d'*El Clarin* ont soumis des demandes dans le cadre de la procédure chilienne
2 pour la confiscation d'*El Clarin*, le même journal pour lequel les Demanderesses avaient
3 déposé une demande auprès du CIRDI.

4 En avril 2000, ces procédures ont abouti à la Décision 43 qui a fait valoir les demandes
5 des quatre propriétaires enregistrés du *El Clarin* et leur a octroyé une compensation. A ce
6 moment, les Demanderesses ont demandé au Tribunal du CIRDI d'intervenir et lui ont
7 demandé, par l'entremise de mesures conservatoires, de suspendre tous les paiements aux
8 termes de la Décision 43 au Chili pour ces quatre actionnaires.

9 Selon la théorie des Demanderesses, ce paiement à des tierces parties pour les actions
10 d'*El Clarin* priverait les Demanderesses de leurs droits dans le cadre de la procédure
11 devant le CIRDI. Pour cette décision sur les mesures conservatoires de 2001 que vous
12 voyez à l'écran, le Tribunal a rejeté cette demande de mesures conservatoires soumises
13 par les Demanderesses au paragraphe 65 de la décision que vous voyez à l'écran. Le
14 Tribunal a fait valoir que ni la Décision 43 ni son exécution ne pouvaient avoir de
15 conséquence, ne pouvaient affecter la compétence du Tribunal arbitral ou les droits
16 allégués par les Demanderesses.

17 Cela indiquait donc au Chili qu'il pouvait aller de l'avant et exécuter la
18 Décision 43, conformément à ces dispositions en faveur de ceux qui, contrairement à
19 M. Pey, avaient pris part au processus administratif.

20 Alors, curieusement - cela est tout à fait incohérent dans la Sentence -, le Tribunal a fait
21 valoir exactement le contraire de ce qu'il avait décidé dans sa décision sur les mesures
22 conservatoires. Aux paragraphes 665 à 674 de la Sentence, le Tribunal a reconnu le Chili
23 comme responsable de discriminations en violation de l'article 4 du TBI. Conclusion
24 basée exclusivement sur le fait même de l'exécution par le Chili de la Décision 43, c'est-
25 à-dire exactement la même action que ce qui avait été autorisé exclusivement par le
26 Tribunal dans sa décision sur les mesures conservatoires en 2001.

27 Pour aggraver encore la situation, cette prétendue violation sur la base de la
28 discrimination est devenue le seul motif pour les dommages monétaires octroyés par le
29 Tribunal à M. Pey. Cette décision constituait une erreur pouvant entraîner une annulation
30 pour divers motifs.

31 Tout d'abord, le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs en déterminant que le
32 Chili était responsable de discrimination sur la base d'une théorie de la responsabilité
33 relative à la Décision 43. Une fois encore, les Demanderesses n'avaient jamais présenté
34 cela dans leur plaidoirie. Dans cette procédure d'annulation, les Demanderesses font
35 valoir qu'elles ont introduit cette demande et elles soulignent spécifiquement la page 127
36 de leur mémoire complémentaire 2002 sur le fond (RA-13).

37 Au mieux, ce qu'on peut dire sur ce passage du mémoire complémentaire des
38 Demanderesses, c'est qu'ils mentionnent en passant une demande aux termes du
39 traitement national au titre de l'article 4, mais pas une demande au titre de la
40 discrimination en tant que telle.

1 Par ailleurs - et cela est mentionné très brièvement dans un seul paragraphe au milieu
2 d'une plaidoirie de 153 pages, interligne simple, avec énormément d'accusations
3 généralisées -, cela n'a jamais été caractérisé par les Demanderesses comme une demande
4 formelle ni complémentaire. Ils savaient exactement comment déposer une demande
5 complémentaire puisqu'ils l'avaient déjà fait en 2002, comme on l'a vu à l'écran.

6 Page 127, c'était une référence en passant, liée au traitement national, cela n'a jamais été
7 caractérisé comme étant une demande formelle, officielle, cela n'a jamais été développé
8 par la suite dans cette plaidoirie ou tout autre, et les Demanderesses ne font pas valoir
9 que cela a été développé ainsi. Il n'y a jamais eu d'articulation des faits sous-tendant cette
10 demande ni des éléments juridiques pertinents ni de dommages associés à cette prétendue
11 discrimination.

12 Ce sujet n'a absolument pas été discuté. Par exemple, à la seule audience sur le fond qui a
13 eu lieu sur cette affaire en mai 2003, il n'y a eu aucune discussion de cette prétendue
14 demande au titre de la discrimination aux termes de la Décision 43.

15 Toutefois, le Tribunal est allé de l'avant et a considéré que le Chili était responsable de
16 discrimination à l'encontre de M. Pey pour ce qui est de la mise en œuvre de sa
17 Décision 43, ce qui constituait un excès de pouvoir manifeste.

18 Par ailleurs, le Tribunal n'a pas suivi une règle de procédure fondamentale en refusant au
19 Chili le droit d'être entendu. J'aimerais dire brièvement quelque chose à cet égard. Le
20 Chili n'a jamais eu d'opportunité juste de faire valoir sa défense pour ce qui est de la
21 Décision 43, car cela n'a jamais été affirmé et introduit comme demande en tant que telle
22 et autonome, ni étayé par des éléments de preuve ; on ne pouvait donc pas s'attendre à ce
23 que le Chili traite de cette question dans son document puisque la première fois que le
24 Chili a appris qu'il était accusé de discrimination à l'encontre de M. Pey pour l'exécution
25 de la Décision 43, c'était dans la Sentence elle-même.

26 Par conséquent, le Chili n'a pas eu d'opportunité véritable de répondre à cette demande et
27 n'a pas simplement dérogé à cette demande comme le font maintenant valoir les
28 Demanderesses.

29 Enfin, le Tribunal n'a pas non plus énoncé les raisons de sa détermination en ce qui
30 concerne la discrimination dans la Sentence. Il n'a pas non plus énoncé les raisons de la
31 conclusion selon laquelle le Chili n'avait pas plaidé sur cet aspect de discrimination.

32 Par ailleurs, le Tribunal a dit que c'était le choix volontaire de M. Pey que de ne pas
33 prendre part à la procédure nationale du Chili qui a pris la Décision 43.

34 Ce faisant, néanmoins, le Tribunal n'a pas expliqué la raison de ce fait. En réalité, à la
35 lecture de la Sentence, le Chili ne pouvait pas comprendre comment cela aurait pu
36 constituer une discrimination à l'encontre de M. Pey, et cela à la suite d'une procédure,
37 alors que M. Pey, par écrit, avait décidé de ne pas y participer volontairement. Le
38 Tribunal a ainsi manqué à ses obligations d'énoncer clairement ses raisons.

39 Donc l'annulation est nécessaire du fait que la conclusion selon laquelle la
40 Décision 43 constituait une discrimination à l'encontre de M. Pey était le seul motif

1 avancé pour accorder des dommages aux Demanderesses. Comme cela a déjà été dit dans
2 le contexte du déni de justice dans la Convention du CIRDI, les raisons doivent être
3 énoncées pour que l'Etat défendeur puisse bien comprendre ce qu'il a mal fait. Mais, là
4 encore, de même que pour la détermination au titre du déni de justice, il est très clair en
5 fait, qu'on n'a pas énoncé les raisons pour lesquelles le comportement du Chili n'était pas
6 adéquat.

7 Est-ce que le Chili a fait obstacle au droit pour M. Pey de demander une compensation
8 aux termes du droit chilien ? Cela n'est clairement pas le cas, puisque M. Pey a décidé, de
9 façon volontaire, officielle, par écrit, de ne pas prendre part à cette procédure, et les
10 Demanderesses n'ont pas fait valoir quoi que ce soit qui serait contraire à ce point.

11 Est-ce-que M. Pey aurait dû être considéré contre sa volonté comme faisant partie de
12 cette procédure qui a abouti à la Décision 43 ? Non, cela ne saurait être le cas. Cela aurait
13 été contraire à la volonté exprimée par M. Pey ; mais, par ailleurs, les responsables du
14 ministère auraient pu faire l'objet de pénalités au civil et au pénal pour avoir utilisé des
15 fonds de l'Etat pour compenser quelqu'un qui ne faisait pas partie du processus
16 administratif normal. Cela serait anormal et probablement illicite dans tout système
17 juridique dans le monde.

18 Est-ce-que cela pouvait être que, pour éviter de compenser les Demandeurs de la
19 décision 24, le Chili aurait dû suspendre l'exécution de la Décision 43 ? Là encore, cela
20 ne saurait être le cas, puisque le Tribunal lui-même avait explicitement dit au Chili, dans
21 la décision sur les mesures conservatoires de septembre 2001, que le processus
22 administratif pouvait aller de l'avant, car cela ne pouvait pas avoir d'effet sur les
23 procédures parallèles du CIRDI ni sur les droits des Demanderesses. Donc, quand le
24 Chili est allé de l'avant avec la procédure administrative pour la Décision 43 et a
25 compensé les quatre actionnaires considérés comme les véritables propriétaires du *El*
26 *Clarín*, eh bien, ils ont fait ce qui, à leur sens, avait été spécifiquement autorisé par le
27 Tribunal. Est-ce que le Chili n'aurait pas dû compenser ces personnes en dépit de la
28 conclusion par le ministère qu'ils avaient pu prouver qu'elles étaient les propriétaires du
29 *El Clarín* ? Dans ce cas, sur quel fondement juridique aurait-il pu ne pas verser cette
30 compensation ?

31 Alors qu'est-ce que le Ministère a mal fait ? Ou, en d'autres termes, qu'est-ce que l'Etat
32 chilien aurait dû faire différemment ?

33 La Sentence stipule simplement qu'il n'y a pas d'informations qui permettent au Chili
34 d'appréhender la source de sa responsabilité. C'est un manquement évident à
35 l'énonciation des motifs. Dans les passages pertinents de la Sentence que j'ai déjà cités,
36 les membres du Comité en examinant ces passages devraient se poser ces questions que
37 je viens d'énoncer. Si le texte de la Sentence n'apporte pas de réponse à ces questions, eh
38 bien, le Comité saura qu'il est confronté à un manquement à l'énonciation des raisons
39 d'une telle gravité que l'annulation doit être décidée au titre de l'article 52-1(e).

40 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

41 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - C'est le paragraphe 674 de la Sentence qui
42 détermine la discrimination et qui énonce les raisons de cette conclusion ? Vous êtes

1 d'accord avec moi ou y a-t-il un autre paragraphe dans la Sentence que je devrais aussi
2 examiner ? Oui, vous avez dit 665 à 674, mais si je cherche les raisons, les motifs.

3 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, officiellement, formellement, les
4 raisons qu'ils ont avancées pour expliquer la discrimination, c'est parce que le Chili a
5 donné une compensation à ces autres personnes.

6 Ce que nous disons, c'est que cette procédure administrative, au terme de laquelle ces
7 personnes ont reçu une compensation, eh bien, le Chili avait invité les Demanderesses
8 - M. Pey - à y participer et, volontairement, il a dit : « *Non, je ne veux pas le faire parce*
9 *que j'ai déjà déposé une demande auprès du CIRDI* ».

10 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, j'ai bien compris.

11 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Dans la décision sur les mesures
12 conservatoires, le Tribunal a dit "Allez-y".

13 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, je comprends bien. Mais ce que
14 j'essaie de vous demander maintenant, ce que je voudrais que vous disiez au Comité, c'est
15 que si nous cherchons les raisons pour les conclusions de discrimination du Tribunal à
16 l'encontre de la Défenderesse, c'est dans le paragraphe 674 qu'on va les trouver ?

17 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, ce sont les seules raisons qu'ils ont
18 énoncées pour autant que nous sachions. Ils ont dit : « *En accordant une compensation à*
19 *ces personnes, vous avez opéré une discrimination* ». Ce sont les seules raisons énoncées.

20 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - A notre sens, ce n'est pas cohérent par
21 rapport aux conclusions préalablement énoncées par le Tribunal, je comprends bien, mais
22 j'essaie de trouver les raisons énoncées. En tout cas, les raisons ostensibles sont là. Vous
23 avez compensé d'autres personnes autres que M. Pey. Voilà. Très bien.

24 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Nous prévoyons aussi de discuter,
25 messieurs les membres du Comité, de la question de la procédure conforme au droit.
26 Compte tenu du temps imparti, j'aimerais seulement le résumer en une ou deux phrases.
27 Vous avez d'autres questions ?

28 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Non, non, mais prenez le temps qu'il vous
29 faut.

30 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Il nous faut à peu près quinze minutes.

31 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, nous vous donnerons ces
32 quinze minutes. Oui, vous avez répondu à un certain nombre de questions. Il y en a
33 d'autres ?

34 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Non, je ne voulais pas être impertinent,
35 mais je voulais savoir si vous attendiez pour me poser d'autres questions ?

36 **M. le président** (*interprétation de l'anglais*). - Non.

1 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). – Non ? Très bien.

2 Ce que je disais, c'est que nous avons eu une présentation sur la procédure conforme au
3 droit, nous n'allons pas la faire ici. Nous voulions souligner un point très important. Il est
4 important que les membres du Comité se penchent sur cette question. C'est donc le
5 témoignage factuel de M. Pey lors de l'audience de mai 2003. Cette audience, comme je
6 l'ai mentionné, est la seule audience sur le fond qui a été tenue tout au long de cet
7 arbitrage.

8 Pour des raisons que nous ne comprenons pas, le Tribunal a décidé qu'il n'y aurait pas de
9 témoins, pas d'experts. Nous n'entendrions personne au cours de cette audience. Les
10 parties n'ont donc pas pu faire intervenir de témoins.

11 Les Demanderesses sont arrivées à l'audience avec M. Pey ; très bien, puisque c'est une
12 partie Demanderesse, et ils ont dit : « *Eh bien, M. Pey va s'adresser au tribunal* ». Cela
13 s'était déjà passé au préalable dans la procédure d'arbitrage et donc le Conseil du Chili...

14 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Au cours de quelle audience ?

15 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - D'une des nombreuses audiences sur la
16 compétence. Je pourrais vous retrouver cela, mais il y est fait référence dans la
17 transcription de l'audience de mai 2003. Le Conseil de la République dit : « *Comme vous*
18 *vous en souviendrez lors d'une audience préalable, nous avons eu la même question qui*
19 *s'est posée, M. Pey s'est exprimé, nous souhaiterions savoir en quelle capacité ; en tant*
20 *que Partie ou en tant que témoin factuel ?* ». L'incidence étant que, s'il était là en tant que
21 témoin factuel, il devait faire l'objet d'un contre-interrogatoire pour que ce soit une
22 présentation équitable.

23 Lors de cette audience sur le fond de mai 2003, le Conseil de la République, une fois
24 encore, a dit : « *M. Pey va s'exprimer* ». Donc une fois encore, nous souhaitions savoir
25 s'il allait parler en tant que représentant de la Partie, en tant que Partie ou en tant que
26 témoin factuel ?

27 Le Tribunal a dit : « *Il n'y a pas de témoin factuel à cette audience* ». Donc, le Conseil de
28 la Défenderesse a dit : « *Bien, si c'est le cas, à ce moment-là, le Tribunal n'accordera pas*
29 *de valeur probatoire à ce que va dire M. Pey Casado aujourd'hui* ». Monsieur Lalive, en
30 particulier, a confirmé que c'était bien le cas, que c'était comme si M. Garcés allait
31 s'exprimer. C'est une paraphrase. C'est ce qu'a dit M. Lalive.

32 Par conséquent, les Parties sont allées de l'avant sur cette base, à savoir qu'il ne parlait
33 pas en tant que témoin factuel et, de ce fait, il n'y a pas eu de contre-interrogatoire de la
34 part du Chili, et ses propos ne devaient avoir aucune valeur probatoire de témoignage.

35 Néanmoins, dans sa Sentence, le Tribunal cite le témoignage de M. Pey lors de l'audience
36 de 2003 comme étant des éléments de preuve pour plusieurs déterminations clés du
37 Tribunal en ce qui concerne un certain nombre de conclusions. Là, vous voyez des
38 exemples.

1 Par exemple, la vente des actions par M. Sainte-Marie (RA-1 paragraphe 63 de la
2 Sentence). Monsieur Pey Casado est cité comme étant la source de cette conclusion du
3 Tribunal sur un élément clé. Est-ce-que la vente s'est vraiment produite ? Est-ce-que
4 M. Pey était véritablement l'acheteur ?

5 Il y a eu d'autres exemples aussi, sur lesquels je ne vais pas trop m'attarder, mais il a été
6 cité un certain nombre de fois dans la Sentence. Dans notre plaidoirie, nous spécifions où
7 ces différents éléments de la Sentence, qui cite M. Pey, se trouvent.

8 Donc M. Pey est cité comme source factuelle d'information et son témoignage est utilisé
9 pour parvenir à des conclusions critiques qui ont abouti à la détermination ultime que
10 M. Pey était en fait l'acheteur de ces actions.

11 Pour gagner du temps, Monsieur le Président, c'est tout ce que je vais dire sur ce point
12 parce que j'aimerais aussi en arriver à ma conclusion. Il me faudra quelques minutes pour
13 cela.

14 Si vous avez des questions à me poser ?

15 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - L'audience 2003 2007, vous dites qu'il y a
16 eu en fait une procédure conforme au droit. Pour 2003, nous avons la référence au
17 paragraphe 63 et puis, le paragraphe 185 où référence est faite à au témoignage de
18 M. Pey Casado le 7 mai. Il s'agit de « 185 ».

19 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Monsieur le Président, ce que nous
20 trouvons à redire c'est que si le Chili avait eu la possibilité de contre-interroger M. Pey
21 dans cette déclaration lors de cette audience, le Chili aurait pu convaincre le Tribunal de
22 ne pas faire appel uniquement à la déclaration de M. Pey, ou en tout cas le convaincre
23 d'avoir certains doutes quant à ce qu'il disait. C'est le but même d'un contre-
24 interrogatoire. Mais en refusant au Chili cette possibilité, le Tribunal a violé le droit du
25 Chili de faire entendre une procédure conforme au droit parce que, pour un grand nombre
26 de ses conclusions factuelles, il n'y a eu qu'un témoin.

27 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Ce que je cherche - je sais que c'est
28 quelque part, mais bon, j'ai un certain nombre de documents devant moi -, je me
29 demandais où était la déclaration du Tribunal. Je pense que c'était le président, le
30 professeur Lalive, disant qu'il ne vous permettrait pas d'interroger ou de contre-interroger
31 M. Pey Casado.

32 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - C'était avant l'audience, Monsieur le
33 Président parce que le Chili avait dit...

34 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Un échange de lettres ?

35 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, un échange de lettres. Nous avons dit
36 par écrit, très précisément, que nous nous réservions le droit de contre-interroger M. Pey
37 s'il venait à l'audience. Puis, il est venu à l'audience et ils ont dit : « *Bien, il va parler* ».
38 En tant que Partie, nous avons dit : « *Mais s'il parle de questions factuelles, nous*
39 *aimerions pouvoir le contre interroger* » et le Tribunal a dit : « *Non, il n'y a pas de*

1 *témoins de fait, nous n'allons pas donner de valeur probatoire aux déclarations de*
2 *M. Pey ».*

3 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Vous n'êtes pas obligé de le faire
4 maintenant, vous pourriez le faire demain, mais j'aimerais voir cet échange.

5 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - La lettre dans laquelle nous réservons ce
6 droit, c'est RA-73, Monsieur le Président. Il y a eu des allées et venues, mais c'était la
7 lettre où le Chili a dit : « *Mais si, M. Pey, c'est ce que nous avons dit, n'est-ce pas ?* ».
8 Le Tribunal a dit : « *Non, vous ne pouvez pas avoir de témoin de fait* » et de ce que nous
9 pouvons trouver la lettre nous nous réserverions le droit.

10 Alors si nous, nous avons toute une liste de choses que nous devons chercher pour vous,
11 Monsieur le Président, si vous nous donnez la possibilité de le faire.

12 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Dans cette lettre du Tribunal le 23 avril
13 2003, je lis que le Tribunal, à ce stade (le Président poursuit en français) : « *...va*
14 *entendre les arguments oraux des Parties et va entendre des témoins ou des experts* ».

15 Mais je cherche ce moment où M. Pey Casado a donc été proposé comme témoin et je
16 présume que vous avez demandé à le contre-interroger. Je cherchais la déclaration du
17 Pr Lalive disant qu'il ne vous le permettait pas.

18 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Le problème est que dans ce que vous
19 venez de dire, votre postulat est tout à fait précis. Or, il s'est passé la chose suivante : il y
20 a eu certaines discussions, des allers-retours dans les lettres pour savoir qui allait venir
21 comme témoin, et le Tribunal a dit qu'il ne pensait pas qu'il était nécessaire qu'il y ait de
22 témoins ou d'experts qui viennent à l'audience. Par conséquent, les Parties sont arrivées à
23 l'audience en pensant qu'il n'y aurait pas de témoins des faits.

24 Et une fois à l'audience, M. Pey Casado est arrivé et il a été présenté par le Conseil de la
25 Demanderesse au Tribunal et ils ont dit : « *Mais il aimerait prendre la parole devant le*
26 *Tribunal. Bon, d'accord* ». Ensuite, le Conseil des Demanderesse a dit, c'est en français je
27 crois.

28 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Vous pouvez nous le lire.

29 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Je le ferai demain, car il y a une
30 déclaration qui a été faite par le Conseil de la Demanderesse sur la question du
31 témoignage de M. Pey.

32 En tout cas, je peux vous donner une citation. Je ne veux pas massacrer le français, mais
33 la citation pertinente dans l'objection formulée lors de l'audience, en tout cas la demande
34 de précision, sur le titre au niveau duquel intervenait M. Pey Casado. C'est RA-24,
35 transcription de l'audience du 5 mai 2003, transcription 95.20-96.25.

36 En fait, il y a une traduction en espagnol que je peux vous la paraphraser. Le Conseil du
37 Défendeur, à l'audience d'octobre 2001, a posé une question. J'avais posé, au Tribunal, la
38 question de savoir à quel titre intervenait M. Pey : était-ce en tant que représentant des
39 Demanderesses ou en tant que Demanderesses ? A quel titre parlait-il ? Or, je me rends

1 compte qu'il y aura une déclaration en tant que représentant, mais j'aimerais laisser une
2 réserve, c'est-à-dire que son intervention n'aura pas de poids probatoire s'il parle de faits.

3 **M. le président** (*interprétation de l'anglais*). - De qui s'agit-il ?

4 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Il s'agit du conseil du Chili, M. Guzman. Il
5 interviendra au nom de M. Garcés. C'est comme si M. Garcés parlait. Et le Pt Lalive a
6 dit, dans la partie pertinente : « *Je me rappelle avoir dit aujourd'hui, dans l'introduction,*
7 *que nous n'aurions pas de témoins. Par conséquent, la question du poids de la preuve*
8 *n'est pas une question qui a été présentée* ».

9 Voilà, tout cet effort pour rien, Monsieur le Président ! (*Sourires.*)

10 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Non, pas du tout. C'est bien, vous
11 pratiquez votre espagnol. Je veux vous poser une question : je vous demanderais de bien
12 vouloir faire une sorte de synthèse.

13 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Oui, nous ferons une sorte de chronologie,
14 en effet, que nous vous donnerons demain.

15 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Dernière question : vous êtes-vous plaints
16 après cette décision et après que M. Casado soit intervenu ?

17 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Non, nous ne nous sommes pas plaints,
18 Monsieur le Président, pour une raison bien simple : tous ceux qui étaient dans cette salle
19 d'audience ont compris qu'il ne parlait pas en tant que témoin de fait, mais en tant que
20 Partie et, par conséquent, que ses déclarations n'auraient pas de poids en tant que preuve.
21 Ce n'est qu'au moment où la Sentence a été rendue que nous nous sommes rendus compte
22 que le Tribunal avait pris ses déclarations qu'il avait faites en tant que Partie et il les a
23 citées comme s'il avait été témoin de fait.

24 C'est là la raison pour laquelle nous n'avons jamais eu la possibilité de faire des
25 objections, parce que d'après ce que nous avons compris, d'après ce que tout le monde
26 avait compris, il n'y avait aucune objection à formuler.

27 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Je vous remercie.

28 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Quelques petites choses en guise de
29 conclusion.

30 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Je vous en prie.

31 **Me P. Di Rosa** (*interprétation de l'anglais*). - Comme le Tribunal a pu le voir dans la
32 Sentence, cela a été un arbitrage long, terriblement long et compliqué. A cette liste
33 d'adjectifs, j'ajouterais l'adjectif « douloureux ». Cela a été douloureux parce que, depuis
34 le début, le Chili s'est trouvé devant des Demanderesses extrêmement agressives, le tout
35 conjugué à un Tribunal exceptionnellement hostile, qui a toléré des comportements très
36 étranges de la part des Demanderesses qui n'auraient jamais dû être tolérés.

1 Ce Comité a vu un peu la conduite des Demanderesses dans cette procédure en
2 annulation, mais ce n'était rien comparé à ce qui est apparu au cours de l'arbitrage initial.
3 Imaginez un peu, les Demanderesses se sentant hardies parce que le Tribunal était
4 indulgent, pendant des années elles s'en sont sorties avec des accusations
5 invraisemblables, avec une judiciarisation abusive, avec des fuites de documents
6 confidentiels, à gauche, à droite, sur leur site web, sur d'autres sites web. Nous pensons
7 que tout cela, à la fois de manière cumulée et globale, est une inobservation grave d'une
8 règle fondamentale de procédure qui est la règle générale d'une procédure conforme au
9 droit.

10 Il ne s'agit pas d'un arbitrage où un observateur objectif, tout à fait au courant de ce qu'il
11 se passait, aurait considéré comme juste ou impartial. Nous avons essayé de donner au
12 Comité une idée de cela, mais étant donné nous n'avions ni le temps ni l'espace, nous
13 avons dû nous limiter à tout simplement une poignée d'exemples en guise d'illustrations.

14 J'aimerais faire quelques observations supplémentaires en guise de conclusion.

15 En revenant aux observations du Tribunal, à savoir que l'arbitrage avait été
16 « *exceptionnellement long et complexe* » - c'est une citation -, j'aimerais parler de la
17 question de la durée de la procédure. Parce que le Tribunal originel et les Demanderesses
18 ont fait apparaître le Chili comme étant le méchant dans le film, et là nous devons rétablir
19 la vérité.

20 Cet arbitrage est maintenant dans sa quatorzième année. De toute évidence, c'est une
21 longue période, mais les délibérations du Tribunal arbitral représentent une partie très
22 importante de cette période.

23 Par exemple, lorsque le Chili a défié le Tribunal tout entier en 2005, le Tribunal avait
24 déjà délibéré pendant deux ans et quatre mois après l'audience finale quant au fond, sans
25 aucune fin en vue. Si l'on ajoute toutes les périodes de temps pendant lesquelles les
26 Parties n'ont fait qu'attendre que le Tribunal décide, la déficience, la clause
27 d'incompétence, le fond, la révision... Nous avons fait l'addition et cela représente
28 pratiquement six ans qui étaient attribuables exclusivement au Tribunal ; six années
29 pendant lesquelles les Parties attendaient, attendaient une décision.

30 Les Demanderesses ont elles-mêmes été responsables d'une grande partie du retard.
31 Comme cela a été révélé au cours des procédures de récusation, cette affaire aurait été
32 terminée en 2001, sans une décision juridictionnelle en faveur du Chili, si les
33 Demanderesses n'avaient pas contesté de manière désespérée, à la dernière seconde, le
34 président initial M. Rezek. Cela a ajouté encore dix ans à la procédure. Au minimum,
35 cela a provoqué un retard, alors que le Tribunal était reconstitué après cette contestation
36 et, lorsque M. Lalive est arrivé en tant que nouveau Président, il a demandé de nouvelles
37 audiences, ce qui n'a fait que rajouter au retard.

38 Nous n'allons même pas essayer de quantifier le temps et les dépenses provoquées par
39 l'habitude des Demanderesses d'absolument tout judiciariser à mort, même si ce sont des
40 questions qui ne sont pas toujours très importantes, et vous l'avez vu au cours de cette
41 procédure.

1 En fin de compte, le seul retard qui soit attribuable au Chili dans cet arbitrage était le fait
2 qu'il ait contesté le Tribunal en 2005. Le fait que cette contestation soit traduite par la
3 récusation sans précédent de l'un des arbitres montre que le Chili avait bien fait de faire
4 cette contestation et, par conséquent, nous ne pouvons lui jeter la pierre pour un retard
5 provenant de cet incident précis.

6 En son fait, le retard est pratiquement totalement attribuable aux Demanderesses et au
7 Tribunal. Je vous donne tous ces détails simplement parce que les membres du Comité
8 peuvent avoir tendance à s'inquiéter de la longue période de temps pendant laquelle cette
9 affaire a été en suspens et peuvent être préoccupés du retard qui serait pire encore s'il y
10 avait annulation de la Sentence.

11 Peut-être pensez-vous quelque part qu'il y a d'autres considérations qui entrent en ligne
12 de compte : quel impact une annulation pourrait avoir sur l'image du CIRDI ? Comment
13 l'annulation d'une affaire qui a déjà duré quatorze ans sera-t-elle perçue ?

14 Mais, pour bien s'acquitter de sa responsabilité, jouer son rôle dans le système CIRDI, le
15 Comité *ad hoc* doit résister à des spéculations de ce type. Nous pensons qu'une décision
16 de mettre cette affaire sous le tapis serait beaucoup plus dommageable au système
17 CIRDI, nonobstant les irrégularités qui, depuis le début, l'ont vraiment marqué.

18 Il en est vrai de toute considération relevant de l'annulation de Décision *Sempra, Enron,*
19 *Fraport*. Dans les milieux de l'arbitrage, on a beaucoup parlé des décisions récentes qui
20 pourraient signaler un retour à l'ère d'annulation de la période *Klöckner* et *AMCO*. Mais,
21 ce qui s'est passé dans les affaires récentes n'a rien à voir avec la décision du Comité dans
22 ce cas précis. L'intégrité du système exige que les Comités *ad hoc* fassent ce qui doit être
23 fait et décident de chaque affaire sur ses propres mérites, au lieu de spéculer quant à
24 l'impact potentiel de leur décision ou de faire des spéculations sur les tendances
25 générales.

26 Le fait qu'à ce moment précis, il y a eu quelques décisions consécutives d'annulation ne
27 devrait pas entrer en jeu, même de manière subliminale, dans la décision de ce Comité.
28 Ce serait une anomalie si une Sentence telle que celle-ci qui, vraiment, appelle à une
29 annulation plus que toute autre dans l'histoire du CIRDI, devait persister. C'est
30 particulièrement vrai si l'on considère que les carences qui ont mené à l'annulation
31 d'affaires récentes étaient triviales.

32 La dernière chose que je dirai dans cette conclusion porte sur un autre facteur qui devrait
33 également ne pas être pertinent, mais qui mérite tout de même d'être discuté. Il s'agit de
34 l'identité des membres du Tribunal dont la Sentence est contestée.

35 Pourrait-on dire peut-être qu'à la fois M. Garet (?) et M. Chemloul ont hérité d'une
36 situation extrêmement confuse au moment où ils sont devenus arbitres pour cette affaire.
37 Monsieur Lalive, d'autre part, était dans l'œil du typhon pendant la plus grande partie de
38 la période.

39 Nous sommes tous conscients de la trajectoire éminente de M. Lalive. Mais cet arbitrage,
40 peut-être à la différence de la plupart des arbitrages dans la longue carrière de M. Lalive,
41 avait un vice de forme qui a été fatal.

1 Dans une phase d'annulation, chaque Sentence et chaque procédure doit être jugée de
2 manière objective et non pas sur la base de la carrière et de la réputation des arbitres.
3 Chacun peut faire des erreurs de temps à autres. Pour un ensemble de raisons, cet
4 arbitrage-ci a totalement, horriblement, déraillé. Peut-être cela n'a-t-il pas été
5 complètement de la faute de M. Lalive, mais c'est ainsi que cela s'est passé. La procédure
6 d'arbitrage, dans cette affaire, est une aberration dès le début et pratiquement jusqu'à la
7 dernière journée de la dernière audience et cela justifie l'annulation, tout comme la
8 Sentence.

9 J'aimerais terminer en rappelant aux membres du Comité que, dans l'affaire d'annulation
10 de *Klöckner* il y a de nombreuses années, M. Lalive s'est trouvé exactement dans la
11 même situation que celle dans laquelle vous vous trouvez aujourd'hui. En tant que
12 président du Comité d'annulation, lequel qui se trouvait dans la perspective d'annuler une
13 Sentence qui avait été prononcée en tant que président du Tribunal par un éminent juriste
14 et ancien membre de la Cour internationale de justice, Eduardo Jimenez de Arechaga. En
15 fin de compte, M. Lalive a compris qu'il fallait qu'il se laisse guider uniquement par son
16 devoir, en tant que membre du Comité, et non pas par son respect général ou son amitié
17 pour le président.

18 Ensuite, il a parlé de cet aspect de sa décision pour annuler la Sentence *Klöckner* en
19 disant les mots suivants, qui s'appliquent de la même manière avec la même force
20 aujourd'hui qu'ils l'ont faisaient pour M. Lalive, à l'époque de sa Décision *Klöckner*, il y
21 a de nombreuses années, je cite : « *La décision portant annulation de la première*
22 *Sentence Klöckner était sans aucun doute une décision difficile, en fait inattendue à*
23 *prendre. D'autant plus que le Président du Tribunal était un juge éminent de la Cour*
24 *internationale de justice et un ami personnel. Il était un ami très estimé, mais sa*
25 *Sentence ne passait pas l'épreuve d'un examen très pointu.* »

26 Si l'on peut paraphraser Lord Nelson, le CIRDI s'attend à ce que chaque membre du
27 Comité joue son rôle : « *Platon est un ami, mais la vérité est un ami plus grand encore* ».

28 Merci, Monsieur le Président.

29 Questions relatives au déroulement de la procédure

30 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Merci, beaucoup. Je vous remercie,
31 monsieur Di Rosa, je remercie tous vos collègues qui sont intervenus.

32 (*Le Président poursuit en français*)

33 Pour les Parties demandereses, nous avons prévu deux heures. Voulez-vous en
34 bénéficier ? Elles vous appartiennent ! (*Sourires.*)

35 Vous contenteriez-vous de moins de deux heures avant d'entreprendre votre plaidoirie ?

36 **Me C. Malinvaud.** - Monsieur le Président, messieurs les Arbitres, je pense que deux
37 heures ne sont pas nécessaires, l'essentiel de l'argumentaire qui a été fait correspondant
38 peu ou prou à ce qui était de toute façon dans les écritures et que vous aviez vous-mêmes

1 lu. Il nous faudrait peut-être quand même une heure et demie, en ce sens qu'il nous faut
2 déjeuner et nous préparer.

3 Je voudrais également faire une remarque d'ordre matériel, puisque nous sommes dans
4 ces aspects, et, sans vouloir rompre le charme de cette conclusion quelque peu théâtrale,
5 revenir à un peu de terre à terre, pour nous en tout cas.

6 Dans les documents qui vous ont été remis ce matin, vingt pages à la fin sont intitulées
7 pudiquement : « *Legal standards arguments and citations* », auxquelles il n'a pas du tout
8 été fait référence pendant l'exposé et c'était d'ailleurs annoncé dès le début.

9 **M. le Président.** - Oui.

10 **Me C. Malinvaud.** - En réalité, nous avons le sentiment, en le passant rapidement en
11 revue, que c'est quelque peu une nouvelle soumission qui va un peu au-delà de ce qui
12 était demandé par le Tribunal, à savoir 15 pages qui synthétisent le propos de chaque
13 Partie. Néanmoins, nous apprécions que ce type de document peut être utile au Tribunal
14 arbitral dans le cadre de ses travaux. Mais nous souhaiterions, dans l'hypothèse où vous
15 accepteriez ce document, que nous puissions y ajouter les références aux Mémoires et
16 positions des investisseurs puisque là, très naturellement, il n'y a que les références aux
17 Mémoires et à la Sentence, mais aux Mémoires de la République chilienne. Si nos
18 adversaire pouvaient nous passer la version Word de ce document et que l'on rajoute les
19 citations qui correspondent, dans nos propres écritures, à chaque fois aux arguments qui
20 ont été soulevés – pas pour demain, mais très rapidement après cette audience –, nous
21 accepterions cette pièce.

22 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Très bien pour une heure trente. Il est
23 13 heures 45. Nous nous retrouverons à 15 heures 15.

24 Pour ce qui est de votre demande, qui me semble tout à fait raisonnable, parce que, pour
25 moi, c'est d'une part les feuilles de la Partie chilienne et les références ne peuvent que
26 tomber à l'intérieur de ce qui peut aider le Comité, mais que vous puissiez les compléter
27 le cas échéant avec des citations et arguments qui, selon vous, devraient être reliés à ce
28 que nous avons ici aux pages 84 à 102. Première réaction, cela me semble raisonnable. Je
29 suggère que vous en parliez à vos amis et que vous nous fassiez un rapport après le
30 déjeuner.

31 **M. le Pr Dr. A. S. El-Kosheri** (*interprétation de l'anglais*). - Si vous me le permettez,
32 j'aimerais dire quelques mots pour rappeler aux deux Parties que j'étais l'une des trois
33 personnes responsables de l'annulation de l'affaire *Klöckner*. J'étais peut-être le plus
34 jeune parmi les trois, celui qui avait le moins d'expérience parmi eux, mais je dois vous
35 dire que j'ai joué un rôle important dans cette annulation. Pour que vous compreniez bien
36 et que vous n'ayez pas d'illusion par ailleurs sur ce point, vous pouvez vous reporter à un
37 article que j'ai rédigé sur la Sentence *Klöckner*, où j'explique à quel point cela a été
38 douloureux pour nous que d'annuler cette Sentence, mais aussi à quel point cela a été
39 important et justifié.

40 Je sais que la saga de l'annulation a commencé avec cette Sentence *Klöckner*. Il y a eu
41 beaucoup de critiques à cet égard, mais je dois vous dire qu'à ce jour, j'estime encore que

1 la première Sentence dans *Klöckner* devait effectivement être annulée et je suis très fier
2 d'avoir été associé à cette annulation.

3 Voilà pour l'indiquer officiellement, à titre d'information également, et pour soulager ma
4 conscience. Merci.

5 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). - Pour paraphraser Lord Nelson, mes
6 collègues et moi-même nous acquitterons de notre devoir à tous égards en tant que
7 membres de ce Comité.

8 (*Le Président en français.*)

9 Nous ajournons jusqu'à 15 heures 15. Bon appétit !

10 *Suspendue à 13 heures 49, l'audience est reprise à 15 heures 22.*

11 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*). – Maître Garcés, vous et les membres de
12 votre équipe êtes-vous prêts à commencer la plaidoirie orale ?

13 **Me J. E. Garcés.** – Oui, Monsieur le Président.

14 **M. le Président.** – Le Comité vous cède la parole.

15 ➤ *Plaidoirie de Me Juan Garcés pour Victor Pey Casado et Fondation Président*
16 *Allende*

17 **Me J. E. Garcés.** – Merci beaucoup. Tout d'abord, au nom de toute notre délégation,
18 nous saluons les membres du Comité *ad hoc*, madame la secrétaire du Comité *ad hoc* et
19 madame l'assistante du Président du Tribunal

20 Nous sommes arrivés à cette séance, après que le Comité *ad hoc* ait accepté la demande
21 du Chili d'avoir cette séance. Nous sommes là avec toute notre meilleure volonté pour
22 aider à pouvoir apporter ce qui nous semble être notre principale contribution à cette
23 réunion : la connaissance du dossier arbitral, et aider à l'interprétation de la Sentence et la
24 demande d'annulation à partir de ce rapport entre la Sentence et le dossier arbitral. Nous
25 ferons tout cela avec la meilleure bonne foi et en manifestant, d'emblée, notre plus grand
26 respect à tous les membres du Tribunal arbitral qui a prononcé cette Sentence ; même
27 lorsque nous, les Parties, ne partageons pas certains itinéraires du Tribunal -
28 particulièrement dans ce qui concerne une partie du 8^{ème} point du dispositif. Pour les
29 Demanderesses, est inacceptable l'absence de considération en la personne des arbitres,
30 telle qu'on peut le lire dans la *request for annulment*, allant jusqu'à l'injure et la fraude
31 idéologique systématique.

32 Dans notre Duplique, nous avons parlé d'un terme juridique -j'aime employer le terme en
33 italien (parce qu'en espagnol, cela a une connotation très particulière) : « la *truffa*
34 *processuale* » . Et qui consiste – en italien on dira : « *un reato di pericolo a*
35 *consumazione anticipata* », c'est « un délit de danger à consommation anticipée ».

36 En langage plus courant et normal, puisqu'on parle d'Etat, si on était aux temps de Marie
37 de Médicis on dirait : « Du poison à effet retardé ». En cette période, où nous avons des

1 armements très sophistiqués il y a des missiles qui, lorsqu'ils sont lancés sont
2 accompagnés d'une myriade de leurres pour tromper les défenses adverses et essayer de
3 faire passer la charge qui est importante qu'elle atteigne son but.

4 Aussi, je soutiens que cette procédure d'annulation est une mise en application de cette
5 technique, à savoir qu'elle est truffée de leurres, les uns à la suite des autres. Le problème
6 est de savoir comment, en quelques mois que le Comité a à sa disposition et les
7 heures ou le temps que nous avons pour aider le Tribunal, ces leurres-là peuvent être
8 décelés et écartés par rapport à ce qui est la charge des profondeurs.

9 Dans l'introduction liminaire de ce matin, j'ai perçu la confirmation de cette volonté de
10 ne pas accepter la juridiction du CIRDI et la possibilité d'arbitrer, auprès du CIRDI. Ce
11 n'est pas la première fois. Lors de la première réunion du premier Tribunal, en février
12 1999 (c'est dans les minutes), ils sont venus avec une menace des forces armées
13 chiliennes. Le chef de la Marine a rendu publique une déclaration en disant qu'ils étaient
14 prêts à dénoncer la construction d'un sous-marin de guerre si cette affaire ne se terminait
15 pas là. Le président de la Commission des Affaires étrangères en 1999, M. Valdés
16 Subercaseaux a menacé publiquement de représailles économiques en direction de
17 l'Espagne si cette demande n'était pas étouffée. Cela a même suscité une réponse de la
18 Commission européenne visant à dire : « *Vous ne pouvez pas interférer dans un*
19 *arbitrage international* ».

20 Il m'a semblé entendre, dans cette intervention liminaire, puisqu'on a parlé de
21 Shakespeare, pour ma part j'ai songé à un grand poète méditerranéen, Dante Alighieri.
22 Dans la Divina Comedia, quand Virgile arrive, avec Dante, devant un juge très sévère, le
23 juge Minos, il passe. Le juge dit alors : « Ah vous, arrêtez-vous là, où allez-vous ? Je
24 suis là, je suis le juge ». Virgile répond : « *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si*
25 *vuole* ». En français, langue de l'arbitrage : « On veut comme cela, là où on peut ce que
26 l'on veut », « *è piu non dimandare* », « c'est tout ce que j'ai à dire ».

27 C'est cette musique que j'ai entendue. Mais, bien entendu, je le dis en toute sérénité
28 parce que, finalement, notre force, c'est la Convention du CIRDI. Un Tribunal CIRDI ne
29 peut pas être sensible à cet ordre : on veut cela, c'est ce qu'il faut faire, et sinon etc. Cela
30 n'est pas acceptable et, bien entendu, nous avons mesuré la portée des conséquences de
31 ces affirmations.

32 Mais cette dénaturation des fondements de la Sentence oblige les Demanderesses à
33 réitérer, ici, dès le premier moment, notre objection à tous et à chacun des arguments, des
34 affirmations et considérations de la Défenderesse qui ne seraient pas expressément
35 acceptés. Ce matin, nous avons entendu que les Demanderesses sont d'accord, que les
36 Demanderesses n'ont pas rejeté... Pas question ! C'est tellement l'articulation de faux
37 syllogismes, de sophismes, de prémisses modifiés, paragraphe après paragraphe, phrase
38 après phrase ; c'est tellement énorme que nous ne pouvons que dire – et nous l'avons
39 déjà écrit d'ailleurs dans toutes nos pièces – que nous ne sommes d'accord sur rien, sauf
40 si nous disons : « sur ce point-là, précis, nous sommes d'accord. »

41 Les inexactitudes et les faux sont tellement nombreux qu'il nous faudrait, pour les
42 démontrer, les uns après les autres, du temps supplémentaire à celui qui nous a été

1 accordé. Et un éventuel silence à leur égard ne peut pas s'interpréter comme un
2 acquiescement.

3 Je donnerai quelques exemples de cela. Le premier, c'est déjà la première séance dans
4 cette même salle, lorsqu'on nous a dit : « Voilà, ici il y a un décret confidentiel et
5 secret ». Ce n'était ni secret ni confidentiel, mais, avec le recul, c'était un leurre : ce qu'il
6 cachait, cette fausseté qui était confidentielle, c'était une charge de s profondeur-s, c'est
7 le fait qu'un décret ne peut pas être modifié, ne serait-ce que dans une phrase, sans qu'il y
8 ait une nouvelle signature du chef de l'Etat. Or, ils nous ont produit un décret, avec
9 plusieurs pages intérieures modifiées, des paragraphes entiers, et la dernière page avec la
10 signature était intacte.

11 Ici, je vous le dis – ce n'est pas le conseil qui vous parle, mais l'ancien conseiller du
12 Président Allende –, en ma présence, des ministres arrivaient devant le Président avec
13 des décrets dont on avait modifié une phrase, pour une raison ou une autre, et ils
14 demandaient la signature du décret tout entier, avec cette modification de la phrase. C'est
15 probablement la charge en profondeur qui était couverte par cette idée de la
16 confidentialité que nous avons réussi à démonter.

17 Autre exemple : dans sa communication du 30 mars 2011, la République affirme que la
18 publication des documents a eu pour effet d'enflammer les polémiques sur l'Affaire dans
19 la presse. Les Demanderesses n'ont connaissance d'aucune polémique dans la presse –
20 exception faite de ces déclarations dont je viens de faire état, qui n'ont pas été répandues
21 par nous – et de l'inflammation alléguée ; il n'y a pas la moindre trace de cela dans le
22 dossier arbitral, pas plus que dans le dossier de l'annulation. Mais ils créent l'effet virtuel
23 d'une inflammation

24 Même les affirmations apparemment les plus simples de la délégation de la République
25 du Chili ne peuvent pas être acceptées, elles font partie des syllogismes faux. En voici
26 quelques exemples.

27 La *request for annulment* attaque la Sentence sur la base, affirme le Chili, que M. Pey a
28 obtenu la nationalité chilienne par naturalisation. Est-ce que nous sommes contre cette
29 affirmation ? Normalement, non. Mais dans le contexte où elle est développée, dans une
30 *request* où on ne fait même pas mention de la Convention de la double nationalité, qui
31 régit cette acceptation de la nationalité chilienne, c'est une prémisse que, telle qu'énoncée
32 nous ne pouvons pas accepter parce qu'elle est avancée et développée en dehors de son
33 contexte naturel. D'autant que le Tribunal arbitral a eu à sa disposition, depuis l'année
34 1999 (pièce CN-30) l'interprétation authentique de cette convention de double nationalité
35 dans les termes suivants : « *Il s'entend, dans ce cas, que la double nationalité hispano-*
36 *chilienne n'est pas une contrainte envers les particuliers, mais une faculté ou un bénéfice*
37 *qui leur est concédé auquel ils peuvent renoncer* ». C'est l'article 1^{er} de la Convention.

38 Dans cette même Convention – c'est un point qui sera développé par la suite par ma
39 consœur Alexandra Muñoz –, vous avez la réponse à la question de ce matin sur la
40 renonciation : un traité bilatéral entre l'Espagne et le Chili sur la nationalité. Et que dit-il
41 dans son considérant n° 3 ? Il dit que : « *Le Code civil espagnol et la Constitution du*
42 *Chili s'accordent à admettre que les Chiliens en Espagne, et les Espagnols au Chili,*

1 peuvent acquérir respectivement la nationalité chilienne ou espagnole sans renonciation
2 préalable à leur nationalité d'origine ».

3 Voilà clairement explicité la chose : c'est volontaire. Ils peuvent renoncer ou ne pas
4 renoncer pour devenir Espagnol ou pour devenir Chilien. C'est un traité international.

5 Et alors que la République a produit l'opinion du professeur de droit international privé
6 de l'Université du Chili, M. Guzmán, soutenant que : « *En matière de perte et de*
7 *récupération de la nationalité, les traités internationaux, en particulier le traité la CDN*
8 *Espagne-Chili de 1958 et la Convention de Rio de Janeiro, prévalant dans toute*
9 *interprétation portant sur l'article 11 de la Constitution du Chili [...]* ». Cette opinion a
10 été citée également dans la Sentence, c'est l'opinion du Pr Guzmán dans le point 313,
11 parmi d'autres opinions d'experts allant dans le même sens, ont été produites par
12 l'Espagne, par la délégation espagnole et par la délégation chilienne. Là, je suis en train
13 de faire une introduction liminaire et ces points seront développés par la suite par des
14 interventions ultérieures.

15 La *request* demande l'annulation intégrale de la Sentence sur la base de ce que « *la*
16 *Décision 24 du groupe de Carthagène avait été incorporée au système légal chilien en*
17 *1971* ». Cette affirmation ne peut pas être acceptée comme telle, encore une fois, car la
18 *request* ne mentionne même pas que : « *Cette Décision n'étant pas self executing, la*
19 *norme régissant les investissements étrangers continuent à être [comme l'affirme la*
20 *Sentence], le décret-loi de 1960 dénommé « Statuts de l'investisseur » selon lequel*
21 *c'était la devise et non la nationalité qui déterminait, en 1972, la nature étrangère de*
22 *l'investissement* ». C'est ce qui est attesté, dans le dossier arbitral, par des pièces et des
23 témoignages contemporains que la Sentence mentionne dans ses points 333, 354, 358,
24 399, 400 et dans les notes 299 et 336.

25 La *request* demande également l'annulation de la Sentence sur la base que
26 l'investissement de M. Pey, en 1972, n'aurait pas la qualité d'étranger dans les termes de
27 la Convention CIRDI pour, ensuite, demander d'expurger l'étude publiée dans *The*
28 *Harvard International Law Journal* par le Pr J.D. Mortenson sur *The Meaning of*
29 *Investment ICSID's Travaux* et de *Domain of international investment law*.
30 Le Pr Mortensen dit : *Les critères de la Sentence sont parfaitement conformes à*
31 *l'article 25 de la Convention* D'ailleurs, les critères sur l'élucidation de l'article 25 de la
32 Convention suivi par la Sentence, la Sentence qui nous occupe, sont parfaitement
33 conformes à bien des arrêts ou des décisions antérieures. Je citerai, par exemple, l'Affaire
34 *Philippe Gruslin* contre la Malaisie, l'Affaire *AES Corporation c/ la République*
35 *d'Argentine*, l'Affaire *Azurix c/ la République d'Argentine* (Décision de 2005), la
36 Décision sur la juridiction dans l'Affaire *Camuzzi International c/ la République*
37 *d'Argentine* (2005), la Décision sur la juridiction dans l'Affaire *IBM World Trade Co. c/*
38 *la République de l'Equateur* du 22 décembre 2003, l'Arrêt de l'Affaire *Lanco*
39 *International c/ la République d'Argentine* (1998), l'Arrêt dans l'Affaire *Generation*
40 *Ukraine c/ l'Ukraine* de 2005, l'Arrêt dans l'Affaire *Mihaly International Corporation*
41 *contre la République démocratique socialiste du Sri Lanka* de mars 2002, l'Arrêt de
42 l'Affaire *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre la République de*
43 *Philippines* de 2007, la Décision sur les objections à la juridiction de SGS (Société
44 Générale de Surveillance) contre la République Islamique du Pakistan (2003), la
45 Décision sur la juridiction de la *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre la République*

1 Slovaque, l'Arrêt de l'Affaire *LESI-Dipenta contre l'Algérie* (2008) ou la Décision sur la
2 juridiction de l'Affaire *Vayindir contre le Pakistan* de 2005.

3 Les critères retenus par notre Sentence - la Sentence qui nous occupe - ont été, après sa
4 communication aux Parties, réaffirmés ou pris en compte par d'autres résolutions : la
5 Sentence par *Biwater Gauff Ltd contre la United Republic of Tanzania* du 4 juillet 2008,
6 par l'Arrêt de l'Affaire *RSM Production Corporation* contre Grenada de mars 2009,
7 dans la Décision sur l'application d'annulation de l'Affaire *Malaysian Historical Salvors*
8 *contre la Malaisie* d'avril 2009, ou dans l'Arrêt *Sergei Paushok* contre le Gouvernement
9 de la Mongolie du 28 avril 2011.

10 Nous ne sommes donc pas devant une Sentence qui fait une interprétation de l'article 25
11 tout à fait isolée ou originale.

12 Alors que la requête en annulation demande l'annulation de toute la Sentence alléguant
13 que « *Mr Pey's claim was being dealt with and his interests were receiving attention* »
14 par la 1ère Chambre Civile de Santiago, une preuve additionnelle du contraire a émergé
15 le 30 janvier 2011.

16 Lorsque ce matin, Monsieur le Président, vous nous avez demandé si nous avons
17 quelques observations préliminaires à faire, j'ai répondu « non » car la décision que vous
18 avez prise sur cette preuve émergée du 30 janvier 2011 nous l'avons, bien entendu,
19 respectée et nous voulons la respecter. Mais ce que nous avons entendu ce matin, par
20 rapport à la Décision, à l'Affaire *Goss* auprès de la juridiction interne et la demande
21 complémentaire de novembre 2002 - et l'interprétation qui en a été faite - est à ce point
22 de mauvaise foi que non seulement ils ne pourront jamais répondre à votre question -où
23 est le chapeau de ce que vous attribuez, que les Demanderesses ont porté la confiscation
24 dans ce ...- ils ne pourront pas le produire demain parce que c'est absolument faux. Mais
25 ce qui est pire, c'est qu'ils profitent du fait qu'il n'est pas possible de citer cette Sentence
26 pour maintenir l'équivoque ou maintenir la fausse image. Alors, étant donné ce que nous
27 avons écouté ce matin, nous nous permettons très respectueusement de soumettre au
28 Tribunal l'opinion du Pr Schreuer sur une procédure d'annulation et un fait nouveau qui
29 est intervenu lorsque la procédure d'annulation est en cours (ce qui est le cas). L'opinion
30 du Pr Schreuer est celle-ci : « *Si les fondements additionnels en vue de l'annulation*
31 *apparaissent durant la procédure d'annulation, les Parties peuvent s'appuyer dessus et*
32 *ils peuvent être utilisés comme base pour l'annulation par le Comité ad hoc, pourvu qu'il*
33 *n'y ait pas eu renonciation à en faire usage pour ne pas l'avoir fait en temps voulu* ».
34 Nous l'avons connue, le 30 janvier 2011, nous l'avons communiquée au Comité *ad hoc*
35 le 28 février, donc le délai de 120 jours n'était pas écoulé.

36 Le Pr Schreuer poursuit : « *Cette situation n'est pas contredite par les limites temporelles*
37 *figurant à l'article 52(2); ces limites concernent la demande d'une Partie aux fins*
38 *d'introduction d'une procédure en annulation. Il n'empêche pas un Tribunal ad hoc de*
39 *prendre connaissance des faits additionnels une fois que la procédure est en cours.*
40 *Même en rapport avec d'autres fondements en vue de l'annulation, il n'y a aucune bonne*
41 *raison de l'exclure de façon péremptoire une fois que la procédure d'annulation est en*
42 *cours. La raison d'être de la limite temporelle n'aurait pas lieu de s'appliquer*
43 *concernant une Sentence qui fait déjà l'objet d'une procédure en annulation. Une fois*
44 *que la procédure d'annulation a été introduite en temps voulu, la finalité ne sera pas*

1 *avantageusement servie de façon significative en excluant des points qui n'ont pas été*
2 *soulevés dans les écritures introductives par la Partie demanderesse ».*

3 Maintenant, Monsieur le Président, avec votre permission, je vais passer la parole à
4 Me Malinvaud.

5 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

6 **M. le Président.** - J'aurais peut-être une question pour vous, maître Garcés. Je lis ce
7 commentaire de M. Schreuer et je vois bien ce qu'il dit. Avez-vous également une
8 jurisprudence quelconque du CIRDI, à ce effet, qui vient appuyer la thèse de M. Schreuer
9 ou bien est-ce tout ce que vous avez trouvé ?

10 **Me J. E. Garcés.** – Lorsque nous avons soumis les faits tels que nous les avons connus,
11 nous avons étudié la question que vous me posez, à savoir ce que dit la jurisprudence.
12 Nous avons trouvé que parmi toutes les décisions de tous les Comités *ad hoc* dont les
13 décisions étaient accessibles (huit ou dix décisions publiées que nous avons étudiées),
14 trois ou quatre d'entre elles font état du fait que le Comité a pris en considération tous les
15 documents qui ont été produits. Il y a même une décision qui indique que des documents
16 ont été produits lors de l'audience finale de la procédure. C'est tout ce que nous avons
17 trouvé.

18 Mais dans le cadre d'une approche tellement précise et ciblée, comme celle du
19 Pr Schreuer, il est probable qu'un problème tel que celui survenu dans cette affaire ne
20 s'est pas produit dans d'autres affaires ; en tout cas, nous n'en avons pas trouvé de trace.

21 **M. le Président.** – Je présume que vous nous citez ce passage du commentaire de
22 M. Schreuer à l'appui de votre demande d'annulation du paragraphe 8 du dispositif,
23 n'est-ce pas ? C'est exact ?

24 **Me J. E. Garcés.** - À l'appui de toute la Sentence. En effet, cette Décision montre qu'il
25 y a eu occultation, fermement souhaitée et maintenue auprès du Tribunal arbitral, de ce
26 qu'était la position de la juridiction interne, et l'occultation auprès du Comité *ad hoc* à la
27 suite de son existence, parce qu'à la différence de nous, ils avaient cette Sentence depuis
28 le mois de juillet 2008.

29 Pour les sept premiers points du dispositif de la Sentence, cette résolution interne
30 confirme absolument combien l'approche du Tribunal arbitral a été correcte lorsqu'il a
31 trouvé qu'il y avait une violation de l'article 4 de l'API. En même temps, elle peut nous
32 servir, si le Tribunal nous permettait de la citer, pour soutenir certains enchaînements
33 logiques, dans le 8^{ème} point du dispositif, cela montrerait que l'article 7 de la Constitution
34 du Chili, en application impérative par les institutions internes, a été absolument ignoré
35 dans la Sentence arbitrale en ce qui concerne le 8^{ème} point du dispositif. Or, dans cette
36 Sentence interne, dans ce jugement interne, on voit, *ex officio*, la Cour appliquer
37 l'article 7 de la Constitution alors que l'action exercée auprès de la Première Cour de
38 Santiago était l'action civile de dépôt par nécessité et on n'a nullement exercé l'action
39 d'annulation de l'article 7. C'est donc la Cour elle-même qui, par obligation, applique
40 l'article 7 de la Constitution avec les conséquences qu'elle en tire. Voilà pour toute la
41 Sentence...

1 **M. le Président.** – J’attire votre attention sur le dernier paragraphe de la citation, qui ne
2 semble pas aller dans la direction dans laquelle vous voulez entraîner le Comité : « *Une*
3 *fois que la procédure d’annulation a été introduite en temps voulu, la finalité ne sera pas*
4 *avantageusement servie de façon significative en excluant des points qui n’ont pas été*
5 *soulevés dans les écritures introductives par la Partie Demanderesse* ».

6 **Me J. E. Garcés.** – Oui. C’est-à-dire que la partie Demanderesse a demandé l’annulation
7 des points 1 à 7 de la Sentence et elle a donné les raisons à cela – nous les avons vues ce
8 matin – en disant qu’elle a utilisé cette procédure Goss, à l’intérieur, à l’appui de cette
9 demande d’annulation. Par rapport à ces arguments, à l’appui de l’annulation de ces
10 7 points, nous avons donné des réponses qui figurent dans nos Mémoires.

11 Mais dans cette Sentence en particulier, il y a des éléments qui contredisent ou qui
12 mettent à nu, plus exactement, cette fausse image qui a été à nouveau recréée ce matin
13 autour de l’Affaire Goss et son rapport avec les points 1 à 7 du dispositif de la Sentence.

14 **M. le Président.** – Je vous remercie Maître Malinvaud, vous avez la parole.

15 ➤ **Plaidoirie de Me C. Malinvaud pour Victor Pey Casado et la Fondation**
16 **Président Allende**

17 **Me C. Malinvaud.** –Merci. Monsieur le Président, messieurs les Membres du Comité,
18 mesdames, mes chers confrères, je vais m’exprimer sur deux points. Ensuite, je passerai
19 la parole à Alexandra Muñoz sur la suite des développements. Les deux points sur
20 lesquels je souhaite m’exprimer concernent, d’une part, le rappel de la mission du
21 Comité *ad hoc*, le pourtour de sa mission ; cela même si je risque d’enfoncer quelques
22 portes ouvertes et, bien évidemment, j’essaierai d’en enfoncer le moins possible et de
23 laisser ouvertes celles qui le sont déjà.

24 D’autre part, dans un deuxième temps, de manière un peu transversale cette fois-ci, je
25 souhaiterais vous démontrer qu’il n’y a eu aucune violation, *a fortiori* grave, d’une règle
26 fondamentale de procédure. En revanche, les causes d’annulation sur la partie de la
27 Sentence relative à la compétence ou à la violation de l’API seront traitées par Alexandra
28 Muñoz.

29 A titre introductif et préliminaire, néanmoins, je souhaite simplement rappeler
30 qu’évidemment nous ne serons pas exhaustifs et nous renvoyons le Tribunal à nos
31 écritures pour l’ensemble des points que nous n’aurons pas le temps ou le souhait de
32 développer oralement.

33 Par ailleurs, une deuxième remarque, incitée par le propos introductif de M. Mori: il me
34 semble qu’il a démontré de la manière la plus flagrante, que les motifs du recours en
35 annulation, c’est tout simplement l’inacceptabilité, pour la République du Chili, de la
36 décision de la Sentence. Qu’il s’agisse des questions de compétence ou qu’il s’agisse des
37 questions relatives à la violation de l’API, on ne saurait mieux décrire un appel au fond.

38 D’ailleurs, vous avez entendu, ce matin, la remise en cause systématique, en réalité, de
39 toutes les questions de fond : M. Pey n’est pas propriétaire, M. Pey est encore Chilien. Je

1 ne vais pas reprendre l'ensemble de ces développements, mais on est clairement dans le
2 fond et ce n'est pas, évidemment, l'objet de votre mission.

3 Dernière remarque préliminaire – et j'arrêterai là, parce que je ne veux pas entrer dans
4 cette polémique de qui a raison, qui a tort, qui a été correct, qui a été incorrect, pourquoi
5 cela a duré aussi longtemps ou pas duré aussi longtemps –, je souhaiterais simplement
6 attirer l'attention du Tribunal arbitral, outre sur la *footnote* 270 qu'il a lui-même relevée,
7 sur laquelle le Chili peut être s'exprimera comme vous l'y avez invité, mais également sur
8 le paragraphe 729 de la Sentence qui, alors qu'elle traite des conclusions du Tribunal et
9 du coup dit : « [...] *force est de constater que la durée de la présente procédure, et par*
10 *conséquent ses coûts pour toutes les parties et pour le Centre, ont été notablement*
11 *augmentés par la politique adoptée par la Défenderesse [c'est-à-dire le Chili en l'espèce,*
12 *à cette époque-là] consistant, au-delà des exceptions usuelles ou « normales » à la*
13 *compétence, à multiplier objections et incidents parfois incompatibles avec les usages de*
14 *l'arbitrage international ».*

15 Quand on connaît la personnalité des arbitres qui ont rendu cette Sentence, et la civilité
16 de leurs propos, on voit très bien ce à quoi ils font référence quand ils évoquent cette
17 attitude de la République du Chili.

18 Là-dessus, je ne veux pas – et je ne le ferai pas –, revenir sur la myriade d'incidents qui
19 ont émaillé cette procédure.

20 J'en viens donc maintenant à mon propos : la mission du Comité *ad hoc*. J'aurai
21 deux points :

- 22 ▪ quelle est la spécificité de cette procédure d'annulation ?
- 23 ▪ quels sont, parmi les fondements qui ont été évoqués par la République du Chili,
24 les caractéristiques que ces fondements doivent revêtir pour être acceptables ?

25 Spécificité de la procédure d'annulation, j'en verrai trois :

- 26 ▪ recours extraordinaire,
- 27 ▪ absence d'appel au fond,
- 28 ▪ pouvoir discrétionnaire du Comité *ad hoc* pour annuler ou pas, dans l'hypothèse où
29 il trouverait que, oui, il y a peut-être un fondement.

30 Recours extraordinaire. Je ne m'y attarde pas, c'est l'évidence : il y a cinq cas
31 limitativement énumérés. On est sous les fourches caudines de ce type de recours. Ils ont
32 tous été invoqués par la République du Chili, sauf un : la Constitution du Tribunal
33 arbitral ; sinon, ils sont tous là. Cela doit rester une voie de recours extraordinaire. On
34 pourrait la comparer à un recours en Cour de cassation où encore on est vraiment dans
35 l'extra-extraordinaire.

36 Absence d'appel au fond. Ce n'est pas une procédure d'appel, nous le savons tous. Le
37 Chili d'ailleurs le dit lui-même et pourtant, il revient sur le fond ; et pourtant, il replaide
38 le fond de cette affaire. Ce n'est pas une procédure d'appel parce que son objet n'est pas là

1 et parce que les effets de ce type de procédure ne sont évidemment pas ceux d'une
2 procédure d'appel.

3 Les objets, l'objet de cette procédure – je suis désolée d'avoir à revenir là-dessus, je sais
4 que vous le savez, mais je me sens l'obligation d'y revenir, même brièvement : il ne s'agit
5 pas de vérifier la pertinence ou la justesse de la Sentence au fond. Il s'agit de garantir la
6 légitimité du processus de décision. C'est bien de cela dont il s'agit. Et il y a des myriades
7 de sentences qui le rappellent.

8 On peut citer bien évidemment les propos d'Emmanuel Gaillard, lorsqu'il commente la
9 Sentence *Soufraki*, mais bien sûr aussi le Pr Ch. Schreuer qui, dans ses commentaires de
10 la Convention, rappelle : « *L'annulation ne s'attache qu'à la légitimité du processus
11 décisionnel, non à l'exactitude de la décision au fond* ». C'est ce qu'a fait le Comité *ad*
12 *hoc* dans l'affaire *MCI c/ Republic of Ecuador* en octobre 2009. Vous avez, dans le
13 PowerPoint, les citations du Comité à cet égard.

14 C'est évidemment aussi ce qu'a fait le Comité *ad hoc* dans l'Affaire *Luchetti contre la*
15 *République du Pérou*, je cite : « *Il ne relève pas de la fonction du Comité de revoir la*
16 *décision à laquelle est parvenu le Tribunal en elle-même, encore moins de substituer ses*
17 *propres opinions à celle du Tribunal, mais simplement de se prononcer sur le point de*
18 *savoir si la manière dont le Tribunal a exercé ses fonctions est conforme aux exigences*
19 *de la Convention CIRDI* ». Il s'agit de l'intégrité fondamentale de la procédure arbitrale,
20 c'est ce que dit encore la Décision *Soufraki*. Il s'agit de l'intégrité du Tribunal, il s'agit de
21 l'intégrité de la procédure, quand on évoque l'excès de pouvoir manifeste ou lorsqu'on
22 évoque l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; il s'agit de
23 l'intégrité de la Sentence quand on parle de l'absence de motivation de la Sentence.

24 Ce n'est pas une procédure d'appel de par son objet et de par ses effets. C'est mon
25 deuxième point sur cette distinction avec les procédures d'appel. Pourquoi ? Parce qu'à
26 l'évidence, quand une Sentence est annulée, le Comité *ad hoc* ne procède pas à sa
27 modification. Il n'a pas compétence pour se prononcer sur le fond de l'affaire. Cela a des
28 conséquences, notamment qu'une erreur de fait ou qu'une erreur de droit n'est pas une
29 cause d'annulation : même une erreur de fait flagrante, même une erreur de droit
30 flagrante. Et je fais référence, notamment, à la décision du Comité *ad hoc* dans l'Affaire
31 *CDC c/ la République des Seychelles*, mais encore dans l'Affaire *Soufraki* ou encore dans
32 l'Affaire *MCI*.

33 Je m'arrêterai sur ce point. Je pense que le Comité le sait lui-même.

34 J'en viens au troisième point de la spécificité de cette procédure d'annulation qui est le
35 pouvoir discrétionnaire du Comité *ad hoc*.

36 Le Comité *ad hoc* dispose d'une certaine discrétion pour prononcer ou non une
37 annulation et cela été largement admis par différents Comités *ad hoc*.

38 Je cite encore l'affaire *RFCC* au paragraphe 221 : « *Le Comité doit donc se garder de*
39 *prendre trop rapidement une décision d'annulation. Il ne doit le faire qu'en cas d'erreur*
40 *manifeste, de violation substantielle ou, plus précisément* [et c'est là que c'est
41 intéressant] *lorsque la violation est telle que, sans elle, le Tribunal serait arrivé à un*

1 *résultat différent de celui qui a été le sien. Dans cette mesure, le Comité ad hoc dispose*
2 *d'un certain pouvoir discrétionnaire* ». C'est également ce que dit le Comité ad hoc dans
3 l'affaire Vivendi : « *Il est notamment nécessaire qu'un Comité ad hoc apprécie la portée*
4 *de l'erreur sur les droits des parties* ».

5 C'est encore ce que rappelle le pape de la Convention CIRDI, Christoph Schreuer qui,
6 dans son commentaire, rappelle – alors qu'il commente un certain nombre de décisions :
7 « *Selon l'approche retenue dans l'affaire MINE, un Comité ad hoc procède en*
8 *deux étapes. Premièrement, il examine la Sentence afin d'établir s'il existe des*
9 *fondements d'annulation. S'il trouve un tel fondement, il va ensuite examiner si ce*
10 *fondement a eu des conséquences pratiques sur les Parties. Il n'y aura annulation que s'il*
11 *y a une réponse positive à ces deux questions* ».

12 Ayant rappelé les spécificités de cette procédure d'annulation et toujours dans le cadre de
13 la mission du Comité ad hoc, je voudrais évoquer mon deuxième point, à savoir les
14 spécificités des fondements d'annulations qui ont été invoquées par la Partie adverse qui
15 sont au nombre de trois, puisqu'il y a, après, de manière transversale, au sein de la
16 Sentence :

- 17 ▪ l'excès de pouvoir manifeste ;
- 18 ▪ l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;
- 19 ▪ le défaut de motivation.

20 Pour chacun de ces chefs potentiels d'annulation, le caractère fondamental ou manifeste
21 de la violation doit être mis en lumière. C'est vrai sur l'excès de pouvoir et la définition
22 de l'excès de pouvoir manifeste, la définition du terme « manifeste » a été d'ores et déjà
23 pavée par un certain nombre de Comités ad hoc. C'est le cas notamment dans l'affaire
24 *CDC c/ République de Seychelles* où il est dit : « *Le terme manifeste signifie clair ou*
25 *évident en soi* ». Il y a une typo dans le PowerPoint, parce que « *Term manifeste means*
26 *clear or self-evident* ». Il y a un petit trou.

27 « *Le terme manifeste signifie clair ou évident en soi. Ainsi, quand bien même un Tribunal*
28 *dépasserait ses pouvoirs, l'excès doit être plain on its base (citation anglaise)*».

29 C'est également ce qu'a décidé le Comité ad hoc dans l'Affaire *Repsol* : « *Il est admis*
30 *qu'excéder ses pouvoirs est manifeste lorsqu'il est évident en soi à la simple lecture de la*
31 *Sentence, c'est-à-dire avant même un examen détaillé de son contenu* ».

32 C'est aussi ce que dit le Comité ad hoc dans l'Affaire *Mitchell*. C'est, enfin, ce que le
33 Comité ad hoc dit dans l'Affaire *Wena*.

34 Deuxième cas d'annulation, on n'est plus dans l'excès de pouvoir manifeste, mais dans
35 l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure : c'est l'article 52(1)(d) de la
36 Convention. Qu'est-ce que cela veut dire « grave » ?

37 Si on avait dit « inobservation d'une règle fondamentale de procédure », on aurait pu
38 suivre la démonstration faite ce matin par mon confrère Kalicki, à savoir qu'il suffit que
39 la règle soit fondamentale pour que la simple violation constitue un cas d'annulation.

1 Non, ce n'est pas ce que dit la Convention. La Convention ne pose pas un critère objectif,
2 comme il avait l'air d'être dit ce matin. La Convention précise qu'il faut que ce soit une
3 inobservation grave d'une règle fondamentale : il faut que ces deux questions soient
4 réunies. S'il n'y en avait qu'une des deux, la Convention, avare de mots, ne l'aurait pas
5 qualifiée de « grave ».

6 Qu'est-ce que ce c'est que « grave » ? Une inobservation est grave, si elle doit avoir
7 conduit le Tribunal à rendre une décision différente de celle qu'il aurait rendue si la règle
8 avait été respectée. Il ne suffit pas que la règle violée ou prétendument violée soit
9 fondamentale, il faut que cette violation soit grave.

10 Il y a plusieurs Comités *ad hoc* qui ont qualifié et relevé cette double qualification et
11 donc cette qualification de gravité. Dans le PowerPoint, nous avons les affaires *CDC /*
12 *Seychelles*, je cite : « *La violation d'une telle règle doit avoir conduit le Tribunal à une*
13 *décision substantiellement différente de celle qu'il aurait prise si ladite règle avait été*
14 *respectée* ». C'est également ce que dit le Comité *ad hoc* dans l'Affaire *Wena*. C'est aussi
15 ce que dit le Comité *ad hoc* dans l'Affaire *Azurix*. C'est, enfin, ce qu'a dit le Comité *ad*
16 *hoc* dans l'Affaire *Enron*. Elle doit avoir conduit le tribunal à rendre une décision
17 substantiellement différente de celle qu'il aurait rendue si ladite règle avait été respectée.

18 J'en viens au troisième chef d'annulation soulevé par la République du Chili et qui a trait
19 au défaut de motivation ; défaut de motivation que nous estimons devoir être manifeste.
20 On va me dire : « Oui, mais dans la Convention il n'y a pas le terme manifeste. Pourquoi
21 allez-vous l'ajouter ? » Parce que, là, on parle de défaut de motivation, on parle de
22 l'absence même de motivation. C'est cette absence de motivation qui est une cause
23 d'annulation. Pour qu'il n'y ait pas de motivation, cela doit être évident, sinon il y a un
24 début de motivation, une motivation erronée ou une motivation fallacieuse. Non, c'est
25 l'absence de motivation ; c'est l'absence totale de motivation. Il faut donc que ce soit
26 manifeste.

27 Si on commence à dériver et à ne plus considérer l'absence de motivation, mais une
28 motivation qui serait *frivolous*, comme disent les Anglo-saxons, ou contradictoire, alors il
29 faut que ce soit absolument manifeste. C'est pourquoi on a insisté sur ce critère de
30 manifeste.

31 C'est d'autant plus important pour ce chef d'annulation, le défaut de motivation. On le
32 sait, ce chef d'annulation, que ce soit dans le Comité *ad hoc* ou que ce soit en application
33 de la Convention de New-York quand on est dans des sentences commerciales ou dans
34 chacune de nos législations, c'est toujours par ce biais de l'absence de motivation qu'on
35 est à la frontière du fond ; frontière où il devient difficile de discerner si on entre dans le
36 fond ou pas. C'est là où il faut être particulièrement vigilant et c'est là où le caractère
37 manifeste doit être encore plus mis en exergue que dans d'autres cas où l'on n'est pas à la
38 frontière du fond et à la frontière du recours en annulation.

39 C'est précisément ce qu'indique M. Schreuer dans son commentaire de la Convention
40 CIRDI où il dit, je cite : « *De tous les fondements d'annulation, l'évaluation du*
41 *raisonnement du Tribunal est celui le plus à même de se confondre avec un examen de*
42 *l'exactitude du fond de la Sentence et dès lors de franchir la frontière entre une*
43 *annulation et un appel* ». C'est pourquoi il faut que ce soit manifeste.

1 Il y a plusieurs Comités *ad hoc* – nous ne sommes pas seuls à le dire – qui ont justement
2 relevé ce caractère manifeste du défaut de motivation. C'est ce qu'a dit le Comité *ad hoc*
3 dans l'Affaire *RFCC/ Royaume du Maroc* : « *L'annulation au titre de l'article 52(1)(e) ne*
4 *devrait intervenir que dans des cas manifestes [...]* ».

5 C'est ce qui a été décidé dans l'Affaire *Vivendi* : « *Il ne doit y avoir annulation en*
6 *application de l'article 52(1)(e) que dans une affaire claire, "a clear case". Ceci*
7 *implique deux conditions : premièrement, le défaut de motif doit aboutir à ce que la*
8 *décision sur un point précis ne soit motivé par aucun raisonnement express et,*
9 *deuxièmement, que ce point soit en lui-même nécessaire à la décision du Tribunal*
10 *arbitral* ».

11 C'est pareil dans l'Affaire *Azurix c/ République d'Argentine* ou dans l'Affaire *MCI*
12 *c/ Power Corp.*

13 Comme le dit Christoph Schreuer : « *Le défaut de motif n'est en fait caractérisé que si le*
14 *raisonnement même du Tribunal ne peut être raisonnablement reconstitué* ».

15 Or, en l'espèce – je ne reviendrai pas là-dessus –, le Tribunal a fait un travail absolument
16 remarquable pour synthétiser les arguments, trancher l'ensemble des questions qui lui
17 étaient soumises dans une Sentence qui est à la fois cohérente, largement motivée et
18 étayée. On peut être d'accord ou pas d'accord, mais on ne peut pas dire que cette
19 Sentence manque de motivations.

20 J'en ai fini sur la mission du Comité *ad hoc*. Je voudrais maintenant faire quelques
21 développements sur l'absence de violation, *a fortiori* grave, d'une règle fondamentale de
22 procédure. L'objectif de mes développements, dans cette partie-là, est d'écarter de
23 manière préliminaire et transversale - quels que soient les points sur lesquels cette
24 objection a porté - l'objection même ou le cas d'annulation évoqué par la République du
25 Chili, à savoir la violation grave d'une règle fondamentale de procédure.

26 Alexandra Muñoz, après moi, reviendra (comme je l'ai dit tout à l'heure) sur l'absence de
27 cause d'annulation de la Sentence, qu'il s'agisse de la Sentence traitant de la compétence
28 ou de l'aspect de la Sentence traitant des violations de fond.

29 Revenons sur ma partie, à savoir l'absence de violation d'une règle fondamentale de
30 procédure a fortiori grave.

31 Avant de commencer, une remarque, après quoi je n'en parlerai plus : l'impartialité du
32 Tribunal. C'est l'un des éléments invoqués, en tout cas la partialité du Tribunal arbitral, la
33 prétendue partialité du Tribunal arbitral. On peut l'écarter immédiatement et
34 définitivement.

35 Cette allégation de partialité ne soulève aucun grief, aucun, à l'égard de l'un quelconque
36 des trois membres du Tribunal arbitral qui a rendu cette Sentence, le Pr Lalive,
37 Me Chemloul et le Pr Gaillard. Il n'y a aucune critique de partialité des personnes qui ont
38 rendu cette Sentence. C'est ce Tribunal, et uniquement ce Tribunal, qui a tranché pour la
39 première fois, sur sa compétence comme sur le fond, les questions posées par le Chili. On

1 s'arrête là. Je ne vais pas rentrer dans le débat des arbitres précédents. La question n'a pas
2 besoin d'aller plus loin.

3 Je vous renvoie, pour ce faire, au fait qu'il n'y avait pas eu de décision avant. On a
4 entendu, de manière récurrente et insidieuse, ce matin : « Cela a déjà été décidé deux
5 fois, par deux tribunaux ». Non, cela n'avait jamais été décidé. La question de la
6 compétence et la question du fond *a fortiori* n'avait jamais été décidée par l'un
7 quelconque des tribunaux qui ont précédé le Tribunal qui a tranché et la Sentence dont
8 vous êtes saisis aujourd'hui, qu'il s'agisse du Tribunal présidé par le Président Rezek ou
9 qu'il s'agisse des délibérés qui avaient donné lieu à cette situation absolument
10 extravagante de violation du délibéré par l'arbitre désigné par la République du Chili, M.
11 Leoro Franco, durant le fameux été de je ne sais plus quelle année, car les années
12 s'effilochent.

13 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

14 **M. le Président.** - A qui le dites-vous ?! Est-ce-que cela s'applique à la procédure en
15 révision ?

16 **Me C. Malinvaud.** - C'est-à-dire ?

17 **M. le Président.** - Est-ce que les membres du Tribunal qui ont entendu la procédure en
18 révision étaient....

19 **Me C. Malinvaud.** - C'étaient les mêmes. C'étaient toujours Lalive, Gaillard et
20 Chemloul.

21 **M. le Président.** - Quand le Chili évoque la question du dispositif n° 8, c'est un point qui
22 a déjà été soulevé et rejeté par la décision sur la requête en révision ?

23 **Me C. Malinvaud.** - Les propos qui ont été tenus ce matin n'avaient pas trait à cela, mais
24 ils avaient, de mémoire – on pourra reprendre le transcript – au fait que le Tribunal
25 présidé par le Pr Rezek, puis le Tribunal composé de MM. Bedjaoui, Leoro Franco et
26 Pierre Lalive auraient déjà décidé deux fois sur les questions de compétence et de fond.
27 Moi, je m'inscris en faux là-dessus : aucun de ces tribunaux n'a jamais tranché.

28 **M. le Président.** – Pour ma part, vous n'êtes pas obligée d'aller plus loin sur ce point-là.
29 Mais j'utilise votre argumentaire pour vous poser la question relative au dispositif n° 8 :
30 est-il vrai qu'il y a déjà eu deux décisions qui ont été rendues par le Tribunal présidé par
31 le Pr Lalive ?

32 **Me C. Malinvaud.** - Non. Dans la décision en révision, que vous avez à votre
33 disposition, la question de savoir si la demande était bien fondée ou pas n'a même pas été
34 tranchée puisqu'ils ont considéré qu'il n'y avait pas lieu d'avoir une révision parce qu'il
35 n'y avait pas de faits nouveaux susceptibles d'ouvrir un droit à révision. Le point de
36 savoir si ce que l'on soulevait pouvait ou non être bien-fondé n'a pas été tranché par le
37 Tribunal, dans sa décision en révision.

38 **M. le Président.** - Très bien.

1 **M. J. E. Garcés.** – Une précision. La question, comme vient de le dire Me Malinvaud,
2 portait sur une déclaration du Président du Conseil de défense de l'Etat relative à la
3 jurisprudence constante de la Cour Suprême du Chili en ce qui concerne le Décret
4 Loi n° 77. Point. Dans la décision de la révision, vous ne verrez même pas mentionnée la
5 Constitution du Chili. Pourquoi ? Parce que bien entendu, dans la révision, par définition,
6 on ne pouvait pas invoquer une non-application de la Constitution. C'étaient des faits
7 nouveaux extérieurs à la procédure que l'on a évoqués. La réponse est catégorique : il n'y
8 a pas eu de décision du Comité, du Tribunal arbitral, sur cette question soulevée relative
9 au point n° 8.

10 **M. le Président.** - Dans ses écritures, le Chili le mentionne expressément.

11 **Me C. Malinvaud.** - Je suis d'accord, il le mentionne, mais c'est inexact.

12 **M. le Président.** - Vous venez de répondre à la question et cela me satisfait. Je lis la
13 dernière page du *Skeleton* de la Défenderesse (*Le Président poursuit en anglais*) : « *C'est*
14 *la troisième fois que les Demanderesses ont présenté cette demande en annulation, ayant*
15 *déjà présenté cet argument dans la procédure d'arbitrage et de la procédure en*
16 *révision* ». So, j'ai compris votre réponse.

17 **Me J. E. Garcés.** – C'est un exemple des images virtuelles qu'ils ont créées. C'est une
18 parmi d'autres. Il y en a d'autres.

19 **Me C. Malinvaud.** - Je n'en dirai pas plus sur la question de l'impartialité du Tribunal et
20 sur l'absence de décision.

21 **M. le Président.** - Non, ce n'est pas nécessaire.

22 ➤ ***Plaidoirie de Me C. Malinvaud pour Victor Pey Casado et Fondation Président***
23 ***Allende (suite)***

24 **Me C. Malinvaud.** - J'en viens aux autres aspects, c'est-à-dire aucune violation grave de
25 règle fondamentale de procédure. Trois règles fondamentales de procédures ont été
26 évoquées ce matin et qui sont :

- 27 ■ le principe d'égalité entre les Parties ;
- 28 ■ le droit d'être entendu ; the right to be heard
- 29 ■ la question de la charge de la preuve.

30 Je vais les reprendre les unes après les autres.

31 Le principe d'égalité des Parties. Il faut remettre dans le contexte dans lequel il a été
32 évoqué par la République du Chili dans ses écritures. Il a été évoqué à deux titres : d'une
33 part, sur la question du rejet par le Tribunal arbitral de leur demande de communication
34 de pièces et, d'autre part, sur l'intervention de M. Pey prétendument comme témoin au
35 cours de ces procédures.

1 Sur le premier, même si cela n'a pas été repris ce matin, c'est maintenu : le problème de la
2 demande de communication de pièces. Il s'est avéré, dans la procédure, qu'il y a eu des
3 demandes de communication de pièces de part et d'autre et que la demande faite par le
4 Chili n'a pas été accueillie favorablement par le Tribunal arbitral. Ce faisant, nos
5 adversaires prétendent qu'il y a rupture d'égalité entre les Parties. C'est parfaitement
6 inexact, évidemment : « *Le Tribunal est maître de la procédure de la recevabilité ou pas,*
7 *ou de l'admissibilité ou pas, de toute preuve ou toute demande de preuve. Il peut même*
8 *requérir, s'il le juge nécessaire, à tout moment de l'instance, les Parties de produire des*
9 *documents, de citer des témoins ou de faire entendre des experts* Cette question d'un
10 Tribunal qui, d'un côté, aurait accepté une demande de communication et, de l'autre, ne
11 l'aurait pas acceptée, a déjà été tranchée dans l'Affaire *Azurix* et rejetée de manière
12 péremptoire. Je n'y reviendrai pas. Sauf à dire qu'en l'occurrence, il faut avoir à l'esprit
13 que M. Pey n'avait plus aucune pièce. Il faut bien voir dans quelle situation se trouvaient
14 les Parties : une Partie qui est expropriée, exclue du pays et dépossédée n'a, par
15 hypothèse, pas le même accès au mode de preuve que l'Etat lui-même. Mais peu importe.

16 Deuxièmement, la prétendue intervention de M. Pey comme témoin ; ce sur quoi la
17 République du Chili est revenu ce matin. Monsieur Pey n'a jamais été entendu comme
18 témoin, il faut arrêter cette affabulation. Personne, en tout cas nous n'avons jamais
19 prétendu que M. Pey était entendu comme témoin : il a été entendu comme Partie,
20 comme représentant d'une Partie, à l'instar de ce que M. Juan Garcés fait quand il plaide,
21 ou moi-même ou d'autres. Ce n'était pas un témoignage et cela a été très clairement dit.
22 Si vous le souhaitez, on vous donnera les citations précises (je ne les ai pas sous la main,
23 ici) des moments où cette question a été posée, il n'a jamais été considéré comme un
24 témoin et ce n'était pas en cette qualité qu'il a été entendu. De fait, il n'a pas été contre-
25 interrogé. On ne va pas me contre-interroger après ma plaidoirie, on peut contredire ce
26 que j'ai dit, mais on ne va pas m'interroger. C'est très exactement la même chose pour
27 M. Pey : il a été entendu à l'audience de 2001, à l'audience de 2003 et à l'audience de
28 2007.

29 **M. le Président.** – Si, par ailleurs le Tribunal a retenu, dans sa décision, un élément de la
30 déclaration de M. Pey, qui est Partie et non le témoin, pour moi c'est là que le bât peut
31 blesser.

32 **Me C. Malinvaud.** - Je comprends bien. C'est la nuance qui essaie d'être faite par la
33 République du Chili. Simplement, c'est inexact quand on reprend la Sentence.

34 **M. le Président.** - C'est pourquoi j'ai demandé les pièces et les citations.

35 **Me C. Malinvaud.** - C'est inexact en ce qui concerne la Sentence. Qui plus est, ce n'est
36 pas sur des points clés de la Sentence, par exemple sur l'amitié qu'il y avait ou pas avec
37 M. Dario Sainte-Marie. Surtout, c'est un des éléments qui a été pris en considération – les
38 propos qui ont pu être tenus par cette Partie en tant que Partie et pas en tant que témoin –,
39 parmi des myriades d'autres éléments de preuve. On parle, notamment, de la propriété de
40 M. Pey. Mais le Tribunal ne s'est pas basé sur les déclarations de M. Pey pour lui
41 reconnaître la propriété des actions ; il y a des dizaines de pièces qui attestent de la
42 propriété des actions. C'est en prenant l'ensemble de ces preuves, que le Tribunal arbitral
43 a tranché dans un sens ou dans l'autre. Mais jamais il n'a été considéré par personne et

1 pas par le Tribunal arbitral, qui l'a dit expressément – parce que la question s'est posée –
2 que M. Pey était un témoin ; pas plus qu'il ne l'a dit dans la Sentence.

3 En revanche, ce matin, il y a eu un développement sur M. Cea, le Pr Cea, le président de
4 la Cour Suprême du Chili. Ce matin, il a été dit : « le témoignage de M. Cea ». Alors qu'à
5 l'époque, je peux vous le dire, on a dit clairement : « Ce n'était pas un témoin ou ce n'est
6 pas un expert ? Sinon, on va l'interroger ». La réponse, à l'époque, a été : « Non, non,
7 pas du tout, c'est un représentant de la Partie », qui d'ailleurs avait été annoncé la veille
8 de l'audience. Je rappelle qu'il s'agit tout de même du Président de la Cour Suprême du
9 Chili qui, *a priori*, n'est pas quelqu'un que l'on déplace de la veille au lendemain sans
10 qu'il soit prévenu. Monsieur Cea est arrivé, il a fait sa déclaration et, après celle-ci, il est
11 parti et on n'a pu lui poser aucune question. Pour autant, on ne considère pas que c'était
12 un témoin et ce n'est pas en cette qualité qu'il a pris la parole à l'audience.

13 Je crois que Juan Garcés veut ajouter quelque chose.

14 **Me J. E. Garcés.** – Monsieur le Président, il me semble très important d'éclaircir votre
15 question. A part ce qui s'est dit alors cette question a été posée devant le Tribunal arbitral
16 et tranchée devant lui, avec l'accord de la Partie défenderesse, qui a compris que M. Pey
17 parlait en tant que *claimant*, il y a le fait que toutes les affirmations qui sont retenues par
18 la Sentence attribuées à M. Pey sont corroborées par d'autres pièces documentaires se
19 trouvant dans le dossier.

20 A titre d'exemple, M. Pey parle de son amitié avec M. Sainte-Marie, le vendeur
21 propriétaire du journal. Il y a cinq lettres signées par M. Sainte-Marie adressées à
22 M. Pey, après le coup d'Etat, faisant état d'une amitié extraordinairement intime. Les
23 citations faites de M. Pey, en pied de page ou au cours de Sentence, vous verrez que je
24 suis moi aussi cité dans la Sentence. Les avocats de la Partie défenderesse sont cités dans
25 la Sentence, M. Cea, Président de la Cour constitutionnelle, est cité dans la Sentence.
26 Autrement dit, ceux qui ont parlé au nom des Parties sont cités au même titre que M. Pey.
27 Monsieur Pey parle au nom la Partie dont il est *claimant*, le premier Demandeur.

28 **Me C. Malinvaud.** - Je ne pense pas que M. Mori, ce matin, ait témoigné comme
29 témoin. Simplement, il a parlé en tant que Partie. C'est exactement ce qui s'est passé avec
30 M. Pey, en 2001, 2003 et en 2007.

31 Deuxième règle fondamentale : le respect du droit d'être entendu. Là, j'ai certaines
32 remarques à faire sur le respect du droit d'être entendu.

33 On a eu une dizaine, on pourrait minorer le propos, d'années de procédure. Pendant ces
34 dix années, il y a eu un nombre de Mémoires, tant sur la compétence que sur le fond,
35 absolument considérables. Vous les avez vus, en tout cas vous y avez accès si besoin est ;
36 je vous souhaite de les lire. Il y a eu un certain nombre d'audiences en 2000, en 2003, en
37 2007. Oui, nous avons été entendus, mais alors, nous avons vraiment été beaucoup
38 entendus avec, je dois dire, à mon sens, un respect et une patience de la part du Tribunal
39 arbitral, à l'égard des deux Parties, tout à fait exemplaire.

40 Les Parties ont été libres de s'exprimer. Elles l'ont fait, et elles l'ont fait pendant dix ans.

1 Il était fait grief, dans les écritures, au fait que, dans l'audience de 2007, le Tribunal aurait
2 restreint les propos des Parties à un certain nombre de questions et n'avait pas souhaité
3 rouvrir et reprendre toute une plaidoirie. Effectivement, un certain nombre de questions
4 de droit avaient été posées.

5 Mais il faut bien voir que, pendant dans l'audience – et au-delà du droit du Tribunal de
6 faire comme il le souhaitait –, les Parties ont débordé, de part et d'autre, sur les points
7 qu'elles souhaitaient évoquer, et en particulier la République du Chili, et en particulier
8 sur la question de la charge de la preuve. Cela a d'ailleurs été relevé par le Président
9 Lalive, et personne ne s'y est opposé. Je vous renvoie, pour ce faire au transcript de
10 l'audience, c'est-à-dire la pièce CN-214, page 46, où M. Goldman à l'époque, commence
11 à faire une objection au fait que M. Garcés évoque la question du déni de justice, alors
12 que ce n'est pas exactement la question qui a été posée. Le Président répond : « *Nous*
13 *prenons acte de votre objection. J'observerais simplement que les deux Parties, à*
14 *l'occasion, ont, toutes deux, quelque peu débordé le cadre stricte de la question. Mais*
15 *bien évidemment, on peut toujours dire que tout est lié, Dr Garcés, etc.* »

16 Même à cette époque-là, les Parties ont dit ce qu'elles avaient à dire. Même quand le
17 Tribunal avait précisé qu'il souhaitait des réponses simplement à un certain nombre de
18 questions.

19 **M. le Président.** – A quelle pièce faites-vous référence ?

20 **Me C. Malinvaud.** - C'est le transcript de l'audience, la pièce CN-214, page 46. En ce
21 qui concernant les développements, à l'époque, de la République du Chili, notamment sur
22 tout ce qui était la charge de la preuve, c'est la pièce CN-213, pages 36 à 44 où la
23 République du Chili est revenue sur un certain nombre de décisions des tribunaux *Iran c/*
24 *EUS* qui n'avaient absolument rien à voir avec les questions qui étaient posées et il s'est
25 largement exprimé sur ce sujet.

26 **M. le Président.** – Quels jours étaient-ce ?

27 **Me C. Malinvaud.** – Les 15 et 16 janvier 2007. En ce qui concernant la République du
28 Chili, c'était le 15 janvier 2007 (pièce CN-213, pages 36 à 44) et pour ce qui concerne la
29 remarque du Pr Lalive, c'est l'audience du 16 janvier 2007 (pièce CN-214, page 46).

30 Un deuxième point sur le droit d'être entendu : le droit de faire entendre ses experts. Ce
31 point n'a pas été repris, ni à l'écrit, ni à l'oral. Je ne vais donc pas m'y attarder plus avant,
32 sauf à dire que le Chili y avait renoncé, dès lors que les experts des Demanderesses
33 n'étaient pas entendus par le Tribunal. C'était expressément écrit dans la pièce RA-68.

34 S'agissant de la renonciation du Chili à se prévaloir d'un vice de la procédure, je voudrais
35 revenir sur ce point, le droit d'être entendu, qui serait un vice fondamental de la
36 procédure. Il faut soulever ces questions-là pendant la procédure et il ne faut pas attendre
37 que la procédure soit terminée pour objecter à quelque chose que l'on aurait pu objecter
38 avant si l'on estimait ne pas avoir été entendu avant. Or, aucune Partie n'a émis
39 d'objection sur le déroulement de la procédure. Ce qui, en arbitrage commercial mais
40 également en arbitrage d'investissement, est considéré comme une renonciation à se
41 prévaloir d'un éventuel vice, à condition qu'il soit décelable pendant la procédure.

1 C'est ce que dit Christoph Schreuer dans son commentaire de la Convention CIRDI, en
2 pages 994 et 995 : « *Une Partie qui a émis d'omettre une objection contre une*
3 *irrégularité connue de la procédure devant le Tribunal ne peut soutenir que cette*
4 *irrégularité constituait une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure*
5 *en vue d'une annulation* ».

6 C'est également ce qui avait été décidé par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *CDC /*
7 *République des Seychelles* : « *La République est réputée avoir renoncé à cette*
8 *objection* ».

9 Or, en l'espèce, que s'est-il passé ? À l'issue de l'audience de 2003, comme il est
10 classiquement procédé devant les tribunaux arbitraux, le Président s'est adressé aux
11 Parties et a demandé si elles avaient quelques critiques ou réserves à annoter au procès-
12 verbal. Aucune critique ou réserve, en particulier par la République du Chili, n'a été
13 formulée. Je vous renvoie à la transcription de l'audience de mai 2003, pages 626 et 627
14 (pièce CN-159).

15 Il en a été de même à la fin de l'audience de 2007 où le Chili n'a soulevé aucune
16 objection.

17 Vous me direz, d'accord, mais s'ils ne le savaient pas, ils ne pouvaient pas le soulever.
18 C'est ce qu'ils nous disent aujourd'hui. Et ils rattachent cela à un autre élément, sur lequel
19 je vais maintenant venir : le Tribunal arbitral se serait fondé sur des violations qui n'ont
20 pas été invoquées par les Demanderesses. Forcément, le Chili n'a donc pas pu se
21 prononcer sur ces violations puisqu'elles n'avaient pas été invoquées par les
22 Demanderesses.

23 Il y a eu de très longs développements, par écrit et oralement ce matin, sur le fait que les
24 investisseurs n'auraient pas formulé de demandes concernant la violation de l'API pour
25 déni de justice ou en ce qui concerne la violation du traitement juste et équitable à raison
26 de la Décision 43.

27 C'est faux, bien évidemment, c'est radicalement faux. On a fait des demandes sur ces
28 deux chefs de demande, qu'il s'agisse de la violation pour déni de justice et qu'il s'agisse
29 de violation du traitement juste et équitable à raison de la Décision 43.

30 Je voudrais m'arrêter une seconde sur ce sujet. Ce matin, nos contradicteurs ont même
31 porté des accusations assez graves. On a eu l'impression, mais peut-être à tort, que l'on
32 nous accusait d'avoir en quelque sorte fait un *patchwork* de citations et trompé un peu la
33 religion du Tribunal en mettant des morceaux de citations accolés qui étaient en réalité
34 espacés de plusieurs pages. Nous n'avons pas le PowerPoint parce qu'un aspect technique
35 du PowerPoint fait que la page est blanche. Mais, peu importe. C'est dans le transcript.

36 Or, cette accusation est totalement inexacte. Sur ce point, il faut que les choses soient
37 claires parce que c'est une accusation qui me semble assez grave.

38 Je vais venir sur les deux. Sur le déni de justice : est-ce que, oui ou non, avons-nous, les
39 investisseurs, fait une demande au titre du déni de justice ? Oui, mais c'est clair comme
40 de l'eau de roche : il faut regarder la demande complémentaire du 4 novembre 2002 qui
41 est la pièce CN-147 et en particulier les pages 5 à 7, ainsi que la page 13.

1 Il est vrai que dans notre Mémoire, nous avons cité des paragraphes les uns à la suite des
2 autres parce que nous n'allions pas citer les dix pages de notre demande complémentaire
3 du 4 novembre 2002. Il n'empêche que c'est dans ce document.

4 Je vais être obligée de le reprendre, même rapidement, pour que le Tribunal puisse se
5 rendre compte de ce dont il s'agit. C'est la pièce CN-147 « demande complémentaire du
6 4 novembre 2002...

7 **M. le Président.** - Un instant, s'il vous plaît.

8 **Me C. Malinvaud.** - En même temps, on peut peut-être prendre la pièce CN-144.

9 **M. le Président.** - 147 et 144 ?

10 **Me C. Malinvaud.** - Oui, l'une a trait au déni de justice et l'autre a trait au traitement
11 juste et équitable au titre de la Décision 43.

12 **M. le Président.** - Nous vous écoutons. Nous commençons par 147.

13 **Me C. Malinvaud.** – Oui, par la CN-147f. Si vous allez à la page 5, le titre est
14 « *Conséquences légales et pratiques - La preuve de la confiscation de l'enrichissement*
15 *sans cause et du déni de justice par l'État du Chili* ». C'est le titre qui figure, en page 5.
16 Avez-vous la même pagination que moi ?

17 **M. le Président.** - Cela va, en espagnol.

18 **Me C. Malinvaud.** - C'est la pièce 144F (F pour français). Je ne peux le lire en espagnol.
19 Si vous allez à page 5, vous avez le titre de la demande... C'est le titre. Après, de quoi va-
20 t-on parler ?

21 Si vous prenez la page 6, le deuxième paragraphe : « *Monsieur Pey Casado est donc*
22 *actuellement confronté, au Chili, à un déni de justice en ce qui concerne les presses*
23 *Goss. D'une part, la possibilité de faire valoir ses droits devant les juridictions de l'ordre*
24 *judiciaires lui a été refusée, in limine litis, ses recours ont été systématiquement rejetés*
25 *in limine litis, alors qu'ils étaient légalement et constitutionnellement recevables* ». Cela,
26 c'était parce qu'à ce moment-là, on faisait un recours contre l'exécution de la Décision 43
27 qui était en parallèle.

28 Je poursuis ma lecture : « *Monsieur Pey Casado et la Fondation espagnole ont donc été*
29 *privés du droit fondamental d'accéder à la justice. En outre, la décision du contrôleur du*
30 *14 octobre 2002 constitue un déni de justice par mauvaise application de la loi,*
31 *détournement et abus de pouvoir. D'autre part, sur un plan plus pratique, M. Pey Casado*
32 *et la Fondation ne pourront plus obtenir indemnisation au Chili pour la valeur de*
33 *remplacement des presses Goss* ».

34 Je passe le gros paragraphe suivant et je prends le dernier paragraphe de la page 6 :
35 « *Monsieur Pey Casado et la Fondation espagnole sont donc définitivement privés de la*
36 *possibilité de recevoir effectivement une compensation au Chili* ».

37 Je ne vais pas vous lire tout, mais si l'on prend la conclusion à la dernière page de ce
38 document, c'est-à-dire la page 13 dans la version française, et si vous prenez le deuxième
39 paragraphe de cette page 13, il est écrit, en français, la chose suivante : « *La demande*

1 *aujourd'hui portée devant le Tribunal met en cause, d'une part, la violation par la*
2 *République du Chili de son obligation de protection envers les Demandereses (article*
3 *3.1) et de son obligation de traitement juste et équitable (article 4.1) [on est là dans le*
4 *déni de justice] et d'autre part la violation de l'article 5 de l'API ».*

5 Les trois fondements sont invoqués.

6 **M. le Président.** - C'est la demande complémentaire du 4 novembre 2002 des
7 Demandeurs, des requérants.

8 **Me C. Malinvaud.** - Vous l'aurez également dans la pièce RA-13 et dans la pièce RA-15
9 qui sont les pièces du Chili, si vous avez plus les pièces du Chili que les nôtres.

10 **M. le Président.** - Pouvez-vous répéter, s'il vous plaît ?

11 **Me C. Malinvaud.** - Le Tribunal ne s'y est pas trompé, vous le verrez si vous reprenez la
12 Sentence aux numéros 634 à 636 ou 651 à 659 où il rappelle effectivement cet épisode.

13 Ce matin, un certain nombre de choses ont été dites, en la matière comme : « Du coup, le
14 Tribunal arbitral n'a pas répondu à tel ou tel aspect du déni de justice que la République
15 du Chili aurait pu éventuellement soulever ». Mais elle ne l'a pas soulevé, en réponse à
16 notre demande je précise. A partir de ce moment-là, on ne peut reprocher au Tribunal de
17 ne pas avoir répondu à un argument que la République du Chili n'a pas avancé. Mais
18 nous, nous avons soulevé cette question du déni de justice.

19 Pour en finir sur ce déni de justice, sans finir d'ailleurs...

20 **M. le Président.** - Vous passez maintenant à la pièce 144 ?

21 **Me C. Malinvaud.** - Presque, mais pas tout à fait. Je voudrais ajouter un point, toujours
22 sur le déni de justice pour aller au bout de cette logique : aucune condamnation n'a été
23 prononcée par le Tribunal arbitral sur le fondement du déni de justice. La condamnation a
24 été prononcée sur le fondement de la violation du traitement juste et équitable, sur le
25 fondement de la Décision 43.

26 Je ne veux pas minimiser l'importance du déni de justice, nous l'avons soutenu, il était
27 important, nous l'avons argumenté. Le Chili aurait pu y répondre. Il a écrit en 2003, il a
28 écrit après en 2007. Il n'y a pas répondu ou il l'a ignoré ou il a voulu l'ignorer, je ne sais
29 pas. En tout cas, la demande était là. Le Tribunal l'a pris en compte et l'a traité. Ce n'est
30 pas parce que le Chili l'a ignoré ou qu'il n'y a pas prêté attention, ou n'a pas souhaité
31 développer d'argumentaire, que pour autant cela interdisait le Tribunal de statuer sur ce
32 point.

33 Le droit d'être entendu, c'est la possibilité de présenter ses arguments et ce n'est pas un
34 moyen, après, d'aller demander une nullité parce que l'on n'aurait pas présenté son
35 argument.

36 Voilà sur le déni de justice.

37 A cet égard d'ailleurs, sur le déni de justice toujours, parce que cela a toujours trait à la
38 presse Goss, si vous voulez en savoir plus – non que je veuille appâter votre appétit –,
39 vous avez, lors de vos décisions procédurales, estimé que la décision de la Cour du Chili

1 du 24 juillet 2008 (pièce DP-48F) – qui, par hypothèse, n'est pas dans le dossier – ne
2 devait pas être soumise à votre attention parce qu'elle n'avait pas été, par hypothèse, dans
3 le dossier du Tribunal arbitral. Vous verriez, en tout cas dans cette décision-là, les tenants
4 et aboutissants de toute cette procédure ayant trait à l'imprimante Goss. Non pas que j'aie
5 envie que vous alliez regarder cette décision, mais en tout cas, vous pourriez peut-être
6 comprendre mieux de quoi il s'agissait.

7 Donc, sur le déni de justice, on a fait une demande et après, on s'arrête, inutile de parler
8 du droit d'être entendu : on a fait cette demande.

9 Sur l'autre aspect, c'est-à-dire le traitement discriminatoire résultant de la Décision 43, le
10 traitement juste et équitable, je vais vous amener sur la pièce CN-144f ou RA-13, qui est
11 l'exposé complémentaire sur le fond de l'affaire par nous, les investisseurs, le
12 11 septembre 2002.

13 **M. le Président.** - C'est le 11 septembre 2002.

14 **Me C. Malinvaud.** - Exactement.

15 Je voudrais faire un petit aparté parce que l'on parle de la Décision 43 et, pour vous – et
16 c'est normal –, c'est une décision comme une autre. C'était invraisemblable. Il faut se
17 remettre dans le contexte de l'époque : on est en 2000, on va commencer à plaider, et la
18 République du Chili arrive à l'audience brandissant cette décision (cela figure dans le
19 transcript de l'audience) et disant : « *Nous avons affaire à des imposteurs. Ces gens-là
20 n'ont jamais été propriétaires. Les vrais propriétaires ont été reconnus par le Chili. J'ai
21 la décision dans les mains. Elle reconnaît la propriété à des tiers et tout ce que vous
22 raconte Victor Pey et la Fondation Allende est à mettre à la poubelle, littéralement* ».

23 Cette décision est véritablement brandie. Brandie par qui ? Par la représentation du Chili,
24 en l'occurrence M. Juan Banderas qui, à l'époque, était quand même (pour la petite
25 histoire) le signataire de la note interprétative du traité qui avait été faite après le début de
26 la procédure arbitrale entre le Chili et l'Espagne. Et quand le Chili avait donné cette note
27 au Tribunal arbitral, il avait blanchi la signature de Juan Banderas.

28 Voilà les circonstances dans lesquelles cette décision a été brandie. Il faut lire cette
29 Décision parce qu'elle passe peut-être maintenant inaperçue, mais celle-ci a quand été
30 rendue le 28 avril 2000, c'est-à-dire trois jours avant la fameuse audience de 2000 où elle
31 nous a été brandie et dans le corps de la Décision, elle a été rendue sur la base notamment
32 d'un rapport du ministère des Biens nationaux du 28 avril 2000, c'est-à-dire du même jour
33 que la Décision. Quand la République du Chili veut prendre des décisions rapides, elle
34 les prend rapidement et elle ne met pas sept ans à les prendre !

35 **M. le Président.** – (*hors micro*) ...que les vrais propriétaires avaient été indemnisés ?

36 **Me C. Malinvaud.** - Absolument, qu'ils seraient des tiers. Je ne peux pas croire que la
37 Décision 43 ne soit pas... Je n'ai pas le numéro de mémoire, mais elle est forcément dans
38 les documents.

39 Je fais cet aparté simplement, et vous voudrez m'en excuser : je ne veux absolument pas
40 revenir sur le fond, mais je pense qu'il est important de voir. Nous avons immédiatement
41 réagi à cette Décision. Si vous reprenez le transcript de l'audience de 2000, nous avons

1 immédiatement, immédiatement invoqué que c'était une violation de l'API. Dès
2 l'audience de 2000, nous le faisons : nous le faisons oralement, nous le faisons dans les
3 transcripts. Et puis, nous le ferons par écrit, après. C'est à cela que je viens quand je parle
4 de l'exposé complémentaire sur le fond du 11 septembre 2002 et que je vous amenais sur
5 cette pièce.

6 **M. le Président.** – La pièce 144 ?

7 **Me C. Malinvaud.** - Ou RA-13, si vous avez l'une ou l'autre.

8 **M. le Président.** - Je l'ai sous les yeux.

9 **Me C. Malinvaud.** - Page 124, le titre 3.6, pour vous dire que l'on parle bien de cela,
10 pour ne pas sortir du contexte. Nous sommes très pointilleux sur ce sujet. (*Sourires.*)

11 **M. le Président.** - Je vois. Page 124.

12 **Me C. Malinvaud.** - C'est intitulé : « *La dépossesion des investisseurs de leur droit par*
13 *la décision n°43 du 28 avril 2000 est contraire au droit international* ».

14 Vous tournez la page et vous avez le deuxième soulignement : « *Le 28 avril 2000, l'Etat*
15 *du Chili a enfreint les articles 3, 4 et 5 de l'API* ». Cela y est, on l'a déjà cité. On a
16 évoqué les trois fondements de violation, ce y compris le traitement juste et équitable.

17 Si vous lisez la suite : « *La Décision 43 a enfreint ces trois normes en dépossédant les*
18 *droits de M. Pey et la Fondation Allende, soit 100 % des droits de CCP SA et*
19 *99 % d'EPC Ltd. Les autorités du Chili ont enfreint le droit des investisseurs espagnols à*
20 *bénéficier d'un traitement sans discrimination par rapport à celui accordé aux*
21 *investissements nationaux* ».

22 On ne peut dire plus clairement que l'on estime avoir été discriminés par rapport aux
23 investisseurs nationaux et qu'il y a une violation de l'API au titre d'un traitement
24 discriminatoire.

25 Le dernier paragraphe reprend la même logique : « *Le 28 avril 2000, les articles 3, 4 et 5*
26 *de l'API ont été enfreints sous une nouvelle forme, qui s'est ajoutée à la dépossesion*
27 *antérieure* ».

28 Je finis simplement le paragraphe pour vous faire l'économie de toute la lecture : « *Ce*
29 *droit a été dénié aux Demanderesses au moyen de la Décision 43 du 28 avril 2000* ».

30 Peut-être pour boucler la boucle, page 127, on cite expressément : « *Violation de l'article*
31 *4* ». On cite l'article 4 *in extenso*, c'est-à-dire le traitement juste et équitable, et on finit :
32 « *L'Etat chilien a enfreint l'obligation de garantir un traitement juste et équitable aux*
33 *investisseurs espagnols sous des conditions non moins favorables que pour ses*
34 *investisseurs nationaux* ».

35 Oui, on l'a soulevé à l'oral, on l'a soulevé à l'écrit ; on l'a soulevé même bruyamment.

36 C'est sur la base de ces éléments que le Tribunal, ensuite, a été amené à prendre une
37 décision. La République du Chili a eu l'occasion, après 2002, de se prononcer sur ces
38 éléments. Elle ne l'a pas fait. Elle a choisi ne pas le faire. Je comprends qu'elle ne l'ait pas

1 fait. Cette Décision 43 était tellement énorme ! Que voulez-vous justifier d'une décision
2 pareille ?

3 Jeter un voile pudique là-dessus, très bien, mais il ne faut pas venir après nous dire qu'ils
4 n'ont pas eu le droit d'être entendus et le droit de s'exprimer sur une demande qui avait
5 été formulée et, ensuite, y trouver un droit à ouvrir un recours en annulation.

6 Pour finir sur ce sujet, je cite le Pr Schreuer : « *Le droit d'être entendu : ce principe ne*
7 *signifie pas que c'est la tâche d'un Tribunal d'attirer l'attention des Parties sur un aspect*
8 *juridique d'une question qu'elles ont omis d'adresser* ».

9 Il est vrai que la République du Chili ne s'est pas exprimée de manière extensive sur le
10 sujet. Elle l'a évoqué, mais elle ne s'est pas exprimée de manière extensive. C'était son
11 droit. Aujourd'hui, elle ne peut en tirer parti pour essayer de demander l'annulation de la
12 Sentence.

13 **M. le Président.** - Avez-vous cette notion de discrimination comme faisant partie du
14 traitement juste et équitable dans des écritures subséquentes ?

15 **Me C. Malinvaud.** - De mémoire, je suis incapable de vous le dire, mais on peut vous
16 retrouver, le cas échéant, des citations.

17 **Me J. E. Garcés.** - Monsieur le président, le calendrier : en novembre 2002, il y a la
18 demande complémentaire.

19 **M. le Président.** - Cela, je l'ai vu.

20 **Me J. E. Garcés.** - Ensuite, la Réplique complémentaire que l'on vient de lire. En 2003,
21 il y a la Duplique, exactement je vais vous dire, où l'on revient à nouveau sur cette
22 question. C'est la pièce CN-155f.

23 Je demandais à mon programme de trouver les références à la discrimination et je les
24 trouve en page 103, puis en page 105 où il est dit : « *La discrimination vise*
25 *spécifiquement à rendre impossible l'utilisation des presses Goss et la publication du*
26 *journal El Clarin comme il a été manifesté dans la séance spéciale à la Chambre des*
27 *députés, article 4. [...] le traitement juste et équitable s, non moins favorable qu'aux*
28 *investisseurs* ». On est en train d'invoquer les articles 3 figurant à la page 103 que je
29 viens de vous dire et aussi à la page suivante, sur l'article 4.

30 **M. le Président.** - Vous avez aussi à la page 105, le paragraphe suivant celui que vous
31 avez lu, où l'on relie la discrimination à la Décision 43 ?

32 **Me J. E. Garcés.** - Oui, tout le temps. Je pourrais, vous le citez, maintenant en m'aidant
33 du chercheur interne au programme, mais vous pouvez le trouver facilement. Le même
34 jour, ils ont présenté leurs arguments par écrit, de la même manière que nous sommes
35 revenus sur cette question. Et le 23 février, ils ont pu le faire dans le Mémoire écrit qu'ils
36 ont produit le même jour. Après cela, il y a encore eu une audience orale en 2003 où, à
37 nouveau, dans les transcriptions de cette audience de 2003, on a parlé, de notre côté, du
38 déni de justice et de discrimination et la partie chilienne, elle, avait alors la possibilité de
39 répondre à ces arguments.

1 Vous avez deux Mémoires écrits et les audiences orales postérieures à l'introduction de
2 la demande complémentaire.

3 **M. le Président.** - Merci. Madame Malinvaud ?

4 **Me C. Malinvaud.** – Merci, Monsieur le Président. Mon dernier point sur le problème
5 du droit d'être entendu – je ne parle plus maintenant de discrimination ou de déni de
6 justice – sera sur le point du *quantum*, qui est l'un des arguments qui avaient été
7 développés par la République du Chili aux termes duquel elle n'aurait pas été entendue
8 sur la question du *quantum* de la condamnation.

9 L'addition du Tribunal s'est fondée sur les éléments factuels qui ont été mis à la
10 disposition du Tribunal par les Parties, à savoir les rapports d'experts des uns et des
11 autres et les développements écrits.

12 En plus, lors de l'audience de 2007, si vous reprenez le transcript de l'audience, la pièce
13 CN-214, en particulier les pages 49 et 50 à 52, vous verrez que le Tribunal a justement,
14 *expressis verbis*, interrogé les Parties sur le *quantum* dans l'hypothèse où il viendrait à
15 considérer que la Décision 43 constituerait effectivement une violation du traitement
16 juste et équitable.

17 Il a demandé aux Parties, à l'une comme à l'autre, de s'exprimer : « *Dans l'hypothèse où*
18 *l'on considèrerait qu'il y a une violation du traitement juste et équitable du fait de la*
19 *Décision 43, est-ce que vous, investisseurs, vous maintenez le même type de demande*
20 *chiffrée et quelle est la position du Chili en la matière ?* » Chacun s'est alors exprimé. Je
21 vous renvoie aux transcripts, à moins que vous ne souhaitiez qu'on les lise, mais j'en ai
22 donné la référence dans le transcript d'aujourd'hui

23 **M. le Président.** - C'est l'audience du 16 janvier ?

24 **Me C. Malinvaud.** - 2009, en particulier en pages 49, 50 à 52, vous verrez des questions.
25 Pardon, le 16 janvier 2007.

26 C'est l'une des questions posées à laquelle les Parties répondent ; les investisseurs
27 répondant d'ailleurs que cela ne change pas le montant de leur indemnisation et la
28 République du Chili répondant à côté de la question, en réalité, mais c'était leur choix
29 que de répondre à côté de la question.

30 Même après l'audience de 2007, un certain nombre d'échanges ont eu lieu sur
31 l'indemnisation qui avait été effectivement perçue par les personnes qui ont bénéficié de
32 cette Décision 43 et combien elles ont touché ou pas et quand. Il y a eu un certain
33 nombre d'échanges. La République du Chili a eu du mal à répondre, mais finalement, les
34 réponses sont arrivées, de part et d'autre, et le Tribunal a été informé.

35 C'est d'autant plus étonnant que le Chili se dise qu'il y a là un problème dans la
36 détermination du *quantum* parce que le *quantum* qui, finalement, a été donné aux
37 investisseurs - et sur lequel nous ne sommes évidemment pas contents puisque cela a rejeté
38 notre demande de *quantum* en tout cas - correspond exactement au montant que la
39 République du Chili a estimé raisonnable de donner à ceux qu'elle estimait être les
40 investisseurs en question et les propriétaires en question.

1 On voit mal ce qu'elle aurait à reprocher au Tribunal arbitral d'avoir alloué aux
2 investisseurs espagnols ce qu'elle même a estimé devoir allouer aux personnes qu'elle
3 estimait être les propriétaires des actions de la société *El Clarin*.

4 Enfin, mais juste pour mémoire, et vous le savez, bien sûr, le Tribunal a un pouvoir
5 d'appréciation très large du *quantum*. C'est clairement le cas. C'est maintes fois rappelé
6 ici par des Comités ad hoc. Je cite simplement, pour mémoire *République du Kazakhstan*
7 / *Rumeli* aux paragraphes 146 et 147, mais également *Azurix / République d'Argentine* au
8 paragraphe 351. Le Tribunal, de toute façon, a un pouvoir d'appréciation assez large sur
9 l'évaluation du *quantum*.

10 **M. le Président.** – Est-ce que vous lisez-vous quelque chose que nous avons devant
11 nous, présentement ?

12 **Me C. Malinvaud.** - Parlez-vous des références aux décisions ?

13 **M. le Président.** - Oui, si c'est dans un des papiers, lequel est-ce ?

14 **Me C. Malinvaud.** - Les références des sentences ? Vous les avez dans le PowerPoint en
15 page 7, sur les décisions relatives au *quantum* et en page 6 peut-être.

16 **M. le Président.** - Oui, je les ai. Merci.

17 Alors que vous aviez enchaîné, j'étais toujours dans le transcript de l'audience du
18 16 janvier et je voyais votre intervention à la page 50 : « *L'interprétation des*
19 *Demanderesses est que si cette Décision 43 constituait une nouvelle violation du*
20 *traitement équitable, il conviendrait, dans le calcul des dommages, [...]* ».

21 **Me C. Malinvaud.** - Et vous avez après – mais ce n'est pas ce que j'ai, moi, devant les
22 yeux – la réponse du Chili sur la même question ; réponse par laquelle ils ne répondent
23 pas ou un peu à côté de la question qui est posée.

24 **M. le Président.** - La page 51 : « *Je crois qu'il convient de mentionner que les personnes*
25 *qui ont reçu une compensation, [...]* » ?

26 **Me C. Malinvaud.** – Oui. En fait, ils répondent sur la légitimité de la Décision 43 et non
27 pas sur la question de savoir si Tribunal arbitral considérerait que, s'il y avait une violation
28 du traitement juste et équitable au titre de la Décision 43, quel serait le *quantum* qui
29 pourrait être alloué aux investisseurs espagnols. En soi, ce n'est pas totalement aberrant
30 puisque la question se posait avant tout aux investisseurs espagnols : « *Quelle serait*
31 *votre demande ou quelle serait ce qui vous paraîtrait être l'indemnisation raisonnable au*
32 *titre de cette violation-là ?* »

33 Néanmoins, le Chili, là-dessus, répond en fait des commentaires sur le bienfondé de la
34 Décision 43 : « *J'ai du mal à comprendre comment il serait possible que les*
35 *Demanderesses allèguent le fait que ce sont les mêmes actes d'expropriation qui ont*
36 *entraîné ce traitement juste et équitable, que le dommage est, lui aussi, identique, alors*
37 *que la controverse, elle, pourrait être différente, [...]* ». En fait, le Chili ne rentre pas
38 dans le *quantum*, mais dans la problématique de la Décision 43 et il redonne le contexte
39 de la Décision 43.

1 Après, je reprends la parole pour réexpliquer le contexte de cette Décision 43 et vous
2 avez un certain nombre de détails. C'est encore un détail que j'ai omis d'évoquer tout à
3 l'heure, à savoir la création d'une société, la société ASINSA qui avait été créée très peu
4 de temps avant la Décision 43 et qui, en réalité, s'est trouvée le bénéficiaire de l'essentiel
5 des droits de la Décision 43 puisqu'elle avait racheté les droits aux héritiers ou légataires
6 des prétendus propriétaires de l'époque. On n'a jamais su qui étaient les actionnaires de la
7 société ASINSA.

8 Vous avez cela dans le transcript de l'audience du 7 janvier 2007, à la suite des questions
9 du Tribunal arbitral, si vous continuez à lire jusqu'à la page 52.

10 **M. le Président.** – Très bien.

11 **Me C. Malinvaud.** – C'est vous qui m'avez fait revenir sur la Décision 43 !

12 **M. le Président.** – Absolument, j'étais intéressé à suivre la totalité de votre
13 raisonnement.

14 **Me C. Malinvaud.** - Je vous en remercie. Sur le *quantum*, nous estimons que la question
15 a été posée, elle a été discutée et on a du mal à comprendre que le Chili puisse reprocher
16 au Tribunal arbitral d'avoir alloué finalement la même somme que ce que lui-même
17 avait considéré raisonnable d'allouer aux personnes qu'il estimait être propriétaire des
18 actions en question.

19 Puis, je concluais sur le fait que le Tribunal avait un pouvoir d'appréciation très large en
20 ce qui concerne le *quantum* des dommages et je citais les deux décisions du Comité *ad*
21 *hoc*.

22 Dernier point, après quoi on pourrait faire un petit break ou Alexandra Muñoz reprendra
23 la suite immédiatement, comme vous le souhaitez.

24 **M. le Président.** - Je pense aux interprètes. Vous en avez pour longtemps ?

25 **Me C. Malinvaud.** - Une ou deux minutes.

26 **M. le Président.** - Une minute d'avocate ?

27 **Me C. Malinvaud.** – C'est-à-dire dix minutes, oui. Non, j'en ai pour deux minutes. Un
28 dernier point et je vous remets dans le contexte : j'avais parlé de l'égalité des Parties, le
29 droit d'être entendu. La troisième règle fondamentale qui est évoquée, c'est la question de
30 la charge de la preuve. Sur ce point, vous savez que le Chili prétend que le Tribunal
31 aurait renversé la charge de la preuve, notamment sur la question de la nationalité avec la
32 question de la renonciation à la nationalité.

33 Je ne vais pas rentrer dans le détail de cet argumentaire, qui sera repris par mon confrère
34 Alexandra Muñoz, mais je souhaite simplement attirer votre attention sur le fait qu'il est,
35 en soi, inexact de dire que la Sentence s'est basée sur le défaut de preuve du Chili que la
36 renonciation volontaire était impossible pour décider de la nationalité de M. Pey. Il faut
37 reprendre la Sentence sur ce point, en particulier les pages 93 à 105 de la Sentence où
38 vous trouvez tout le développement et tout l'argumentaire qui est particulièrement fouillé

1 de la question de la nationalité et de la possibilité de renoncer volontairement à la
2 nationalité chilienne aux dates clés qui étaient pertinentes pour le Tribunal arbitral.

3 En réalité, il y a eu de très nombreux événements, de très nombreuses preuves ont été
4 apportées de part et d'autre. Les investisseurs ont démontré que Victor Pey avait renoncé
5 à la nationalité chilienne au moment où c'était en tout cas crucial pour la procédure
6 CIRDI. La République du Chili estime qu'il n'avait pas le droit de renoncer
7 volontairement à cela, elle n'a pas démontré qu'on n'avait pas le droit de renoncer à la
8 nationalité chilienne. C'est l'ensemble de ces preuves et l'ensemble de ces éléments qui a
9 constitué la conviction du Tribunal arbitral. On n'est donc pas dans une hypothèse de la
10 violation de la charge de la preuve, on n'est pas dans cette problématique-là parce que ce
11 n'est pas là-dessus, ou en tout cas pas simplement là-dessus, que le Tribunal arbitral s'est
12 fondé pour faire sa conviction.

13 Quand le Chili, en tout cas dans ses écritures, parle de ce renversement de la charge de la
14 preuve, il évoque, notamment, la Décision du Tribunal arbitral du 8 mai 2002 qui était
15 cette Décision où le Tribunal arbitral a décidé de joindre la question de la compétence au
16 fond parce qu'il estimait ne pas avoir suffisamment d'éléments pour pouvoir trancher la
17 question de la compétence.

18 Mais après cette Décision, il y a eu nombre d'échanges, il y a eu deux audiences,
19 beaucoup de pièces ont été échangées, de nombreuses démonstrations ont été faites, en
20 2003 et en 2007, où chacun a exprimé son point de vue. Encore une fois, je n'ai pas
21 d'autre solution que de vous renvoyer à la lecture de la Sentence et des pages 93 à 105 où
22 le Tribunal arbitral se fonde sur l'ensemble des pièces apportées par les Parties, qui sont
23 nombreuses sur ce sujet, pour faire sa conviction.

24 Pour conclure sur la mission du Comité et sur l'absence de violation, il n'y a aucune
25 violation, *a fortiori* grave, mais il n'y a même pas de violation d'une règle fondamentale
26 de procédure.

27 Je laisserai la parole, après le break, à Alexandra Muñoz, à moins que... Non, après le
28 break. Merci beaucoup.

29 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

30 **M. le Président.** - Un mot. Si je regarde le paragraphe 307, j'ai bien saisi ce que vous
31 avez dit, à savoir qu'il fallait regarder l'ensemble de la preuve. C'est évident. Néanmoins,
32 le paragraphe 307, libellé comme il est, semble indiquer que de l'avis du Tribunal, c'était
33 la Défenderesse qui devait apporter une démonstration de l'impossibilité ou de l'égalité,
34 en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne. C'est comme
35 cela que cela se lit. Est-ce que vous ne voyez pas, là, un renversement du fardeau de la
36 preuve ?

37 **Me C. Malinvaud.** - Non. Les investisseurs ont la charge de la preuve de démontrer
38 qu'aux dates pertinentes, ils étaient bien espagnols et ils l'ont fait. Nos adversaires nous
39 disent : « Mais non, vous ne pouviez pas renoncer à ce moment-là ». Ce sont eux qui
40 disent : « Vous ne pouviez pas renoncer à ce moment-là ». Dès lors, c'est à eux de

1 démontrer qu'on ne pouvait renoncer à ce moment-là. Nous, nous avons démontré qu'on
2 était espagnol et on y avait renoncé.

3 Il est assez difficile, à ce stade-là – on le vit tous dans notre expérience de conseils ou
4 d'arbitres –, car on arrive à un moment où il y a énormément de preuves, de part et
5 d'autres, qui sont amenées devant le Tribunal arbitral et, bien sûr, chacun a la charge de
6 la preuve de son allégation. Et nous, nous avons la charge de la preuve de démontrer
7 qu'on était espagnol aux dates pertinentes et nous l'avons fait. Eux s'opposent à cela en
8 disant : « Mais non, vous ne pouviez renoncer ». C'est donc à eux de démontrer qu'on ne
9 pouvait pas renoncer. Il n'y a pas d'inversion de la charge de la preuve.

10 Au-delà de cela, c'est presque un peu artificiel quelque part d'aller dire – en l'occurrence,
11 ce n'est pas le cas –, que la charge de la preuve a été renversée ou n'a pas été renversée
12 par l'un ou par l'autre. En réalité, on est dans une situation où énormément de preuves
13 sont amenées, de part et d'autres ; quelles sont les preuves qui ont convaincu ou pas le
14 Tribunal arbitral ? Je crois que dans ces paragraphes la Sentence, le Tribunal expose
15 assez clairement pourquoi il est convaincu que, oui, les investisseurs ont démontré
16 qu'aux dates pertinentes, ils avaient bien la nationalité espagnole.

17 **Me J. E. Garcés.** – J'ajouterai tout simplement – d'ailleurs maître Muñoz pourra le
18 reprendre –, s'agissant de la question que vous avez posée ce matin sur les arrêts de la
19 Cour Suprême du Chili cités dans la Sentence arbitrale, paragraphe 307, l'Affaire
20 *Valencia* et l'Affaire *Turbay*. Ils se trouvent dans le dossier de la procédure d'annulation.
21 Ce sont les pièces CN-36f et CN-35f. Si vous les ouvrez, vous voyez que, dans le
22 premier paragraphe, se pose déjà l'acceptation, par la Cour Suprême du Chili, de la
23 renonciation à la nationalité chilienne par un ressortissant chilien. La pièce CN-35f est un
24 arrêt du 25 juillet 1988 où le requérant, je lis le début de la Sentence : « *En dépit du fait*
25 *qu'il n'a pas renoncé à la nationalité chilienne, il l'a perdue par la suite du fait qu'il s'est*
26 *nationalisé au Venezuela* ». La Cour reconnaît qu'il pouvait renoncer, mais il n'a pas
27 renoncé. C'est le choix qu'a le ressortissant.

28 **M. le Président.** – Cela, c'est *Valencia* ?

29 **Me J. E. Garcés.** – C'est la pièce CN-35f. Je vérifie.

30 **M. le Président.** – C'est *Turbay*, c'est l'autre, oui.

31 **Me J. E. Garcés.** - L'autre, c'est la CN-36f.

32 **M. le Président.** – Celle-là, c'est *Valencia*.

33 **Me J. E. Garcés.** – C'est par rapport à l'Allemagne. On trouve le détail dans les
34 Attendus, là je vous cite l'en-tête pour résumer : « *Comme l'appelant, en acquérant la*
35 *nationalité allemande, n'a pas renoncé à sa nationalité chilienne [...]* », donc il avait le
36 choix de devenir allemand en renonçant, mais il n'a pas renoncé.

37 Il existe d'autres exemples. Je reviens encore à l'importance de la CDN (Convention de
38 double nationalité) entre l'Espagne et le Chili. L'article 6 dit clairement : « *Les Chiliens*
39 *qui auraient acquis la nationalité espagnole, en renonçant à la nationalité chilienne*

1 [...] », alors qu'au début du traité, il est indiqué qu'ils n'ont pas besoin de renoncer.
2 Donc on voit, dans le traité lui-même comment ce choix de renoncer ou de ne pas
3 renoncer est à l'entière liberté du ressortissant.

4 Ce sont là plusieurs preuves, mais il en existe d'autres dans la procédure, dont le
5 Tribunal arbitral a tenu compte, où nous avons fourni la preuve de comment il est
6 possible, en conformité avec le droit interne, de renoncer. Alors, le Tribunal s'est tourné
7 vers le Chili et a dit : « *Démontrez-nous que ce qui est déjà démontré dans ces arrêts et
8 dans ces arguments est contredit* ». Et bien entendu, le Chili n'a pas pu produire la
9 preuve du contraire. Ce n'est pas une preuve diabolique. Parce que nous avons produit la
10 preuve positive. Celui qui affirme à la charge de la preuve, c'est déjà dans le *Digesta*.
11 Nous, nous avons fourni la preuve que la renonciation est possible. Eux n'ont pas pu
12 produire la preuve du contraire. Et pour cause, elle n'existe pas.

13 **M. le Président.** – Merci, maître Garcés. Maître Malinvaud, nous allons ajourner nos
14 travaux pendant une demi-heure ? Vingt minutes ?

15 *L'audience, suspendue à 17 heures 06, est reprise à 17 heures 30.*

16 ➤ **Questions du Comité ad hoc (reprise)**

17 **M. le Président.** - Madame Malinvaud, je vais vous poser une question à laquelle vous
18 pourrez apporter une réponse demain, plutôt que d'interrompre votre collègue qui est
19 prête à prendre la parole. J'ai malheureusement le texte en anglais, c'est-à-dire la
20 traduction anglaise de votre plaidoirie. Aux pages 47 et suivantes, cet après-midi, vous
21 avez dit, et je cite (*Le Président poursuit en anglais*) : « *La décision du Tribunal reposait
22 sur des éléments factuels soumis par les Parties au Tribunal en fonction de ce que les
23 experts avaient dit* ».

24 Si vous regardez le transcript de 2007, c'est la pièce CN-214 la transcription de 2007, en
25 particulier aux pages 49, 50 à 52, vous verrez que le Tribunal a exprimé, ou a demandé, a
26 interrogé les Parties sur le *quantum* en supposant qu'elles allaient considérer que la
27 Décision 43 était en violation avec un traitement juste et équitable. Il a demandé aux
28 deux Parties d'indiquer ce qu'elles estimaient, à savoir si ce traitement juste et équitable
29 n'avait pas été respecté compte tenu de la Décision 43, est-ce que les investisseurs s'en
30 tiendraient aux mêmes chiffres et quelle est la position du Chili ?

31 Ensuite, les différentes Parties se sont exprimées, mais je vous ai déjà donné les
32 références pour le transcript pour aujourd'hui.

33 (*Le Président reprend en français.*)

34 Durant la pause, j'ai regardé avec mes collègues la transcription de l'audience du
35 16 janvier 2007 et la question du Président – c'est sous forme de question que je vous la
36 pose –, la question était celle que je retrouve au bas de la page 50, j'ai le texte en français
37 après votre intervention où vous dites : « *L'interprétation des Demanderesses est que si
38 cette Décision 43 constituait une nouvelle violation du traitement équitable, il
39 conviendrait, notamment dans le calcul du dommage, de tenir compte des actes passés
40 du gouvernement et de la République du Chili et, dès lors, le calcul de l'indemnité ne*

1 *serait pas différent, si ce n'est qu'il serait peut-être augmenté concernant le préjudice*
2 *moral ».*

3 Le Tribunal n'a pas retenu.

4 Monsieur le Président dit : « *Je vous remercie. Du côté de la Partie chilienne, on*
5 *souhaite commenter la réponse ? Monsieur Di Rosa ?* ».

6 Nous voudrions savoir si c'est cela la question du Tribunal ou si l'on doit chercher
7 ailleurs la question du Tribunal ?

8 **Me C. Malinvaud.** - Je peux vous répondre tout de suite. J'ai le transcript et, en fait, il
9 faut aller à la page 49, la page d'avant, vous avez « *Questions du Tribunal* » et le premier
10 paragraphe « *M. le Président* », deuxième paragraphe « *Je commence [...]* ». Puis,
11 troisième paragraphe : « *Il a été dit par Me Malinvaud, me semble-t-il, à propos de la*
12 *Décision 43, sinon ce matin en tout cas hier, que cette Décision 43 constituait une*
13 *nouvelle violation de la règle de traitement juste et équitable ou, si vous voulez, un*
14 *nouvel acte illicite* ». La question est là.

15 En admettant cette thèse, par hypothèse ou pour les besoins de la discussion, c'est-à-dire
16 si l'on admet qu'il s'agit d'une nouvelle violation, le préjudice ou les dommages seraient-
17 ils les mêmes ? Première question. C'est là qu'est la question.

18 **M. le Président.** - Je vois. Cela se trouve à la page suivante, elle est répétée.

19 **Me C. Malinvaud.** - La question s'adressait, premièrement, aux investisseurs espagnols.
20 Puis, il s'adresse à la République du Chili en disant : « *Avez-vous des commentaires à*
21 *faire sur cette question ou sur la réponse que nous avons apportée à la question ?* ».

22 **M. le Président.** - Merci, madame Malinvaud. Nous allons maintenant entendre Maître
23 Alexandra Muñoz. Vous avez la parole, Maître.

24 ➤ ***Plaidoirie de Me Alexandra Muñoz pour Victor Pey Casado et la Fondation***
25 ***Président Allende***

26 **Me A. Muñoz.** - Merci, monsieur le Président.

27 Mon intervention aura pour objet de démontrer que, contrairement, aux prétentions du
28 Chili, le Tribunal n'a pas commis d'excès de pouvoir manifeste et a bien motivé sa
29 Sentence conformément aux exigences de la Convention de Washington sur différents
30 éléments.

31 Les éléments sont les suivants : tout d'abord, l'exigence d'un investissement au sens de la
32 Convention. Ensuite, j'aborderai la question de l'exigence de la nationalité au sens de la
33 Convention CIRDI et j'aborderai plus rapidement l'exigence ou l'existence du
34 consentement au sens de l'API, pour ensuite revenir, brièvement, sur les violations du
35 Chili de l'API, en particulier des articles 3 et 4 de l'API.

36 Une petite parenthèse pour dire que dans ces développements, j'essaierai de tenir compte,
37 autant que faire se peut, des remarques faites ce matin par mes contradicteurs. Donc, le
38 PowerPoint qui vous sera présenté n'a pas tenu compte de ces modifications et parfois,

1 certaines de mes citations ne se trouvent pas dans ce PowerPoint, mais je m'y référerai
2 expressément.

3 Sur l'exigence d'un investissement au sens de la Convention, j'irai assez rapidement sur
4 ce point. Je relèverai - et on a entendu cela ce matin à plusieurs reprises - que la
5 propriété des actions par M. Pey a été remise en cause par la République du Chili. En
6 tout cas, on nous a dit que M. Pey n'était pas propriétaire et qu'il n'avait pas acheté le
7 journal *El Clarin*.

8 Je relèverai tout de même que dans ses écritures, la République du Chili a admis et
9 reconnu que cette question ne relevait pas de la compétence du Comité *ad hoc* et donc
10 qu'elle ne la soumettait pas à votre examen. Cette reconnaissance se trouve au
11 paragraphe 303 de la République du Chili à laquelle je vous renvoie.

12 La seule question sur laquelle le Comité *ad hoc* doit se prononcer, finalement, concerne
13 l'exigence d'un investissement au sens de la Convention, et les arguments soulevés par le
14 Chili, il y en avait deux. Le Chili a soulevé l'argument selon lequel le Tribunal arbitral
15 n'aurait pas appliqué la norme applicable pour qualifier les accords signés entre M. Pey et
16 M. Dario Sainte-Marie en 1972 en contrat de vente.

17 Et le deuxième argument est que le Tribunal arbitral n'aurait pas appliqué les normes
18 chiliennes applicables à la question du transfert des actions.

19 Sur la première question - avant de reprendre rapidement sur quelle norme le Tribunal
20 s'est appuyé pour qualifier les actes passés entre M. Pey et Dario Sainte-Marie -, il
21 convient d'attirer l'attention sur le fait que le Tribunal s'est d'abord appuyé, pour
22 effectivement considérer que M. Pey avait bien acquis ces actions, sur les faits : l'accord
23 de volonté, le versement de sommes d'argent et la remise des titres de transfert signés en
24 blanc et aussi sur les conclusions des autorités chiliennes de l'époque.

25 Et là, je fais référence au paragraphe 202 de la Sentence dans lequel le Tribunal indique :
26 « *Les Demanderesses ont pour leur part produit un ensemble de documents qui montrent*
27 *que les autorités chiliennes ont à plusieurs reprises conclu que M. Pey avait acquis les*
28 *titres de CPP SA et les avait conservés avec les formulaires de transfert en blanc* ».

29 Le Tribunal poursuit au paragraphe 204 en faisant référence à la lettre du conseiller du
30 ministre de l'Intérieur, à ce dernier, ainsi qu'à un rapport du CDE qui est le Comité de
31 Défense de l'Etat qui arrivait à la même conclusion que M. Pey avait effectivement
32 acquis les actions de CPP SA et de EPC Ltée, donc du journal *El Clarin*.

33 Au paragraphe 205, le Tribunal cite le mémorandum du sous-secrétaire d'Etat à l'Intérieur
34 du 3 février 1975, qui a été rendu public par le ministre de l'Intérieur lui-même, quelques
35 jours avant de prendre le décret n° 165 de 1975 expropriant les sociétés ; lequel
36 mémorandum indiquant que M. Pey avait effectivement acheté le Consortium
37 Publicitaire et Périodique SA, ainsi qu'EPC.

38 De même au paragraphe 209, le Tribunal s'appuie sur un rapport des Services des impôts
39 internes du Chili, produit dans le cadre de procédures judiciaires entamées en
40 1975 contre M. Pey ; rapport indiquant aussi que M. Pey était bien le propriétaire du
41 journal.

1 Le Tribunal a enfin tenu compte, pour considérer la propriété des actions, de la décision
2 qui a été rendue par la 8^{ème} Chambre correctionnelle du Tribunal de Santiago en 1995 et
3 qui a restitué les actions ou les titres de ces sociétés à M. Pey. Cela se trouve aux
4 paragraphes 213 et 214.

5 Dès lors la question ou la qualification du protocole d'Estoril et de l'Acte de Genève, sur
6 lequel la République du Chili fait sa demande de nullité, a été traitée de manière
7 subsidiaire par le Tribunal arbitral. C'est ce qu'il indique au paragraphe 219 : « *Dans un*
8 *souci d'être complet, le Tribunal examinera en dernier lieu l'argument de la*
9 *Défenderesse visant à contester la validité du contrat de vente* ».

10 Tout cela pour dire que finalement la question de la qualification en contrat de vente de
11 ces deux accords n'est pas une question fondamentale pour le Tribunal dans sa Sentence.

12 En tout état de cause, cette allégation n'est pas fondée. D'abord, il faut souligner que le
13 Chili n'a pas soutenu, devant le Tribunal arbitral, ce qu'il soutient aujourd'hui, c'est-à-dire
14 que le protocole d'Estoril et l'Acte de Genève devaient être interprétés au regard du Code
15 civil espagnol et en particulier de son article 1445. Le Chili soutenait que seul le droit
16 chilien importait à ce moment-là de la procédure.

17 Le deuxième point est que, contrairement à l'allégation du Chili faite aujourd'hui, le
18 Tribunal n'a pas considéré qu'il s'agissait d'un acte de vente en application de l'article 51
19 du Code de commerce. Cela se trouve au paragraphe 222 de la Sentence. Dans ce
20 paragraphe 222, le Tribunal indique simplement : « *Il y a toutefois bien un accord sur la*
21 *chose et sur le prix, sans contrainte de forme, ce qui satisfait les conditions posées par le*
22 *droit applicable selon l'analyse non contestée des Demanderesses lors des audiences de*
23 *mai 2003* ».

24 **M. le Président.** - Quel est, selon vous, le droit applicable auquel le Tribunal fait
25 référence au paragraphe 222 ?

26 **Me A. Muñoz.** - J'y viens. Au paragraphe 222, le Tribunal fait référence à l'audience de
27 mai 2003. Que s'est-il dit à l'audience de mai 2003 ? Là, je fais référence à la pièce CN-
28 157, en particulier aux pages 120 et suivantes.

29 Que soutenaient les Demanderesses, lors de cette audience ? Sur la forme, elles
30 indiquaient que le droit suisse et le droit portugais étaient applicables en fonction des
31 accords, pour ceux qui étaient signés à Estoril et ceux signés à Genève, et que le principe
32 qui prévalait était la liberté de forme des contrats.

33 Sur le fond, les Demanderesses soutenaient que c'était le droit espagnol qui régissait les
34 questions de fond du contrat, le vendeur, M. Dario Sainte-Marie résidant en Espagne au
35 moment de la signature de ces accords. Et sur ce point, deux indications ont été données
36 par les Demanderesses.

37 Tout d'abord, elles ont indiqué que, s'agissant de la question de la transmission des
38 actions sociales, l'article 51 du Code de commerce s'appliquait.

39 En revanche, sur le fond, ce qu'indiquaient les Demanderesses : « *La seule exigence de*
40 *fond du droit espagnol est celle du contrat de vente, c'est-à-dire un accord sur la chose et*
41 *sur le prix. Le contrat de vente, en droit espagnol, est régi par le Code civil espagnol* ».

1 Alors, elles ne l'ont pas indiqué précisément dans ces audiences de 2003, mais elles l'ont
2 indiqué dans leurs écritures précédentes. Et le contrat de vente est effectivement régi par
3 l'article 1445 du Code civil espagnol.

4 Les Demandresses ne pouvaient pas, en indiquant comme seule exigence de fond du
5 droit espagnol celle du contrat de vente, c'est-à-dire un accord sur la chose et sur le prix,
6 se référer à l'article 51 du Code du commerce comme il est dit aujourd'hui puisque
7 l'article 51 indique : « *En matière de transmission d'actions sociales nominatives, il n'est*
8 *pas nécessaire d'observer un formalisme ou une solennité déterminée* ». Cela n'a rien à
9 voir avec les conditions du contrat de vente.

10 Le second argument soutenu par le Chili sur l'existence de cet investissement est que le
11 Tribunal aurait manifestement excédé son pouvoir en n'appliquant pas les normes
12 chiliennes applicables au transfert des actions. Et ils indiquent que le Tribunal n'aurait
13 pas appliqué l'article 451 du Code du commerce et l'article 37 du Règlement du Code des
14 sociétés.

15 Je passerai rapidement, puisque ce sujet n'a pas été traité ce matin, mais que dit le
16 Tribunal arbitral dans sa Sentence ? et, là, je fais référence aux paragraphes 226 à 229 de
17 la Sentence.

18 Le Tribunal indique d'abord qu'il est nécessaire d'accomplir les formalités prévues à
19 l'article 451 du Code de commerce et à l'article 37 du Règlement sur les sociétés
20 anonymes pour acquérir la propriété avec effet *erga omnes*. Par là même, le Tribunal
21 indique les normes qu'il va appliquer pour déterminer si, oui ou non, il y a eu transfert.

22 Il indique, ensuite, que M. Pey n'a pas accompli ses formalités à la date de la saisie de ses
23 actions et de la saisie du livre-registre des actionnaires par les autorités chiliennes
24 jusqu'alors détenus par M. Pey. Cependant, le Tribunal ne s'arrête pas là, il continue son
25 raisonnement et c'est ce qui est reproché au Tribunal.

26 Que dit-il ? Il s'interroge sur la sanction qui doit être appliquée pour ce défaut
27 d'accomplissement de formalités. Il indique que ni les dispositions légales - notamment
28 le Code de commerce - ni la jurisprudence ni la doctrine communiquée par le Chili ne
29 viennent en soutien de la prétention du Chili que la sanction serait une nullité absolue de
30 l'acte. Il en conclut que la sanction n'est pas la nullité.

31 Ce faisant, le Tribunal applique bien la norme légale sans plus d'exigence que le droit
32 chilien n'en impose. Le Tribunal conclut, ensuite, que : « *Les dispositions légales visées*
33 *par le Chili n'enferment pas l'accomplissement de ces formalités dans un délai précis et*
34 *que M. Pey aurait pu accomplir ces formalités, s'il n'en avait été empêché par la saisie*
35 *et des actions et du livre-registre* ». C'est sur ce fondement-là qu'il considère qu'il y a
36 bien eu acquisition de la propriété des actions.

37 Donc, contrairement à l'affirmation du Chili, le Tribunal a bien appliqué des dispositions
38 légales applicables pour se prononcer sur l'existence de l'investissement. Il ne s'agit pas
39 d'un excès de pouvoir manifeste, comme l'a écrit le Chili dans ses Mémoires.

1 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

2 **M. le Président.** - Qu'avez-vous à dire au sujet de la note 173, en bas de page, où on cite
3 Me Di Rosa qui aurait dit : « *On a parlé hier du droit applicable mais en réalité dans ce*
4 *type d'accord ce qui prévaut, c'est le texte même du contrat. Ni le document d'Estoril ou*
5 *le document de Genève ne font référence à une vente-achat d'actions du consortium*
6 *CPP.* » ?

7 **Me A. Muñoz.** - C'est justement sur ce fondement que le Chili s'opposait à la
8 qualification du contrat de vente. A aucun moment, ils ne sont revenus sur le droit
9 applicable au contrat et ils se sont contentés de faire une explication de texte de ces
10 deux protocoles d'accord : celui d'Estoril et celui de Genève. Ces questions-là sont des
11 questions qui ont été soumises au Tribunal arbitral ; le Tribunal arbitral a été convaincu
12 que les termes inclus dans ces documents constituaient bien un contrat de vente et les a
13 qualifiés en contrat de vente, en application du droit applicable qui est un accord sur la
14 chose et sur le prix et, dans les faits, des versements d'argent contre une remise des titres
15 de propriété.

16 **M. le Président.** - Merci.

17 ➤ *Plaidoirie de Me A. Muñoz pour Victor Pey Casado et la Fondation Président*
18 *Allende (suite)*

19 **Me A. Muñoz.** - Je passerai maintenant à la question de la nationalité, au sens de la
20 convention qui a été longuement traitée ce matin.

21 L'exigence de nationalité au terme de l'article 25 de la Convention a été clairement
22 rappelée ce matin : l'investisseur doit être de la nationalité de l'autre Etat contractant aux
23 deux dates qui sont celles du consentement, soit le 2 octobre 1997 et celle de
24 l'enregistrement, soit le 20 avril 1998.

25 Sur ce point, il n'y a pas de question ni de débat entre les Parties, le Chili reconnaissant
26 qu'à ces deux dates, M. Pey avait bien la nationalité espagnole.

27 La seconde exigence est qu'à l'une quelconque de ces dates, M. Pey ne devait pas avoir la
28 nationalité chilienne. Et c'est sur ce point-là que le Chili a concentré sa contestation.

29 Le Tribunal a conclu par la négative en considérant que M. Pey avait formellement
30 renoncé à sa nationalité, le 10 décembre 1996 – c'est ce qu'il dit dans sa Sentence –,
31 voire au plus tard le 16 septembre 1997. C'est sur ce point que le Chili considère que le
32 Tribunal a nécessairement commis un excès de pouvoir manifeste puisque, selon le Chili,
33 la Constitution chilienne applicable à ces dates ne permettait pas de renoncer
34 volontairement à la nationalité chilienne.

35 Il s'agit là du premier fondement d'annulation concernant la partie de la Sentence relative
36 à la nationalité.

37 Le Chili avance deux autres arguments, dont un premier qui concerne un prétendu
38 renversement de la charge de la preuve, on y reviendra. Puis, il invoque un troisième
39 argument, sur un prétendu défaut de motivation, le Chili nous ayant expliqué ce matin

1 que le Tribunal n'avait pas développé comment M. Pey avait pu renoncer à sa nationalité
2 avant les dates prévues par la Convention de Washington.

3 Sur le premier fondement, nous ne reviendrons pas sur l'ensemble des arguments
4 développés dans les écritures par les Parties demandresses et nous faisons référence à
5 nos Mémoires, tout simplement. S'agissant du Mémoire en réponse, il s'agit des pages
6 66 à 74 et, s'agissant du Mémoire en duplique, des pages 33 à 40.

7 En revanche, nous insisterons sur quatre points qui s'opposent à l'annulation de la
8 Sentence sur ce fondement.

9 Le premier point, rappelé tout à l'heure par Me Malinvaud, concerne la définition du
10 terme « manifeste » tel que rappelé. Si l'on doit prendre un exemple, je citerai *Repsol* :
11 « *Manifeste signifie "évident en soi à la simple lecture de la Sentence", c'est-à-dire*
12 *avant même un examen détaillé de son contenu* ». Comme l'a souligné le Pr Schreuer :
13 « *Ce terme ne vise pas le caractère sérieux de l'excès ou de la nature fondamentale de la*
14 *règle violée, mais bien le processus cognitif qui le rend apparent. Un excès de pouvoir*
15 *est manifeste s'il peut être discerné avec peu d'efforts et sans une analyse approfondie de*
16 *la Sentence* ».

17 Les arguments du Chili sur le prétendu excès de pouvoir du Tribunal concernant la
18 légalité de la renonciation à la nationalité doivent être analysés au prisme de cette
19 définition. Et, sur ce seul argument, la demande du Chili doit être rejetée tellement le
20 sujet a fait l'objet de débats entre les Parties, d'échanges, d'échanges de jurisprudences,
21 de doctrines, de normes légales, en particulier la Constitution et l'interprétation de cette
22 dernière soutenant la position des Demanderesses, position qui a été retenue par le
23 Tribunal arbitral dans sa Sentence.

24 Le second point sur lequel j'insisterai, c'est qu'il n'appartient pas au Comité *ad hoc* de
25 déterminer si le Tribunal a correctement appliqué ou interprété la Constitution chilienne.
26 Comme il a été rappelé dans l'affaire CDC, indépendamment de notre opinion sur
27 l'exactitude de l'analyse juridique faite par le Tribunal, le Comité indique : « *Notre étude*
28 *se limite à déterminer si le Tribunal s'est efforcé d'appliquer le droit anglais. Qu'il l'ait*
29 *fait est certain par son affirmation expresse au sein de la Sentence qui l'a fait, ainsi que*
30 *par ses citations répétées des textes juridiques anglais pertinents* ».

31 Sur ce point, on relèvera que la Sentence fait référence à la Constitution. Le Chili a
32 indiqué que le Tribunal lui-même avait souligné que c'est au regard du droit interne
33 chilien qu'il allait déterminer la nationalité de M. Pey et s'il pouvait y renoncer, et il a
34 cité à plusieurs reprises la Constitution, l'interprétation de la Constitution.

35 Si le Comité décidait d'aller au-delà du cadre qui lui est fixé par les rédacteurs de la
36 Convention, ce serait finalement un cas d'appel, et il ne pourrait le faire.

37 Le défaut d'application d'une règle de droit doit être distingué de l'application erronée,
38 comme il a été dit ce matin, même manifestement injustifié. Ceci a été rappelé par
39 plusieurs Comités, notamment dans l'Affaire *MINE* – et là, je réfère au paragraphe 504 –,
40 dans l'Affaire *CDC* que je viens de citer au paragraphe 43, ou dans l'Affaire *Repsol* au
41 paragraphe 42.

1 Je soulignerai tout particulièrement la décision dans l'Affaire *MTD* dans laquelle le Chili
2 était Partie et dans laquelle il avait utilisé le même argument qu'il tient devant vous
3 aujourd'hui.

4 Dans l'Affaire *MTD*, le Chili soutenait : « *Le Tribunal n'a pas appliqué le droit*
5 *international ou le droit chilien, comme il était requis de le faire et qu'il a effectivement*
6 *décidé de certains aspects du litige sur une base ex aequo bono.* »

7 C'est exactement ce que nous soutient le Chili aujourd'hui.

8 Que dit le Comité *ad hoc* dans l'Affaire *MTD* ? « *En dehors de son incohérence avec le*
9 *test articulé dans des affaires telles que MINE et CDC, le problème de cette formulation*
10 *est qu'elle va loin vers la pente glissante de l'appel pour erreur de droit ; erreur de droit*
11 *peut-être combinée avec des adjectifs mais erreur de droit malgré tout.* »

12 C'est très exactement vers cette pente glissante qu'essaie de nous amener le Chili.

13 Le troisième point sur lequel j'insisterai, c'est que finalement, à la lumière de ce qui vient
14 d'être dit, le Comité ne pourra que constater qu'il existe de nombreux éléments venant
15 soutenir la position des Demanderesses, selon laquelle il était possible de renoncer à la
16 nationalité chilienne et que le Tribunal était légitime à retenir cette position.

17 Je ne reviendrai pas sur l'intervention de M. Cea car cela été évoqué, ce matin, par
18 Me Carole Malinvaud. Néanmoins, sans être exhaustive, je citerai un certain nombre
19 d'éléments qui étaient dans la procédure devant le Tribunal arbitral. Tout d'abord,
20 l'article 11 de la Constitution chilienne, repris au paragraphe 296 de la Sentence et qui
21 prévoit que la nationalité chilienne est perdue par naturalisation, sauf dans certains cas. Je
22 cite l'article 11, premièrement : Causes de perte de nationalité : « *L'article 11 de la*
23 *Constitution chilienne indique ce qui suit quant aux causes de perte de la nationalité :*

24 *1° Par naturalisation dans un pays étranger, sauf dans le cas de ces chiliens compris*
25 *dans les n°1°, 2° et 3° de l'article antérieur qui auraient obtenu une autre nationalité*
26 *sans renoncer à leur nationalité chilienne et en accord avec ce établi dans le numéro 4°*
27 *du même article.* »

28 Il y a donc là, dans la Constitution elle-même, un caractère ambigu puisque l'article 11,
29 dans son premièrement, prévoit une renonciation à la nationalité.

30 Le Chili nous a indiqué ce matin qu'il n'y avait pas de caractère ambigu dans la
31 Constitution, notamment sur le caractère exhaustif de l'article 11 comme possibilité de
32 perte de nationalité.

33 D'abord, première chose, la Constitution n'indique pas que l'article 11 est une liste
34 exhaustive de perte de nationalité. Sur ce point, j'attire l'attention du Comité sur la note
35 de bas de page n° 256 de la Sentence située, au paragraphe 308 de la Sentence où le
36 Tribunal dit : « *Le texte même de l'article 11 de la Constitution chilienne est ambigu sur*
37 *la question et ne permet nullement d'affirmer ou de postuler un prétendu caractère*
38 *limitatif de ces cas énumérés de perte de nationalité* ».

39 Il renvoie à la note de bas de page 256 en indiquant : « *On remarquera également à ce*
40 *propos que, en droit constitutionnel comparé, le texte des constitutions est le plus*

1 souvent conçu en termes programmatiques ou de principes généraux – que
2 l'interprétation ultérieure et la pratique, au gré de l'évolution politique, ont été appelées
3 à compléter et préciser – si bien que le caractère limitatif ou exhaustif d'un texte
4 constitutionnel précité peut difficilement être présumé. »

5 Contrairement à ce que nous a dit le Chili, il y a de l'ambigüité dans la Constitution.

6 Cette ambigüité se trouve également par les jurisprudences déjà évoquées ce matin par
7 vous, Monsieur le Président, ainsi que par le Tribunal arbitral et par d'autres
8 jurisprudences que je vais citer.

9 Pour reprendre les jurisprudences de ce matin, qui ont également été évoquées par mon
10 confrère Juan Garcès, s'agissant de l'arrêt du 25 juillet 1988, la pièce CN-35f au point 6
11 de cette décision, il est indiqué : « *En conséquence, il faut conclure que M. Dari Carrère*
12 *(?), bien que n'ayant pas renoncé à la nationalité chilienne, l'a toutefois perdue comme*
13 *conséquence de s'être naturalisé vénézuélien et, dans des circonstances, il n'y a pas lieu*
14 *de déclarer, comme il le prétend, qu'il conserve encore ladite nationalité* ». Là, il
15 s'inscrit, ce monsieur, dans l'article 11 de la Constitution chilienne.

16 Je réfère maintenant à la pièce CN-36f, qui est l'arrêt du 31 octobre 1989 – il s'agissait là
17 d'une personne de nationalité allemande – et il est indiqué dans le chapeau de cette
18 décision de la Cour Suprême : « *Comme l'appelant, en acquérant la nationalité*
19 *allemande, n'a pas renoncé à sa nationalité chilienne, il se trouve dans les cas*
20 *d'exceptions prévus par la Constitution* ».

21 J'attirerai également l'attention du Comité aux points 7, 8 et 9 de la page 4 de cette
22 décision de la Cour Suprême qui indique, point 7 : « *Que l'on doit souligner que la perte*
23 *de nationalité par naturalisation dans un pays étranger, envisagée par l'article 11 n°1 de*
24 *la Charte fondamentale, ne se produit pas dans le cas où une nationalité aurait été*
25 *obtenue sans renoncer à la nationalité chilienne* ».

26 Point 8 : « *Effectivement, il convient de tenir pour établi que l'appelant, en acquérant la*
27 *nationalité allemande, n'a pas renoncé à la nationalité chilienne* ».

28 Point 9 : « *L'article 11 n°1 de la Charte fondamentale à l'égard des Chiliens qui se*
29 *naturalisent en pays étranger, mais sans renoncer à la nationalité chilienne.* »

30 Dans ces deux décisions, on parle tout de même de renonciation à la nationalité
31 chilienne.

32 Les Demanderesses avaient également communiqué, au Tribunal arbitral, d'autres arrêts.
33 Je citerais un arrêt de la Cour Suprême du 19 mars 1993, qui est la pièce CN-44f, dans
34 laquelle la Cour Suprême indique que : « *Pour que se produise la perte de nationalité, il*
35 *faut que soit remplie la formalité essentielle de renonciation expresse à cette dernière*
36 *dans un but d'en obtenir une autre* ».

37 De même, l'arrêt de la Cour d'appel de Valparaiso du 2 avril 2001 indique que : « *Le*
38 *premier alinéa de l'article 11 de la Constitution chilienne ne pouvait pas être réservé aux*
39 *Chiliens d'origine, à l'exclusion des Chiliens de naturalisation* », ce qui a été soutenu par
40 le Chili qui indiquait qu'à partir du moment où la personne avait été naturalisée chilienne,
41 quand bien même elle reprenait sa nationalité, elle ne pouvait pas renoncer à sa

1 nationalité chilienne ; ce qui a été rejeté par la Cour Suprême du Chili en indiquant que
2 cela constituerait « une distinction arbitraire et illégale ».

3 Dans cet arrêt également, la Cour d'appel de Valparaiso a souligné que le droit de
4 changer de nationalité, qui était fondé sur la Convention interaméricaine des droits de
5 l'Homme était inclus dans le système juridique chilien depuis 1991 et que cela incluait le
6 droit de changer de nationalité. Cet arrêt a été confirmé par la Cour Suprême du Chili.

7 **M. le Président.** – Où lisez cette référence à la Convention ?

8 **Me A. Muñoz.** – C'est non pas une référence à la Convention, mais une référence au
9 décret n° 853 du 5 janvier 1991, qui est le décret qui intègre la Convention
10 interaméricaine des Droits de l'Homme dans le système juridique chilien.

11 **M. le Président.** – C'est dans la Décision CN-44 ?

12 **Me A. Muñoz.** - Non. C'est dans la Décision CN-122f, au 10^{ème} de la Décision.

13 **M. le Président.** - Vous seriez gentille d'attendre quelques secondes, s'il vous plaît. Item
14 10, vous dites, je crois. Dixièmement ?

15 **Me A. Muñoz.** – Oui, en page 9.

16 **M. le Président.** – Je vous remercie.

17 **Me A. Muñoz.** - Un point d'information. Le décret visé dans cet arrêt de la Cour d'appel
18 est inclus dans nos pièces à la pièce CN-38f, qui est le décret de 1991 qui intègre la
19 Convention interaméricaine des Droits de l'Homme dans le système juridique chilien, *in*
20 *extenso*.

21 **M. le Président.** - Merci.

22 **Me A. Muñoz.** - Il est vrai qu'aucune de ces décisions ne reprend exactement la situation
23 dans laquelle se trouvait M. Pey, puisque M. Pey Casado, lui, bénéficiait en 1973 ou en
24 1972, de la nationalité chilienne en vertu de la Convention de la double nationalité de
25 1958, comme il vous l'a été dit.

26 Les Demanderesses ont également soumis au Tribunal arbitral, au cours de la procédure
27 d'arbitrage, la résolution de la Direction générale de registres et du notariat du 27 février
28 1979 du ministre de la Justice espagnol qui indiquait, à propos de la Convention de
29 double nationalité hispano-chilienne de 1958 – qui a été citée un peu plus tôt par mon
30 confrère Me Garcés –, je cite à mon tour : « *Il s'entend, en ce cas, que la double*
31 *nationalité hispano-chilienne n'est pas une contrainte envers les particuliers, mais une*
32 *faculté ou un bénéfice qui leur est concédé et auquel ils peuvent renoncer* ».

33 En outre, comme il a été souligné ce matin, le Chili est partie à un certain nombre de
34 conventions bilatérales ou multilatérales internationales qui prévoient la possibilité de
35 renoncer à la nationalité.

36 Le Tribunal arbitral a notamment cité la Convention panaméricaine de Rio de Janeiro de
37 1906, toujours en vigueur au moment des faits, qui permet à un double national de
38 renoncer à l'une de ses nationalités s'il exprime cet abandon.

1 Il n'a pas été discuté que M. Pey ne relevait pas de cette Convention. Mais là n'est pas la
2 question. La question est que le droit chilien reconnaît la possibilité, pour certaines
3 personnes, de renoncer à la nationalité en s'inscrivant en dehors de l'article 11 1^{ère} de la
4 Constitution chilienne. C'est le point qui est important dans cette Convention de Rio de
5 1906. Il en va de même, on l'a cité, de la Convention interaméricaine des droits de
6 l'homme de 1991, qui était applicable au Chili au moment où M. Pey a renoncé à sa
7 nationalité en 1996.

8 Vous avez posé une question, ce matin, sur la primauté des traités par rapport à la
9 Constitution en droit chilien. Je ferai là référence à un arrêt cité dans nos écritures au
10 paragraphe 621 de notre Mémoire en réponse du 15 octobre 2010, dans lequel on vise un
11 arrêt de la Cour Suprême du Chili du 25 mai 2009.

12 Cela se trouve en page 122 de notre Mémoire en réponse, paragraphe 621. C'est le
13 dernier paragraphe de la citation qui est soulignée, dans lequel il est indiqué : « *La*
14 *présente Cour réitère* [quand bien même cet arrêt date de 2009, ce n'est pas une
15 nouveauté] *une fois de plus que les principes du droit international et les règles du droit*
16 *coutumier font partie de l'ordonnancement juridique chilien avec primauté à l'égard des*
17 *lois internes, quand bien même il ne se trouverait pas traduit en traité ou convention*
18 *obligatoire pour le Chili* ».

19 Je pense que cette décision de la Cour Suprême répond à votre interrogation de ce matin.

20 Enfin, ce matin, nous avons beaucoup entendu nos contradicteurs parler de la réforme de
21 la Constitution en 2005 qui venait, pour la première fois, en 2005, reconnaître ce droit à
22 renonciation.

23 Sur ce sujet, j'indiquerais simplement que certains auteurs et donc la doctrine chilienne
24 considéraient que la réforme constitutionnelle de 2005 ne faisait que reconnaître une
25 pratique jurisprudentielle et administrative en la matière.

26 Je cite en particulier un article du Pr Avilés qui avait été cité par Me Garcés lors de
27 l'audience du 16 janvier 2007. Entre autres exemples qu'il avait pu citer lors de cette
28 audience, cet article du Pr Avilés se trouve en pièce CN-210, en particulier, la page 293,
29 le dernier paragraphe et le haut de la page 294. C'est un texte en espagnol, mais qui
30 indique...

31 **Me J. E. Garcés.** - C'est en espagnol. Le professeur Avilés Figuereido, professeur
32 universitaire chilien, à la page 293 au sujet, livre monographique, de la réforme
33 constitutionnelle de 2005 dit (*interprétation de l'espagnol*) : « *En menant la réforme, la*
34 *Commission des droits de l'Homme, de nationalité et de citoyenneté du Sénat, a estimé*
35 *que l'on devait accepter comme règle la double nationalité chaque fois que l'acquisition*
36 *d'une nouvelle nationalité ne pouvait pas être interprétée comme la renonciation à la*
37 *nationalité d'origine. L'on a estimé que cette clause devait être remplacée par une autre*
38 *clause qui dirait que la nationalité se perdrait par renonciation, donc déclarée devant*
39 *l'autorité compétente chaque fois que cela se ferait après la nationalisation de la*
40 *personne qui renonce dans un pays étranger. Cette dernière exigence a été formulée*
41 *comme garantie devant une éventuelle situation d'apatridie. Ainsi, la réforme proposée*
42 *reconnaît une pratique de jurisprudence et une pratique administrative en la matière.* »

1 (*Poursuivant en français*) (hors micro)... donc c'est la reconnaissance de la Cour
2 Suprême chilienne et de l'administration chilienne en la matière depuis bien longtemps,
3 qui est reflétée dans les arrêts dont a tenu compte la Sentence arbitrale.

4 **Me A. Muñoz.** - Contrairement à ce que l'on a entendu ce matin, le Tribunal n'a pas
5 simplement recherché quel était l'esprit de la Constitution mais a bien appliqué, comme
6 l'indique ce professeur de droit, la constitution telle qu'elle était interprétée au Chili à
7 l'époque.

8 Il résulte de cet ensemble de pièces – et là je ne vous en ai donné qu'un tout petit
9 florilège –, que loin d'avoir ignoré le droit chilien en matière de nationalité, le Tribunal
10 l'a, au contraire, analysé en profondeur et il ne s'est pas arrêté – comme souhaiterait le
11 Chili – aux termes apparents de la Constitution, avant de l'appliquer à la situation de M.
12 Pey, pour en conclure que la renonciation volontaire à la nationalité chilienne par M.
13 Pey, double national, ayant une autre nationalité, la nationalité espagnole respectait la
14 législation chilienne.

15 S'agissant (dernier point sur lequel j'insisterais) de la possibilité de renoncer à la
16 nationalité chilienne en droit chilien, les autorités chiliennes elles-mêmes avaient reconnu
17 la validité de la renonciation de M. Pey, en modifiant sa fiche signalétique d'état civil.

18 Ce matin, on a essayé de mettre cela sur le fait que c'était un employé finalement
19 subalterne qui avait commis une erreur. Cette pièce est la CN-71f, dans laquelle il est
20 indiqué : « *Par instruction numéro 13.797, du 27 juillet 1998, du directeur de la*
21 *politique consulaire et d'immigration du ministère des Relations extérieures, M. Victor*
22 *Pey a renoncé à la nationalité chilienne* ». Peut-être la personne qui a apposé le terme
23 « étranger » sur la fiche signalétique était une personne subalterne, mais en tout cas elle
24 obéissait aux instructions d'une personne qui, elle, ne l'était pas.

25 Le Tribunal n'a donc pas commis un excès de pouvoir et encore moins manifeste pour se
26 prononcer sur la validité de la renonciation à la nationalité chilienne.

27 S'agissant de l'argument du Chili sur la motivation de la Sentence sur cette question, les
28 développements du Tribunal, très longs, paragraphes 287 à 323, permettent de suivre le
29 raisonnement du Tribunal sur cette question, ce qui exclut donc l'annulation pour défaut
30 de motif.

31 Je passerais maintenant à la question sur le prétendu renversement de la charge de la
32 preuve qui a été déjà traitée - et j'irai donc très vite - un peu plus tôt par Me Malinvaud.

33 La position des Demanderesse est très simple : le Tribunal ne s'est pas appuyé sur un
34 défaut de preuve de la part du Chili pour considérer qu'il était possible de renoncer à la
35 nationalité chilienne, et les éléments de preuve que je viens d'évoquer en témoignent.

36 J'attirais également votre attention sur le paragraphe 318 de la Sentence qui indique, en
37 parlant de la question de la nationalité : « *Le Tribunal doit certes se fonder d'abord sur le*
38 *Droit Public chilien applicable à la question de nationalité, et c'est précisément ce qu'il*
39 *a fait, à la lumière des allégations et preuves des Parties* ».

1 Sur le second point, comme l'a relevé Me Carole Malinvaud, le principe soutenu par le
2 Chili, selon lequel il appartient à M. Pey de démontrer qu'il était possible de renoncer à la
3 nationalité, est un principe erroné.

4 Je ne reviendrai pas sur l'analyse des différentes sentences ou décisions de Comités *ad*
5 *hoc*. Pour cela, je vous renverrai aux paragraphes 294 à 316 de notre Mémoire en
6 Réponse et aux paragraphes 90 à 107 de notre Mémoire en Duplique.

7 Le principe sur la charge de la preuve est le suivant : M. Pey devait démontrer qu'il était
8 de nationalité espagnole, ce qu'il a fait. Il devait démontrer qu'il avait renoncé à sa
9 nationalité chilienne, et c'est ce qu'il a fait et ce que le Tribunal indique au paragraphe
10 322, en soulignant que : « *Ce faisant, le Tribunal est conduit à conclure de ce qui*
11 *précède la validité d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne lorsque la*
12 *partie renonçant est double nationale, renonciation dont la réalité a été prouvée par la*
13 *première partie demanderesse.* »

14 En revanche, l'argument selon lequel il était impossible de renoncer à la nationalité est un
15 argument de défense. Ce n'est pas une preuve impossible à faire pour le Chili. Elle
16 reposait sur le Chili comme, effectivement, un argument d'incompétence.

17 Le troisième fondement d'annulation concernant la nationalité est relatif à la motivation
18 de la Sentence, et en particulier sur le fait que le Chili nous dit : « *Le Tribunal n'a pas*
19 *expliqué comment M. Pey a pu renoncer à sa nationalité le 10 décembre 1996* ».

20 Les faits qui ont été pris en compte par le Tribunal dans sa Sentence sont les suivants :
21 tout d'abord, le 10 décembre 1996, M. Pey a adressé un courrier – et cette fois-ci il l'a
22 adressé au département chilien de l'immigration –, indiquant qu'il avait son domicile en
23 Espagne depuis 1974 et qu'il n'entendait pas se prévaloir des bénéfices de la Convention
24 de Double Nationalité Espagne Chili. C'est la pièce CN-53f qui est reprise dans la
25 Sentence au paragraphe 289.

26 Le 7 janvier 1997, M. Pey a demandé au Consulat à Santiago du Chili de mettre à jour
27 son registre et d'indiquer qu'il ne bénéficiait pas de la Convention sur la Double
28 Nationalité de 1958. Cela se trouve également au paragraphe 289.

29 Enfin, le 16 septembre 1997, M. Pey a procédé, auprès du Consul d'Espagne de
30 Mendoza, à une déclaration officielle.

31 C'est la pièce CN-58f citée à plusieurs reprises dans la Sentence, notamment au
32 paragraphe 290. Je lirai simplement la fin de cette déclaration dans laquelle M. Pey
33 indique : « *Pour ne laisser place à aucun doute à cet égard, je déclare que la*
34 *communication du 10 décembre 1996 doit s'entendre de la façon qui convienne le mieux*
35 *en droit aux fins desquelles elle a été présentée, y compris comme preuve de ma*
36 *renonciation expresse et solennelle à la nationalité chilienne au cas où elle serait requise*
37 *par l'administration chilienne, une renonciation formelle à ma nationalité chilienne, ce*
38 *que j'affirme et à quoi je souscris de nouveau par la présente* ».

39 Cette déclaration n'a pas été faite en l'air, comme ont essayé de nous le faire croire ce
40 matin nos contradicteurs, mais elle a été faite auprès des autorités espagnoles, lesquelles
41 ont transmis cette déclaration aux autorités chiliennes.

1 La transmission de cette déclaration aux autorités chiliennes est indiquée dans la
2 Sentence, au paragraphe 112, s'agissant des faits relatifs à la nationalité. Il s'agit de
3 l'exposé des faits relatifs à la nationalité qui ont été retenus par le Tribunal arbitral.

4 Il en résulte que M. Pey a renoncé à sa nationalité en 1996. Il a réitéré cette renonciation
5 en 1997. Le Chili ou les autorités chiliennes ont acquiescé à cette renonciation, même si
6 le Tribunal a indiqué dans sa Sentence que cet acquiescement n'était pas nécessaire.

7 Au paragraphe 293, le Tribunal s'interroge sur la question de savoir si finalement, par
8 cette lettre du 10 décembre 1996, ceci équivaut bien à une renonciation. En répondant par
9 l'affirmative, le Tribunal a admis la position des Demanderesses qui avait été exprimée
10 pendant la procédure arbitrale, que le *dies a quo* de la renonciation est la date de la
11 manifestation de la volonté et non pas la date ni de l'inscription, ni de la connaissance
12 par les autorités chiliennes de cette renonciation.

13 Cette position se trouve rappelée au paragraphe 298 de la Sentence et à la note de bas de
14 page 241.

15 Au paragraphe 298, le Tribunal indique dans sa dernière ligne : « *D'après les*
16 *Demanderesses, cette renonciation à la nationalité chilienne aurait pris effet à la date de*
17 *la déclaration de M. Pey Casado le 10 décembre 1996* » et il renvoie à une note de bas
18 de page qui est l'exposé des Demanderesses sur le *dies a quo* de la renonciation à la
19 nationalité.

20 La position des Demanderesses sur le *dies a quo* est d'ailleurs une position reconnue, en
21 tout cas qui été appliquée comme telle par la Cour Suprême du Chili, notamment dans la
22 pièce CN-42f que vous avez dans la procédure.

23 Juste pour rappel, il s'agissait d'un citoyen chilien naturalisé citoyen américain le
24 27 janvier 1977 qui avait renoncé, volontairement, à sa nationalité chilienne à cette même
25 date. Dans cet arrêt, la Cour Suprême indique que : « *Le 18 mars 1991, le Service du*
26 *Registre de l'Etat civil et de l'Identité chilien a procédé à la notation, en marge de la*
27 *déclaration de naissance de l'appelant, rendant compte de sa naturalisation des Etats*
28 *Unis d'Amérique à compter du 21 janvier 1977 et de la perte, en conséquence, de sa*
29 *nationalité chilienne* ». C'est donc bien à la date de la renonciation que l'inscription est
30 faite, peu importe finalement la date à laquelle les autorités chiliennes sont informées ou
31 procèdent à cette inscription.

32 J'en ai donc fini avec la nationalité et je passerai, sans transition, à l'existence du
33 consentement au sens de l'API.

34 **M. le Président.** - Il y a bien des dates qui sont mentionnées. N'attachez pas trop
35 d'importance à ma question, mais je la pose néanmoins. Au paragraphe 298, le Tribunal,
36 à la dernière phrase, prononce que : « *La renonciation de M. Pey aurait pris effet à la*
37 *date de sa déclaration, soit le 10 décembre 1996* ». Pardon, c'est au paragraphe 288. Je
38 m'y suis retrouvé, merci.

39 **Me A. Muñoz.** – Très bien, Monsieur le Président. Je passerai à l'existence du
40 consentement au sens de l'API. Sur ce point, le Chili présente plusieurs fondements

1 d'annulation, mais je ne les traiterai pas tous devant vous. Le premier est un excès de
2 pouvoir manifeste pour non-application de la loi sur les investissements étrangers qui n'a
3 pas été traité ce matin, je ne le traiterai donc pas.

4 Le deuxième est un excès de pouvoir manifeste au motif que le Tribunal se serait reconnu
5 compétent, alors que l'investissement aurait prétendument disparu en 1975, en raison du
6 décret d'expropriation.

7 Enfin, troisièmement, un défaut de motivation de la Sentence, le Tribunal n'ayant pas
8 expliqué comment il aurait contourné l'apparente contradiction entre la loi n° 16-643 de
9 1967 sur l'abus de publicité, qui imposait à tout propriétaire d'un journal d'être Chilien et
10 l'article 2 de l'API.

11 Je passerai directement au second fondement relatif à la prétendue disparition de
12 l'investissement.

13 Deux éléments s'opposent à l'annulation de la Sentence sur ce fondement. Le premier, qui
14 n'a pas du tout été traité ce matin, est que cet argument est un nouvel argument de la part
15 du Chili et, à ce titre, qu'il est irrecevable. Le second est que cet argument est inexact et
16 mal fondé.

17 S'agissant du fait que c'est un argument nouveau, cet argument n'a jamais été soutenu
18 par le Chili devant le Tribunal arbitral dans la procédure d'arbitrage. Ce fait est reconnu
19 par le Chili dans sa Réplique, au paragraphe 415. À ce titre, cet argument doit être
20 déclaré irrecevable.

21 Comme le souligne le Pr Scheuer dans son ouvrage : « *Une requête en annulation n'est*
22 *pas l'occasion, pour une Partie, de présenter, compléter ou développer un argument*
23 *qu'elle aurait pu ou aurait dû faire au cours de la procédure d'arbitrage* ». Ce principe a
24 été rappelé par les Comités *ad hoc* dans l'Affaire *MINE*, au paragraphe 6.42, ainsi que
25 dans l'Affaire *Vieira*, dans laquelle le Chili était impliqué, au paragraphe 237 ou encore
26 dans la Sentence sur le fond, dans l'Affaire *CIAG* à propos d'un argument sur la
27 compétence qui était présenté devant le Tribunal arbitral, alors qu'ils étaient en train de
28 discuter du fond ; ce sont les paragraphes 311 à 313 de la Sentence sur le fond.

29 Quels que soient les arguments du Chili pour tenter de soutenir la recevabilité de cet
30 argument, ils sont vains, puisque le seul critère qui a été retenu par les Comités *ad hoc*
31 dans ces différentes décisions, est de savoir si le Chili aurait pu faire cet argument devant
32 le Tribunal arbitral.

33 En l'espèce, le Chili aurait pu le faire, rien n'empêchait de le faire, mais surtout le Chili
34 ne l'a pas fait. Bien au contraire, il ne s'est pas opposé à la nullité ou la nullité du
35 Décret n° 165 de 1975, jusqu'en 2003. Autrement dit, dans toutes ces écritures
36 précédentes, le Chili n'a jamais considéré que le Décret était toujours en vigueur au Chili.
37 Le Chili n'avait besoin d'attendre la Sentence pour faire cet argument d'inexistence de
38 l'investissement.

39 Le second élément qui s'oppose à l'annulation de la Sentence sur ce fondement est qu'il
40 n'est pas fondé puisque l'argument du Chili consiste à soutenir que dès lors qu'un

1 investissement a été exproprié par un acte prétendument légal – et là, on ne se prononce
2 pas sur la question de la légalité ou pas de cette expropriation – il n'existe plus. Dès lors,
3 un Tribunal arbitral ne serait pas compétent au titre d'un Traité bilatéral de protection des
4 investissements.

5 Une telle position serait absurde et c'est d'ailleurs ce qu'ont reconnu divers tribunaux
6 arbitraux dans différentes sentences que nous avons citées. À titre d'exemple, dans la
7 Sentence *Phoenix contre la République Tchèque* du 15 avril 2009, le Tribunal a indiqué
8 que : « *Il est vrai qu'un investissement qui est arrivé dans une impasse [on a traduit*
9 *standstill (?) par impasse] en raison d'actions de l'Etat d'accueil, continuerait à être*
10 *qualifié d'investissement autrement la protection internationale des investissements*
11 *étrangers, fourni par le BIT, serait vidée de son objet.* »

12 C'est également cette position qui a été prise dans l'Affaire *Tradex* par le Tribunal
13 arbitral dans une Sentence du 24 décembre 1996, en page 182 de la Sentence, ou encore
14 dans l'Affaire *Jan de Nul contre l'Égypte* du 16 juin 2006 aux paragraphes 134 et 136,
15 dans lesquels le Tribunal indique : « *Comme le Demandeur l'a souligné, non seulement il*
16 *n'est énoncé nulle part que l'investissement devrait toujours exister lorsque le litige*
17 *survient, mais également, et de manière plus importante, si tel était le cas, la logique*
18 *entière des traités de protection des investissements serait défaite. Le devoir de fournir*
19 *réparation suite à des violations de droit persiste, même si les droits en tant que tels ont*
20 *pris fin. Autrement, un Etat expropriateur pourrait soutenir qu'il ne doit aucune*
21 *compensation étant donné que l'investissement n'appartient plus au propriétaire*
22 *précédent.* »

23 C'est exactement l'argument que soutient le Chili aujourd'hui : le décret n° 165 ayant
24 exproprié les sociétés appartenant à M. Pey, l'investissement n'existe plus. Cela n'est pas
25 sérieux.

26 Qui plus est, l'argument du Chili – et, je crois, vous l'avez relevé ce matin – est un
27 argument relatif à la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral sur lequel le
28 Tribunal a été parfaitement clair en citant l'article 2 du BIT et indiquant : « Il bénéficiera
29 également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui,
30 selon la législation, la Partie contractante concernée aurait la qualité d'investissement
31 étranger ». La seule condition, qui d'ailleurs est retenue par le Tribunal arbitral, aux
32 paragraphes 431 et 432 de la Sentence, c'est que s'agissant d'investissements réalisés
33 avant l'entrée en vigueur, ils puissent être qualifiés d'investissements étrangers au sens du
34 droit interne chilien.

35 En tout état de cause, on relèvera que l'article 1.2 de l'API Espagne-Chili définit très
36 largement la notion d'investissement, puisqu'il inclut toute sorte d'avoirs tels que des
37 biens ou droits de toute nature acquis en accord avec la législation du pays recevant
38 l'investissement, ce qui inclut les droits à indemnisation pour expropriation. En outre, on
39 relèvera que la loi 19-568 de 1998, relative à la restitution ou à l'indemnisation des biens
40 confisqués et acquis par l'Etat, en application du Décret Loi n° 77 (ce qui est le cas des
41 investissements dont on parle), reconnaît ce droit à restitution ou indemnisation, si la
42 restitution matérielle est impossible. C'est l'article 1^{er} de cette loi.

1 Elle reconnaît également que les personnes expropriées dans le cadre de ce décret-loi
2 avaient un droit de réclamation, en dehors des termes mêmes de la loi, puisque certaines
3 personnes avaient pu engager des actions devant les Cours de justice chiliennes et que la
4 loi de 1998 prévoit cette hypothèse en indiquant que ces personnes peuvent obtenir une
5 indemnisation en application de la loi de 1998, dès lors qu'elles se désisteraient des
6 procédures en cours devant les Cours chiliennes. Et sur ce point, on rappellera que
7 nombre de sociétés, comme la société *El Clarin*, ont obtenu des indemnisations au Chili,
8 devant les Cours chiliennes, sur le fondement de la Constitution et pas du tout sur le
9 fondement de la loi 1998.

10 Cela signifie donc que l'investissement de M. Pey existait toujours au sens de l'API au
11 moment où il est entré en vigueur.

12 Je soulignerai, dernière chose, sur la position du Chili que la Décision du Tribunal selon
13 laquelle : « *L'expropriation constituée, en principe, un acte instantané et qu'elle n'est pas*
14 *créatrice d'une situation continue* », paragraphe 610 auquel il a été fait référence ce
15 matin, n'implique pas nécessairement la disparition de l'investissement.

16 On notera deux pièces auxquelles je ferai référence : la première est la pièce CN-47f, à
17 savoir la Décision des juridictions chiliennes qui ont restitué à M. Pey les titres de ses
18 sociétés en 1995 – c'est bien qu'elles considéraient que ces titres existaient toujours et
19 que ces sociétés existaient toujours en 1995 –, ainsi qu'une Décision de la Surintendance
20 aux valeurs et aux sociétés qui, dans une communication du 5 mai 1995, a indiqué que
21 « la dissolution des sociétés concernées n'avait pas eu lieu », c'est la pièce CN-46f citée
22 dans la Sentence en notes de bas de page 111 et 148.

23 Sur le troisième fondement relatif à l'annulation concernant l'apparente contradiction
24 entre la loi 1967 et l'article 2 de l'API, qui recouvre en réalité également les arguments
25 qui ont été soulevés ce matin sur la nationalité au sens de l'API. Le Chili soulève un
26 dilemme auquel le Tribunal n'aurait pas répondu, en considérant qu'on ne peut pas être,
27 d'un côté, Chilien au titre de la loi 16-643 et, d'un autre côté, espagnol, pour bénéficier
28 de l'API aux mêmes dates.

29 Tout d'abord, le Tribunal a bien appliqué la loi 1967 en considérant – je ne suis pas
30 revenue dessus – que cette loi ne traitait pas du cas des doubles nationaux et, à partir du
31 moment où c'est un double national, on remplissait les exigences de cette loi et, à cette
32 occasion, écartait le dilemme qui avait en réalité été posé devant le Tribunal arbitral qui
33 était la contradiction entre cette loi et la Décision n° 24 du Pacte de Carthagène que le
34 Tribunal a considéré comme n'étant pas à appliquer au Chili. La contradiction ne
35 concernait pas l'API.

36 En tout état de cause, le Tribunal a parfaitement répondu à cette soi-disant contradiction
37 dans sa Sentence puisqu'il a indiqué que l'investisseur devait avoir la nationalité de l'autre
38 Etat contractant pour pouvoir bénéficier de l'API à la date de la violation et non pas à la
39 date de l'investissement comme le soutient le Chili. C'est le paragraphe 414 de la
40 Sentence dans lequel il indique : « *Par ailleurs, les conditions d'application du traité,*
41 *dont la condition de nationalité, doivent être également satisfaites en l'absence de*
42 *précisions contraires du traité, à la date de la ou des violations alléguées faute de quoi*

1 *l'investisseur ne pourrait se prévaloir, devant le Tribunal arbitral mis en place, en*
2 *l'application du traité, d'une violation de celui-ci ».*

3 Le Tribunal a traité la question des doubles nationaux en indiquant que : « *Le traitement*
4 *des doubles nationaux par l'API est différent dans son champ d'application et son*
5 *contenu que celui contenu dans la Convention CIRDI » , paragraphe 415. Il indique que :
6 « *Pour remplir la condition de nationalité au sens de l'API, il suffit, pour la partie*
7 *Demanderesse, de démontrer qu'elle possède la nationalité de l'autre Etat contractant.*
8 *Contrairement à ce qui a été soutenu par la Défenderesse, le fait que la Demanderesse*
9 *ait une double nationalité comprenant la nationalité de la Défenderesse ne l'exclut pas*
10 *du champ d'application de l'API. De l'avis du Tribunal, il n'existe pas de condition de*
11 *nationalité effective ou dominante pour les doubles nationaux. Un double national n'est*
12 *pas exclu du champ d'application, même si sa nationalité effective et dominante est celle*
13 *de l'Etat d'investissement ».**

14 Le Tribunal motive sa décision dans le paragraphe 415.

15 Là non plus, il n'existe donc pas de contradiction entre l'API Espagne-Chili et la loi de
16 1967.

17 Je ne traiterai pas de la question de l'annulation fondée sur l'existence d'un
18 investissement de la part de la Fondation espagnole Président Allende, puisqu'elle n'a
19 pas été traitée ce matin. Je relèverai simplement une chose : en réalité, cet argument est le
20 même argument que l'inexistence de l'investissement qui est un argument nouveau
21 également pour la Fondation.

22 Sur le respect des conditions de nationalité au sens de l'API, nous venons de les voir, je
23 ne les rappellerai donc pas.

24 Reste à traiter les fondements d'annulation soulevés par le Chili sur la condamnation au
25 titre des articles 3 et 4 de l'API et je serai très brève.

26 Le Chili soutient quatre fondements d'annulation concernant cette partie. Tout d'abord,
27 un prétendu défaut de droit d'être entendu qui a déjà été traité tout à l'heure.

28 Elle prétend également qu'il y a un excès de pouvoir manifeste, le Chili considérant que
29 le Tribunal arbitral aurait statué à *ex aequo bono* et qu'il n'était pas autorisé à le faire. Le
30 Chili fait cet argument partant du principe que les Demanderesses n'ont pas formulé de
31 demande au titre de l'article 3 et de l'article 4 de l'API et si le Tribunal a décidé, cela ne
32 peut être qu'*ex aequo bono*. Dès lors qu'on a démontré que ces demandes ont été
33 formulées, le fondement d'annulation tombe.

34 Sur le prétendu défaut de motivation, je pense que cela a été traité également ce matin.
35 Vous retrouverez les motivations de la Sentence aux paragraphes 628 à 674. Je relèverai
36 juste un point sur le paragraphe 674 de la Sentence, qui a été évoqué tout à l'heure, qui
37 concerne la motivation de la discrimination. Cette motivation tient compte de deux
38 éléments et non pas d'un seul, comme nous l'a dit le Chili ce matin : non seulement, ce
39 paragraphe indique que la Décision 43 a indemnisé des tiers, a accordé des
40 compensations à des personnes qui, de l'avis du Tribunal, ne sont pas les propriétaires.

1 Mais surtout, le paragraphe 674 tient compte d'un autre élément qui est de dire : « *en*
2 *même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey concernant les*
3 *biens confisqués* ». En fait, elle fait un parallèle entre les positions du Chili sur
4 l'investissement de M. Pey et l'investissement prétendu de ces tiers.

5 Je parlerai juste quelques minutes de plus sur la prétendue contradiction de la Sentence
6 avec la décision de septembre 2001 relative aux mesures conservatoires sur lesquelles le
7 Chili a à nouveau insisté ce matin.

8 Avant d'analyser le contenu de la décision du 25 septembre 2001, il faut rappeler peut-
9 être le contexte dans lequel elle a été prise. Il a été rappelé le contexte dans lequel la
10 Décision 43 a été émise. Les Demanderesses avaient demandé au Tribunal arbitral de
11 suspendre l'exécution de cette Décision sur deux motifs : d'une part, parce qu'elle
12 reconnaissait la propriété des actions de CPP SA et d'EPC Itée à des tiers, en les
13 indemnisant, et donc elles ne souhaitaient pas que le Tribunal arbitral soit lié par cette
14 Décision. Surtout, elles considéraient que si cette Décision n'était pas suspendue, elle
15 rendrait particulièrement difficile l'exécution d'une Sentence qui condamnerait le Chili
16 dans la mesure où cette Décision indemnisait d'autres personnes que M. Pey pour les
17 mêmes biens. Les Demanderesses considéraient donc que les juridictions chiliennes
18 pourraient s'opposer au Règlement d'une condamnation par la Sentence. C'est dans ce
19 contexte que la Décision a été rendue.

20 Qu'a dit le Tribunal dans cette Décision ? Tout d'abord, que la Décision 43 n'était pas
21 définitive – ce qui était vrai en septembre 2001 –, qu'elle n'avait pas autorité de la chose
22 jugée et qu'en tout état de cause, le Tribunal arbitral ne serait pas lié par cette décision
23 interne en vertu du principe de primauté des procédures internationales. En d'autres
24 termes, le Tribunal considérait que c'était à lui de se prononcer sur la propriété des
25 actions et qu'il n'était pas lié par une Décision interne du Chili sur ce sujet ; ce qu'il a
26 d'ailleurs justifié dans la Sentence.

27 Le Tribunal a d'ailleurs indiqué que cette considération suffisait à rendre inappropriée la
28 mesure sollicitée. Par ailleurs, le Tribunal a indiqué que la Décision 43 ne causait pas, au
29 moins directement, de dommage aux Demanderesses. Mais là, il visait encore la question
30 de la propriété des actions ; c'était la question qui lui était posée et pas une autre. En tout
31 état de cause, le Tribunal a poursuivi en indiquant que si cette décision pouvait causer un
32 dommage aux Demanderesses, il serait réparable. C'est donc la seule raison qui
33 permettrait au Tribunal arbitral de prendre une mesure de suspension de cette Décision à
34 titre conservatoire.

35 Ce faisant, le Tribunal n'a pas admis qu'il ne pourrait pas considérer ultérieurement la
36 Décision 43 comme une violation de l'API. Et ce n'était pas l'objet du débat, encore une
37 fois, c'est une mesure conservatoire qui était demandée et le Tribunal n'avait pas à se
38 prononcer sur le fond. On soulignera d'ailleurs que la Décision 43, sur laquelle s'est
39 fondée le Tribunal pour condamner le Chili dans sa Sentence de 2008, a été prise en 2000
40 et c'est la décision elle-même qui est condamnable autant que son exécution. Donc peu
41 importe la décision du Tribunal arbitral de 2001, la Décision 43 était déjà un fait qui
42 existait. Il n'y a donc aucune contradiction entre la décision du Tribunal arbitral rejetant
43 la nécessité de prendre une mesure conservatoire et sa décision de condamner le Chili sur
44 le fondement de la Décision 43.

1 J'en ai terminé sur cette partie. Merci.

2 **M. le Président.** - Les références aux pages 26 et 27 des diapositives, RA-8, c'est la
3 décision du Tribunal sur les mesures conservatoires ?

4 **Me A. Muñoz.** – Absolument, du 25 septembre 2001.

5 **M. le Président.** - Très bien. Merci beaucoup, maître. Merci, maître Malinvaud ? Maître
6 Garcés ?

7 **Me J. E. Garcés.** - Avant de terminer cette partie, j'ai une précision à apporter sur le
8 point de vue du *dies a quo* sur la renonciation. Maître Alexandra Muñoz a cité une
9 Sentence de la Cour Suprême du Chili. Je voudrais simplement ajouter que le Tribunal a
10 disposé de quatre arrêts de la Cour Suprême du Chili allant dans le même sens : ce sont
11 les arrêts du 13 juin 2001 (pièce CN-122f), l'arrêt du 25 juillet 1998 (pièce C-147),
12 l'arrêt du 31 octobre 1989 (pièce CN-36f) et l'arrêt du 8 janvier 1993 (pièce CN-42f).

13 **M. le Président.** – Je vous remercie. Merci à vous maître Garcés, maître Malinvaud et
14 maître Alexandra Muñoz.

15 **Me C. Malinvaud.** – Nous n'avons pas totalement terminé notre présentation, nous
16 avons encore 10 minutes de présentation sur la demande en annulation partielle du
17 8^{ème} dispositif, mais nous n'avons vraiment qu'un quart d'heure à 20 minutes, maximum,
18 sur cette question-là.

19 **M. le Président.** - J'ai dit ce matin que j'allais être très généreux et je vais le manifester
20 encore une fois. Je veux être généreux aussi envers les interprètes et je vais prendre un
21 repos de 5 minutes.

22 *Suspendue à 18 heures 55, l'audience est reprise à 19 heures 05.*

23 **M. le Président.**- Je vous laisse la parole.

24 **Me J. E. Garcés.** - Tout d'abord, Monsieur le Président, ce sera Me Malinvaud qui fera
25 une brève intervention sur la recevabilité de la pétition concernant le huitième point, et
26 ensuite je prendrai la parole pour développer ce point.

27 **M. le Président.**- Madame Malinvaud, vous avez la parole.

28 ➤ *Plaidoirie de Me C. Malinvaud pour Victor Pey Casado et la Fondation*
29 *Président Allende (suite)*

30 **Me C. Malinvaud.**- Je vais évoquer la question de la recevabilité de la demande en
31 annulation partielle du 8^{ème} dispositif de la sentence qui sera suivie par mon confrère
32 Juan Garcés qui fera aussi la conclusion de notre position d'aujourd'hui.

33 Sur la recevabilité de la demande en annulation partielle du 8^{ème} point du dispositif, je ne
34 reviens pas sur la capacité du Comité de prononcer une nullité partielle ou totale de la
35 sentence : ce n'est pas le débat aujourd'hui.

1 Nous estimons que la demande des investisseurs est recevable en nous fondant en
2 particulier sur la décision Vivendi dans la décision du Comité *ad hoc Vivendi* qui était
3 confronté à une situation quelque peu comparable, dans la mesure où il a eu à admettre la
4 recevabilité d'une demande du Défendeur à la procédure en annulation, d'annuler
5 totalement une sentence, alors que le Demandeur à la procédure en annulation avait
6 demandé une annulation partielle, et la question s'était posée de la recevabilité de cette
7 demande.

8 Nous estimons être dans une situation comparable, et la problématique s'était posée
9 d'ailleurs un peu dans ces termes auprès du Comité *ad hoc* puisque était soulevée la
10 question du respect du délai de 120 jours ou pas pour entamer une procédure en
11 annulation.

12 Je cite le Comité dans l'Affaire *Vivendi*, le paragraphe 68 de la décision qui, après avoir
13 rappelé la problématique du délai pour formuler une demande en annulation, estime : « *Il*
14 *n'en découle pas cependant qu'une Partie comme la Défenderesse au recours en*
15 *annulation [nous aujourd'hui] ne puisse pas présenter ses propres arguments sur les*
16 *questions de l'annulation, à condition qu'il concerne des questions particulières*
17 *soulevées par la Partie demandant l'annulation, en l'espèce les Demanderesses », c'est-à-*
18 *dire la République du Chili nous concernant.*

19 Nous estimons que dans cette décision, les membres du Comité *ad hoc* ont accepté la
20 recevabilité de la demande de la Défenderesse au recours en annulation en posant en
21 réalité deux critères. Première critère : il faut, d'une part, que la demande du Défendeur,
22 c'est-à-dire des investisseurs aujourd'hui (pour faire plus simple), soit sur un fondement
23 d'annulation soulevé par le requérant à l'annulation (c'est-à-dire le Chili) et, d'autre part,
24 que cela porte sur des questions particulières soulevées par la Partie requérante, en
25 l'espèce le Chili. C'est bien ce qui se passe ici.

26 Pourquoi ? Parce que l'un des fondements évoqués par la République du Chili, c'est
27 l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral. Nous nous inscrivons dans cette cause
28 d'annulation : l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral. Nous nous inscrivons
29 également dans les particularités évoquées par la République du Chili, en ce sens que la
30 République du Chili demande la nullité de cette sentence pour excès de pouvoir
31 manifeste du Tribunal pour non-application de la norme applicable, en l'espèce la
32 Constitution.

33 Nous demandons également l'annulation, cette fois-ci partielle du 8^{ème} point du dispositif,
34 pour excès de pouvoir manifeste du Tribunal sur le fondement également de la non-
35 application de la norme applicable et, en l'espèce, de la Constitution. Ce qui défère entre
36 nous, c'est que la République du Chili n'invoque pas le même article de la Constitution
37 chilienne, puisqu'elle invoque la problématique de la nationalité et de la renonciation à la
38 nationalité. En ce qui nous concerne, nous invoquons d'autres articles de la Constitution,
39 et en particulier les articles 7 et 76, et nous considérons que le Tribunal arbitral a refusé
40 d'appliquer la norme impérative qu'est la Constitution chilienne de 1980, non pas à la
41 question de la nationalité, mais au différend qui est né en 1995 et en particulier à la
42 question de la nullité du décret n° 165 de 1975.

1 Or, c'est important parce que s'il avait appliqué la Constitution, il en aurait déduit que ce
2 décret était nul, *ab initio ex nihilo*, avec les conséquences y afférentes, à savoir qu'on se
3 serait trouvé dans un fait illicite continu avec une violation existant au moment du
4 différend de 1995 et surtout au moment de l'entrée en vigueur du Traité ; situation de fait
5 qui a perduré, qui existait encore en 1994 au moment de l'entrée en vigueur du Traité
6 bilatéral d'investissement.

7 Là, cela a des conséquences pratiques importantes parce que si cet argumentaire était
8 suivi non pas par vous, mais par le Tribunal qui serait saisi à la suite de l'annulation
9 exclusive de ce 8^{ème} point du dispositif, il pourrait, le cas échéant - je ne préjuge pas de
10 qu'il ferait - considérer qu'il y a une violation de l'article 5 de l'API. Dans ce cas, le
11 dommage qui en résulterait ne serait pas simplement le *lucrum cessans*, mais également
12 le *damnum emergens*. On n'est plus encadré par la problématique des 10 millions de
13 dollars qui avaient été accordés en application de la décision 43, mais on revient sur une
14 évaluation classique du dommage.

15 On s'est basé sur l'Affaire *Vivendi* et la décision du Comité *ad hoc Vivendi*. Mais il y a un
16 deuxième fondement et vous l'avez évoqué vous-même ce matin, c'est le commentaire de
17 M. Schreuer de la Convention, en particulier de l'article 52, c'est le PowerPoint de ce
18 matin qui a été introduit par mon confrère Garcés. Reprenons cette citation, elle mérite
19 d'être lue : « *Si des fondements additionnels en vue de l'annulation apparaissent durant*
20 *la procédure en annulation, les Parties peuvent s'appuyer dessus et ils peuvent être*
21 *utilisés comme base pour l'annulation par le Comité ad hoc pourvu qu'il n'y ait pas eu*
22 *renonciation à en faire usage pour ne l'avoir pas fait en temps voulu* ».

23 **M. le Président.**- Vous pouvez me donner le numéro de la page ?

24 **Me C. Malinvaud.**- Ce sont les pages 1053 et 1054. Du PowerPoint ? C'est la page 2 du
25 PowerPoint, c'est l'introduction de cet après-midi.

26 **M. le Président.**- Je l'ai, d'accord.

27 **Me C. Malinvaud.**- Qui reprend une citation du Pr Schreuer sur son commentaire.
28 « *Cette situation n'est pas contredite par les limites temporelles de l'article 52. Ces*
29 *limites concernent la demande d'une partie aux fins d'introduction d'une procédure en*
30 *annulation et n'empêchent pas un Tribunal ad hoc de prendre connaissance de faits*
31 *additionnels une fois la procédure en cours, même en rapport avec d'autres fondements*
32 *[on est sur les mêmes fondements] en vue de l'annulation.*

33 *Il n'y a aucune bonne raison de les exclure de façon péremptoire, une fois que la*
34 *procédure d'annulation est en cours. La raison d'être de la limite temporelle n'aurait pas*
35 *lieu de s'appliquer concernant une sentence qui a déjà fait l'objet d'une procédure en*
36 *annulation.*

37 Et la fin, *Une fois que la procédure en annulation a été introduite en temps voulu, la*
38 *finalité ne sera pas avantageusement servie de façon significative en excluant des points*
39 *qui n'ont pas été soulevés dans les écritures introductives par la Partie Demanderesse* ».

1 Qu'est-ce que dit Schreuer ? Il dit que dès lors qu'il y a déjà eu une demande en
2 annulation, il n'y a aucun dommage (le dommage n'est pas le bon terme), aucune
3 problématique, aucun inconvénient puisque de toute façon la sentence est attaquée. Elle a
4 déjà été attaquée. A partir de ce moment, il n'y a aucun inconvénient à ce que l'autre
5 Partie puisse introduire de nouveaux fondements d'annulation.

6 En l'occurrence, ce n'est pas un nouveau fondement d'annulation puisqu'on se met sur les
7 mêmes fondements d'annulation, mais notre interprétation du propos de M. Schreuer est
8 qu'il élargit, au-delà même de ce qu'a écrit le Comité *ad hoc* dans l'Affaire *Vivendi*, la
9 possibilité de recevabilité de notre demande en annulation partielle du 8^{ème} point du
10 dispositif.

11 Je vais laisser M. Garcés poursuivre sur cet aspect de notre demande.

12 **M. le Président.**- Merci, maître Malinvaud. Le Pr El-Kosheri a une question pour vous.

13 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

14 **M. le Pr Dr. A. S. El-Kosheri.**- Cette idée-là est tout à fait géniale, mais je me demande
15 où sont les autres dispositions de la Convention concernant les 120 jours pour faire
16 recours. Si une Partie fait recours pour annulation, d'une part, et si l'autre voulait attaquer
17 une autre partie de la décision, d'autre part, ils sont tenus à présenter leur demande
18 d'annulation endéans les 140 jours de la notification de la sentence arbitrale. Comment
19 peut-on passer cet obstacle-là ? Il faut me le dire.

20 **Me C. Malinvaud.**- C'est notre interprétation de ce que dit Schreuer. Pourquoi ? En
21 l'occurrence, il faut savoir que la demande en annulation est totale. La demande en
22 annulation faite par la République du Chili porte sur l'intégralité de la Sentence. On n'a
23 pas demandé l'annulation d'une partie, dont l'annulation n'avait pas déjà été demandée par
24 la République du Chili. On n'est pas en train de faire une demande d'annulation qui porte
25 sur quelque chose dont il n'a pas été demandé l'annulation, mais on s'inscrit, au contraire,
26 dans la demande faite. On n'élargit pas le domaine de l'annulation.

27 En ce qui concerne « l'élargissement » du domaine de l'annulation, justement, dans
28 l'Affaire *Vivendi*, le Tribunal arbitral a considéré que dès lors qu'un fondement
29 d'annulation était reconnu, c'est lui qui était le maître pour définir si cela porterait sur une
30 annulation partielle ou totale de la Sentence et, du coup, a admis – c'était vraiment cette
31 hypothèse-là – que le Défendeur au recours en annulation puisse demander la nullité
32 totale, alors que le Demandeur au recours en annulation n'avait demandé qu'une nullité
33 partielle.

34 **M. le Pr Bernardini** (*interprétation de l'anglais*).- A la question de la recevabilité,
35 j'aimerais comprendre. Vous faites l'appel à l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal qui
36 n'a pas appliqué l'article 7 de la Constitution de 1980, si j'ai bien compris. Et la question
37 est la suivante : est-ce que vous supposez que cette question a été examinée avec les
38 Parties par le Tribunal ou est-ce votre position, à savoir que le Tribunal a commis cet
39 excès de pouvoir manifeste parce qu'il aurait dû, *ex officio*, appliquer cet article, que cette
40 position ait été discutée ou pas avec les Parties ? Ma question est : est-ce que cet article

1 7, l'applicabilité de l'article 7 de la Constitution a été discutée ou est-ce que votre position
2 est que, de toute façon, le Tribunal aurait dû l'appliquer, *ex officio* ?

3 **Me C. Malinvaud.**- Il faut commencer par l'application de la Constitution en l'espèce
4 pour constater la nullité *ab initio* du décret de 1975, sur le fondement proprement dit de
5 l'article 7, c'est-à-dire de la séparation des pouvoirs – Me Garcés y reviendra – a été
6 plaidée, évoquée de manière extensive par les investisseurs dans le cadre de leur
7 développement. Je n'ai pas les références ici, mais c'est un point qui a été discuté.

8 **M. le Président.**- Merci, maître Malinvaud. Maître Garcés, vous avez la parole.

9 ➤ **Plaidoirie par Me J. E. Garcés pour Victor Pey Casado et la Fondation**
10 **Président Allende (suite)**

11 **M. J. E. Garcés.**- Monsieur le président et les membres du Comité *ad hoc*, en répondant
12 à votre question, monsieur le professeur Bernardini, la demande d'application de
13 l'article 7 de la Constitution du Chili est l'origine même du différend de nature juridique,
14 né en 1995 et soumis à l'arbitrage, deux années, en 1997. C'est l'origine du différend.
15 C'est le leitmotiv de tous les Mémoires et de toutes les interventions orales des Parties
16 demandereses. En droit chilien, on appelle cela « nullité des droits publics ». La
17 conception du droit chilien, c'est que cette nullité est *ab initio*, imprescriptible et les
18 Cours de justice ont l'obligation de déclarer, *ex officio*, la nullité.

19 Les Demandereses ont demandé l'application de cette doctrine, de la Constitution de
20 l'article 7, appliquée dans le cas du décret qui a confisqué et déclaré dissouts les biens de
21 sociétés du Journal *El Clarin*. Cette nullité doit opérer, dans notre demande, après l'entrée
22 en vigueur de l'API, notamment en fonction des deux traités internationaux et de la
23 Constitution en vigueur lorsque l'API entrera en force au Chili.

24 Quelles sont les normes internationales sur lesquelles notre demande d'arbitrage s'est
25 appuyée ? D'un côté, le fait que le Pacte international des droits civils et politiques était
26 déjà ratifié par le Chili en février 1972, donc avant le décret en question.

27 Ensuite, également la Convention américaine relative aux droits de l'Homme. Ce matin,
28 on nous a dit que c'était une affaire des droits de l'Homme cet affaire-ci. Non. Nous
29 avons cité la Convention interaméricaines des droits de l'Homme dans l'article 21 qui dit
30 : « *Droit à la propriété privée : toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses*
31 *biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social. Nul ne peut*
32 *être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité pour raison d'intérêt*
33 *public ou d'intérêt social et dans le cas et selon les formes prévus par la loi* ». Voilà les
34 droits humains que nous avons invoqués. On ne peut pas être plus au centre de l'API et de
35 son article 5. Cette convention a été signée par le Chili en 1969. Elle a été en vigueur,
36 ratifiée en 1990, donc quatre ans avant l'entrée en vigueur de l'API.

37 Le point capital ici, c'est la Constitution. L'article 7 dit : « *Les institutions de l'Etat*
38 *agissent valablement s'ils agissent après que leurs membres soient investis en bonne et*
39 *due forme dans le cadre de leur compétence et en accord avec les formes que prescrit la*
40 *loi. Aucune magistrature, aucune personne ou réunion de personnes ne peuvent*
41 *s'attribuer, fut-ce au prétexte de circonstances extraordinaires, une autorité ou des droits*

1 *autres que ceux qui leur auraient été conférés expressément par la Constitution ou les*
2 *lois. Tout acte contrevenant à cet article est nul ».*

3 L'article 76 de la Constitution, en vigueur lorsqu'est entrée en vigueur l'API, dit : « *Les*
4 *tribunaux établis par la loi sont exclusivement compétents pour connaître les procès*
5 *civils et pénaux et leur exécution. Ni le Président de la République ni le Congrès ne*
6 *peuvent en aucun cas exercer des fonctions juridictionnelles, s'immiscer dans les procès*
7 *en cours ni faire réviser des jugements devenus définitifs ».*

8 Voilà les fondements constitutionnels et les droits coutumiers et conventionnels lorsque
9 l'API est entrée en vigueur.

10 Or, en 1973, après le coup d'Etat, la Junte militaire a édicté le décret-loi n° 77. Celui-ci
11 déclarait la dissolution des partis politiques et des sociétés qui, à la différence des
12 putschistes, avaient alors soutenu la forme représentative du gouvernement. Cette
13 dissolution et cette confiscation ne pouvaient pas avoir lieu en marge du procès établi
14 dans ce Décret Loi n° 77 lui-même. L'article 6 disait : « *Les procès auxquels donneraient*
15 *lieu les délits prévus dans ce décret-loi, seront de la compétence et mis en accord avec*
16 *les règles stipulées dans le titre 6 de la loi n° 12-927 (?) de la loi de Sécurité intérieure*
17 *de l'Etat ».* C'est-à-dire qu'il fallait un procès pour parvenir à la dissolution des sociétés
18 et à la confiscation de leurs biens. Or, ce procès judiciaire n'a jamais eu lieu. La
19 dissolution et la confiscation des biens des sociétés ont été prononcées par un décret du
20 ministère de l'Intérieur, le décret 165 de 1975 (c'est la pièce CN-24f), comme ce fut le cas
21 de toutes les autres confiscations. La force impérative de l'article 6 de la Constitution les
22 rend nulles *ab initio*.

23 Nous avons produit, dans notre réponse, une citation de plusieurs sentences qui se
24 trouvent dans les dossiers dès les premiers jours de l'arbitrage. Je vais relire la juridiction
25 interne pour indiquer comme se développe ce que je viens de résumer. C'est la Cour du
26 Chili qui parle : « *Dans ce décret qui a mis en exécution le Décret*
27 *Loi n° 77, l'administration s'arroge à elle-même, au moyen de ces décrets*
28 *réglementaires, la faculté d'édicter, envers les personnes physiques, diverses mesures*
29 *conservatoires et des décisions d'ordre nettement juridictionnel* [dans le cas de M. Pey, la
30 personne physique était M. Pey en tant qu'actionnaire de CPP SA] *qui, comme on l'a vu,*
31 *excédait le contexte même du décret-loi qu'il réglementait. Dès lors, vu la situation de la*
32 *partie finale de la section 2 de l'article 1^{er} du Décret Loi n° 77, selon ce qui a été dit, il*
33 *résultait logiquement la nécessité de procès judiciaire préalable.*

34 *Cela étant, dans la mesure où le décret réglementaire mentionné n° 1726-73 [appliqué*
35 *dans le cadre de nos sociétés] fut édicté par le président de la Chambre du gouvernement*
36 *ainsi qu'il est indiqué dans le décret lui-même usant du pouvoir réglementaire établi par*
37 *l'article 72 de la Constitution en vigueur à cette époque. »*

38 Mais il ne pouvait outrepasser les limites de la loi qu'il réglementait, ni s'étendre à des
39 situations non envisagées dans cette dernière. En procédant de la sorte, il a donc enfreint
40 le Décret Loi n° 77 lui-même et, ce qui est plus important, il a aussi enfreint ladite
41 Constitution. En son article 80, la Constitution en vigueur en 1975 et aussi en vigueur à
42 cette date aujourd'hui (article 73 de la Constitution de 1980) dit : « *Dès lors que*
43 *l'administration s'est arrogé des facultés juridictionnelles appartenant exclusivement et*

1 sans partage aux tribunaux de justice qui étaient et demeurent les seuls appelés à juger
2 les Cours civiles et criminelles ; ni le Président de la République ni le Congrès ne
3 peuvent en aucun cas exercer des fonctions judiciaires. » C'est clair.

4 La Cour continue à parler : « En conséquence, il est évident que ledit acte administratif
5 [le décret d'application en question] trouve sa sanction dans la règle établie par
6 l'article 4 de la Constitution de l'époque [l'article 7 de la Constitution actuelle], c'est-à-
7 dire la nullité des droits publics, car il s'agit d'un acte émanant d'une autorité qui a
8 excédé ses facultés et ses pouvoirs, expressément conférés par les lois, tout en
9 envahissant celles d'une autre.

10 Cette nullité des droits publics, ainsi qu'il a déjà été noté, possède un contenu et des
11 caractéristiques particulières. Elle opère de plein droit et ne nécessite ni ne requiert des
12 déclarations. Encore que pour des motifs de sécurité et de certitudes juridiques, il doit
13 exister une déclaration formelle reconnaissant son existence. Ainsi, l'acte contrevenant
14 est nul depuis l'instant même de sa promulgation et de là, nul incurablement, c'est-à-dire
15 qu'il ne peut être ni ratifié ni confirmé ni non plus, dans ces cas de nullité, il ne peut y
16 avoir validation avec le temps, c'est-à-dire qu'il est imprescriptible.

17 Toutes ces particularités caractéristiques de la nullité des droits publics portent avec
18 certitude à conclure que le juge peut la décider d'office, quand elle apparaît
19 manifestement dans la procédure dont il a à connaître. C'est en effet un impératif qui se
20 déduit des article 6^o sections 1^o et 2^o et 7 section 3^o de la Constitution de 1980, d'autant
21 plus qu'il est même impératif, tel que cela découle des articles 1462, 1682 et 1683 du
22 Code civil, puisque l'acte contrevient au Droit Public chilien.

23 **M. le Président.**- Pouvez-vous nous rappeler la référence ?

24 **M. J. E. Garcés.**- Ce sont les pages 125 et 126 de notre Réponse du 15 octobre 2010 qui
25 reproduit une Sentence de l'année 1988. Il y a plusieurs autres sentences qui vont dans le
26 même sens et aucune sentence dans un sens différent.

27 Or, bien avant la signature de l'API – l'API a été signée le 2 octobre 1991 –, la loi de
28 février 1991 avait abrogé ce Décret Loi n° 77 de 1973. Les partis politiques et les
29 sociétés qui y étaient visés ont tous été rétablis en 1991 dans la plénitude de leurs droits.
30 Ce fait est abondamment attesté dans les décisions de juridiction interne figurant dans le
31 dossier et cela sans aucune exception.

32 Bref, lorsque l'API est entrée en vigueur le 28 mars 1994, le Décret Loi n° 77 de 1973 ne
33 faisait plus partie du système légal interne, pas plus que son règlement (le décret n° 1726
34 de 73) et, par voie de conséquence, les décrets d'application du Décret Loi n° 77 édicté
35 enfrenant l'article 7 de la Constitution.

36 Toujours, avant la signature de l'API, le 3 juin 1991, le chef de l'Etat chilien a adressé au
37 Congrès le projet de loi 19-568, affirmant l'application effective de la Constitution à
38 l'égard des personnes morales dissoutes et des biens confisqués en vertu du Décret
39 Loi n° 77.

1 Aucun Etat n'abroge, en 1991, le Décret Loi n° 77 de 1973, n'édicte, en 1998, une loi de
2 restitution ou d'indemnisation générale concernant les effets de tous les textes
3 d'expropriation mis en oeuvre en vertu de ce Décret Loi n° 77, édicte la Décision 43
4 l'année 2000. Si ledit décret était conforme à l'ordonnancement juridique du pays, il
5 faisait, en 1995, pour l'année 2008, lorsque la Sentence a été prononcée, toujours partie
6 du système législatif chilien.

7 Cette loi, promulguée en 1998, dite de « restitution des biens », la Sentence l'a appliquée
8 au différend né en 2000 autour de la Décision 43 et il l'a également appliquée au
9 différend né en 2002, autour du déni de justice dans l'Affaire Goss. Ce sont les points 1 à
10 7 du dispositif.

11 La Sentence affirme, au paragraphe 622 : « [...] *le Tribunal observe que la Décision*
12 *n° 43 paraît devoir s'analyser davantage en une application discriminatoire d'une loi*
13 *postérieure au traité et des droits que celle-ci a créés* ».

14 Le Tribunal s'appuie sur la loi de 1998. Elle a créé des droits et ces droits n'ont pas été
15 reconnus par aux investisseurs espagnols.

16 Il est dit, au paragraphe 623 de la Sentence : « [...] *la décision n° 43 et le déni de justice*
17 *allégué qui lui est lié concernant la rotative Goss. [les deux affaires sont liées]. [...] Que*
18 *ces faits soient envisagés ensemble, en tant qu'éléments d'un acte composite, ou*
19 *séparément n'est pas de nature à modifier en quoi que ce soit les conclusions du*
20 *Tribunal arbitral.* »

21 Au paragraphe 652 de la Sentence, il est dit : « [...] *la Décision n°43 doit s'analyser en*
22 *une application discriminatoire d'une loi postérieure à l'API et des droits que celle-ci a*
23 *créés.* »

24 Donc, la Sentence, dans les points 1 à 7 du dispositif, s'appuie sur cette loi de 1998.

25 Ici, c'est l'enchaînement logique de la Sentence – le PowerPoint va nous aider – : la
26 République du Chili nous dit qu'elle trouve une contradiction entre la conclusion
27 concernant les points 1 à 7 du dispositif. Elle dit : « *Si les biens n'existaient pas lorsque*
28 *l'API est entrée en vigueur, pourquoi nous avoir condamnés ?* ». Alors qu'en 1995, le
29 Tribunal a considéré que les biens n'existaient pas. Voilà une contradiction.

30 En termes logiques, si A va à A' et A' va à A2 et qu'ensuite B va à B' et à B2, et A2 et B2
31 ne coïncident pas, il existe alors une contradiction entre tous les termes des lignes A et B.

32 Et le Tribunal arbitral, à partir d'un point de départ commun, a suivi deux voies
33 différentes dans la détermination des décisions concernant les différends survenus en 2000
34 et 2002, d'une part (c'est la voie A), et le différend introduit en 1995 (c'est la voie B).

35 **M. le Président.** – Quelle est la référence de ce que vous lisez ?

36 **Me J. E. Garcés.** - C'est une note dont nous allons vous communiquer ces tableaux.

37 **M. le Président.** - Je vous donne encore un maximum de 5 minutes.

1 **Me J. E. Garcés.** - Vous pouvez voir, dans la colonne de gauche, quels sont les points de
2 départ communs de la Sentence dans les points 1 à 7 du dispositif : le Décret Loi n° 77 et
3 le décret d'application 165 de 1995.

4 Dans la deuxième colonne, on voit la législation appliquée par le Tribunal. C'est la loi
5 de 1988. Dans la colonne A', la République du Chili a fait, en 1998, une offre optionnelle
6 temporelle de restitution administrative des biens confisqués. C'est conforme avec la
7 Constitution et le Tribunal l'a appliqué. Il est arrivé à la conclusion, dans la colonne 4,
8 que les points 1 à 7 du dispositif résolvent les différends de l'année 2000 et de l'année
9 2002.

10 Or, les Demandereses ont soumis à l'arbitrage le différend de 1995 à l'encontre du refus
11 par la République du Chili de tirer les conséquences du fait que, en vertu de l'article 7 de
12 la Constitution le décret 165 était entaché de nullité de Droit Public.

13 Il suffit de lire la Sentence arbitrale, sans aller jusqu'à l'étude de son contenu, pour
14 constater que l'article 7 n'est même pas mentionné. C'est la définition de manifeste retenu
15 par le Comité *ad hoc* de *Soufraki* contre l'Equateur : « *Obvious by itself simply by*
16 *reading the Award that is even prior to the entire examination of its content* ».

17 Or, nous soutenons que cette partie du 8^{ème} point du dispositif est contraire à l'ordre
18 public international démocratique et à la Convention CIRDI.

19 En excluant la hiérarchie des normes qui existe dans la Constitution chilienne, on
20 pourrait évoquer la doctrine de Hans Kelsen, et ce qui a été suivi dans le 8^{ème} point du
21 dispositif ; c'est la doctrine de ce que l'on pourrait appeler la justice administrative en
22 suivant le lexique de Carl Schmitt. Pour les jeunes avocats ici présents, Carl Schmitt
23 avait montré la *Kristallnacht*, du 9 octobre 1938 en Allemagne, comme un exemple de
24 justice administrative sous l'aval de ce qu'il avait écrit en 1922, à savoir que « *le*
25 *souverain est celui qui décide de la situation exceptionnelle et qu'une décision au sens*
26 *juridique doit être déduite intégralement du contenu d'une norme n'est pas acceptable*
27 *parce que c'est une expression du libéralisme de l'Etat de droit et elle méconnaît la*
28 *signification autonome de la décision. L'ordre juridique repose, à l'instar de tout ordre,*
29 *sur une décision et non sur une norme* ». C'est ce qui a été pratiqué dans ce cas-ci.

30 Ceci est contraire aux normes du droit international sur lequel repose la Convention, dont
31 les racines se trouvent plutôt chez Emmanuel Kant et John Locke et non chez Carl
32 Schmitt.

33 Dans le troisième tableau, vous avez la comparaison de ce qui aurait dû être le résultat
34 par rapport à ce que nous disons, si l'article 7 avait été appliqué. On aurait alors trouvé la
35 Constitution et on l'aurait appliquée.

36 **M. le Président.** - Nous vous avons suivi, maître Garcés. Avez-vous remis copie de ce
37 document à vos amis ?

38 **Me J. E. Garcés.** - Oui.

1 **M. le Président.** - Très bien. Je vous invite à me confirmer que vous avez terminé votre
2 plaidoirie.

3 **Me J. E. Garcés.** - La conclusion, si vous voulez.

4 **M. le Président.** - Le professeur Bernardini a une question.

5 ➤ *Questions du Comité ad hoc*

6 **M. le Pr P. Bernardini** (*interprétation de l'anglais*). - Désolé, mais je dois revenir à ma
7 question préalable : cela est-il en application de l'article 7 de la Constitution 1980 ?
8 L'attention du Tribunal a-t-elle été attirée sur cela ? J'ai cru comprendre qu'effectivement
9 vous aviez plaidé dans ce sens, mais peut-être pourriez-vous revenir au paragraphe 593
10 de la Sentence, où le Tribunal dit à la fin de ce paragraphe : (*citation en français*) «à la
11 connaissance du Tribunal Le décret suprême n°165 est toujours en vigueur ».

12 Pour autant que je sache, c'est le décret qui a justement confisqué, liquidé ces actifs et les
13 a transférés. Le Tribunal est donc parti d'une hypothèse probablement erronée selon votre
14 déclaration, pour l'article 7 de la Constitution, que ce décret est toujours en vigueur. Je
15 me demande si, s'agissant de l'existence de cet article 7, vous avez attiré l'attention du
16 Tribunal sur ce point. Je répète ma question.

17 **Me J. E. Garcés.** – C'est le point central. Dans notre mémoire du 17 mars 1999, vous
18 trouvez ce que je viens de dire et la même Sentence dont je vous ai reproduit le
19 paragraphe. C'est là. Depuis le premier Mémoire, cela a été indiqué.

20 Le Chili, jusqu'en 2003, n'a jamais remis en question cette nullité de Droit Public. Ce qui
21 est incompréhensible, c'est le paragraphe de la Sentence, que vous venez de lire, sur
22 lequel s'appuie le 8^{ème} point du dispositif.

23 Pour parvenir à cette conclusion, qui est la prémisse, le Tribunal devait ignorer, en
24 termes absolu, l'article 7 de la Constitution. Ce n'est pas une question d'interprétation ou
25 une erreur, non, c'est une ignorance absolue de l'article 7.

26 **Me C. Malinvaud.** - Nous vous communiquerons peut-être des références précises sur
27 les endroits où cet argument a été évoqué, de manière à répondre concrètement à votre
28 question.

29 **M. le Président.** - Vous avez entendu vos amis, ce matin, suggérer qu'il y avait peut-être
30 lieu, pour les Parties, de présenter des notes après la conclusion des plaidoiries orale
31 demain. Nous y reviendrons demain. Je vous ai entendu, maître.

32 **Me J. E. Garcés.** - Je conclus, si vous permettez.

33 **M. le Président.** – Concluez, s'il vous plaît.

1 ➤ **Plaidoirie de Me J. E. Garcés pour Victor Pey Casado et Fondation Président**
2 **Allende (suite)**

3 **Me J. E. Garcés.** - Quelles sont les normes applicables au différend né en 1995 ? Les
4 articles 42.1 de la Convention et l'article 10.4 de l'API, les articles 7 et 73 de la
5 Constitution du Chili et les principes fondamentaux pertinents de Droit international
6 public invoqués par les Demanderesses tout au long de l'arbitrage.

7 Deuxième point, quelles normes le Tribunal arbitral a-t-il appliquées au différend né en
8 1995 ? Ni la Convention CIRDI (article 42), ni l'API (article 10.4), ni la Constitution du
9 Chili, ni les principes pertinents du Droit international, ni aucune norme qui serait en
10 vigueur et conforme à la hiérarchie des normes de la Constitution et avec les principes
11 fondamentaux du droit international plus pertinents.

12 Troisième point : conclusion. Le Tribunal a failli, en termes absolu, à appliquer les
13 normes impératives internes et internationales pertinentes au différend de 1995 à l'origine
14 de l'arbitrage.

15 L'ignorance absolue de la hiérarchie des normes, dans le système constitutionnel chilien,
16 a été un moyen de reléguer au 8^{ème} point des dispositifs, le conflit né en 1995 entre, d'un
17 côté les obligations de l'Etat chilien découlant de l'API et, de l'autre côté, le fait de
18 refuser la restitution de leurs biens aux investisseurs espagnols.

19 Conformément aux articles 3.1 et 31.3(c) de la Convention de Vienne sur le droit des
20 traités, cette non-application, en termes absolus de la Constitution au différend né en
21 1995, a privé de signification les articles 10.2, 10.4, 3, 4 et 5 de l'API convenus entre
22 l'Espagne et le Chili et les articles 42.1 de la Convention CIRDI, devenus des normes
23 inopérantes configurant un excès de pouvoir manifeste du Tribunal.

24 Finalement, les conséquences pratiques pour les Demanderesses de cet abus de pouvoir
25 manifeste sont considérables. Si le Tribunal arbitral n'avait pas commis cet abus, il aurait
26 appliqué la Constitution et constaté la nullité *ab initio* du décret 165 édicté en 1975. Cela
27 aurait eu comme conséquence que les faits à l'origine du différend de 1995 n'auraient pas
28 constitué un fait instantané, mais un fait illicite continu, constituant une violation des
29 articles 3, 4 et 5 de l'API.

30 Le Comité *ad hoc* est invité à exercer sa discrétion en conformité de l'article 52.1(b) de la
31 Convention et à annuler en partie le 8^{ème} point du dispositif de la Sentence. Merci.

32 **M. le Président.** - Merci, maître Garcés. Y a-t-il d'autres questions ? (*Non.*)

33 **Questions relatives au déroulement de la procédure**

34 **M. le Président.** – Comme j'ai commencé à le dire il y a environ une heure, je remercie
35 Me Garcés, je remercie Me Malinvaud et je remercie Me Muñoz de ces excellentes
36 plaidoiries qui ont éclairé les membres du Comité. C'est la raison pour laquelle, comme
37 je le mentionnais ce matin, nous sommes ici.

1 J'ai été, en tant que Président du Comité, je pense, patient, je dirais même généreux avec
2 les avocats des Parties parce que nous voulions vous entendre et nous vous avons
3 entendus. Un droit de réplique sera exercé demain par chacune des Parties. Suivant
4 l'accord intervenu entre les Parties et entériné par le Tribunal, nous avons prévu une
5 heure et demie pour chaque Partie, avec une pause d'une demi-heure après la réplique du
6 Chili ; ensuite, une pause déjeuner à compter de 12 heures 30 et, le cas échéant, des
7 questions par le Comité dans l'après-midi.

8 Puisque vous avez été à même de le constater, des questions ont été posées de part et
9 d'autre aux excellents juristes qui se sont produits devant nous aujourd'hui. Nous verrons
10 s'il y a encore des questions pour demain.

11 *(Le Président poursuit en anglais)*

12 Nous vous sommes très reconnaissants, mes collègues et moi-même, pour ces plaidoiries
13 orales excellentes présentées de part et d'autre depuis 9 heures 15 ce matin. En tout cas,
14 je n'ai pas eu recours à la guillotine. Je ne crois pas en cette formule de toute façon ;
15 certains arbitres croient en cet instrument, mais pas moi.

16 Au niveau international, je crois qu'il est important pour les Parties d'avoir l'occasion de
17 dire ce qu'elles ont à dire afin d'aider le Comité en l'occurrence. Les Parties sont
18 convenus, et cela a été entériné par le Tribunal arbitral, qu'elles auraient chacune une
19 heure et demie demain. A partir de 9 heures, nous entendrons d'abord la République du
20 Chili et, à 11 heures, nous entendrons les Demanderesses. Par nécessité, vous avez été
21 très silencieux cet après-midi. Souhaitez-vous dire quelque chose sur le programme de
22 demain, monsieur Di Rosa ?

23 **Me P. Di Rosa.** - Pas vraiment, Monsieur le Président.

24 Vous avez été très tolérants. Nous remercions les membres du Comité. La journée a été
25 très longue, mais étant donné qu'il est tard et que nous devons préparer une réponse, nous
26 nous demandions si le Comité et nos adversaires seraient d'accord pour démarrer à 9
27 heures 30 plutôt que 9 heures.

28 **M. le Président.** - Je pense que n'aurais pas beaucoup de difficultés à convaincre mes
29 collègues.

30 *(Le Président poursuit en français)* Si l'on commence à 9 heures et demi, cela voudrait
31 dire retarder d'une demi-heure chacune des étapes.

32 **Me C. Malinvaud.** - Nous n'avons aucun problème avec cet aspect.

33 **M. le Président.** - Merci.

34 *(Le président poursuit en anglais)*

35 Votre souhait est exaucé. Nous ne retrouverons à 9 heures 30 demain matin. Merci et
36 bonne soirée !

37 *L'audience est suspendue à 19 heures 46.*