

Juan E. Garcés, Abogado

ZORRILLA, 11 - 1.º DCHA.
TELEF. 91 360 05 36 - FAX: 91 360 05 37
E-mail: 100407.1309@compuserve.com
28014 MADRID

Madrid, le 17 février 2010

Madame Eloïse Obadia
Secrétaire du Comité ad-hoc
CIRDI. Banque Mondiale
1818H Street, N.W.
MSN U3-301
Washington DC 20433

Ref: Victor Pey et Fondation "Président Allende" c/ République du Chili (Aff. CIRDI n° ARB 98/2).

Madame la Secrétaire du Comité *ad hoc*,

Nous accusons réception de votre lettre du 12 février 2010 invitant les investisseurs à formuler leurs commentaires sur le Décret N° 111.

1. A titre liminaire, nous rappellerons très brièvement la position des investisseurs quant à la recevabilité de la demande en nullité déposée le 5 septembre 2008. Ils soutiennent que cette demande n'est pas recevable, celle-ci ne respectant pas les conditions requises par les règles du Centre.

En effet, s'agissant d'une nouvelle procédure, ce qui n'est pas contesté, les conditions requises à l'article 1 du Règlement d'introduction des instances concernant une requête d'arbitrage s'appliquent, *mutatis mutandis*, à l'introduction d'une demande d'annulation¹. Cela signifie que, pour être recevable, la demande d'annulation doit être signée soit par la partie requérante soit par un représentant dûment autorisé.

S'agissant de la signature par la partie requérante, c'est-à-dire l'Etat, il convient de se référer aux règles de droit interne applicables à la représentation de l'Etat pour déterminer si le signataire de la demande d'annulation est son Agent². Comme cela a été indiqué à maintes reprises, seul un Décret Suprême du Chef de l'Etat permet de désigner valablement cet Agent, notamment pour introduire une nouvelle instance³.

A défaut de signature par la partie requérante, il convient de déterminer si le signataire de la demande d'annulation a été dûment autorisé à cette fin. D'après les règles du Centre applicables *mutatis mutandis* à une demande d'annulation, une requête

¹ Voir notamment Commentaires officiels du Centre sur l'article 50 du Règlement d'arbitrage et décision du Comité *ad hoc* dans Décision sur la demande de nullité *Amco Asia c. Indonésie*, du 16 mai 1986, para. 33 in 12 YB Com Int 129 (1987)

² Voir transcription (Version française) de l'audience du 29 janvier 2010, page 14, ligne 31, et suivantes.

³ Voir en ce sens Décret Suprême n°998 du 22 juillet 2008 autorisant le Conseil de Défense de l'Etat (CDE) à introduire une instance devant les juridictions nord-américaine (Annexe N° 1 à notre communication du 25 janvier 2010).

Juan E. Garcés

d'arbitrage qui ne serait pas signée par la partie elle-même doit être accompagnée d'un pouvoir établi spécialement à cet effet⁴.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la discussion aujourd'hui portée devant le Comité *ad hoc* concernant le Décret n°111 du 21 avril 2008.

2. S'agissant de l'introduction par la République du Chili du Décret n°111 du 21 avril 2008, celle-ci a fait preuve d'une particulière mauvaise foi. En effet, le 29 janvier 2010, soit après un an et demi de contestation ininterrompue de l'autorité du signataire de la demande d'annulation, la République du Chili nous a communiqué copie d'une première version de ce Décret, non approuvée (comportant l'inscription "*Retirado sin tramitar*"), après l'avoir largement biffée aux motifs d'un prétendu secret⁵ (Document A).

Le 1^{er} février 2010, notre confrère chilien Me Ignacio Torrontegui s'est présenté à la Contraloria Général de la République du Chili pour consulter le Décret 111. Il est descendu au sous-sol et dans une salle nommée « Archives » a mis, sur une table disposée pour l'analyse par le public de documents, les dix pages du Décret archivé avec mention d'avoir été retiré le 8 mai 2008 sans être traité et sans indication qu'il en aurait été prise acte par le Contralor, et il les a comparées avec le document « A », ligne à ligne. Elles étaient en correspondance exacte. Une deuxième version du Décret, introduite le 6 mai 2008 et portant la mention que le Contralor en avait pris acte (*TOMO RAZON*) le 15 mai 2008, a été remise par la Contraloria à notre confrère comme étant le Décret N° 111. Nous l'avons communiqué au Comité *ad hoc* le 5 février dernier.

Le 3 février 2010, la République du Chili a communiqué une nouvelle version du Décret n°111 du 21 avril 2008, tel qu'il aurait été approuvé par la *Contraloria* le 15 mai 2008 (Document B) et dont le contenu est identique à la version du Décret communiqué lors de l'audience du 29 janvier 2010 (Document A).

Le 12 février 2010, afin de répondre aux interrogations soulevées dans notre lettre du 5 février, la République du Chili a communiqué une lettre du Contralor Général affirmant que « *dans les archives de la Contraloria se trouvent deux transcriptions qui correspondent, respectivement, la première, au texte introduit le 6 mai 2008 et retiré sans être traité de cet Organe de Contrôle en date du 8 des mêmes moi et année, et la deuxième, le texte qui a été introduit le 14 mai 2008 et dont il a été pris acte le 15 de ce mois* » (page 2, para. 3). Dans la même page, dernier paragraphe, il ajoute que le 1^{er} février 2010 la Contraloria nous aurait remis « *la copie [du Décret Suprême] correspondant au texte qui avait été retiré de son traitement introduite par ledit Secrétariat d'Etat [à l'Economie]* ».

Au delà de cette inexactitude, les explications fournies par la *Contraloria* dans sa lettre du 10 février 2010 ne résolvent pas les incohérences suivantes : (i) le tampon "*Retirado*

⁴ Voir Site internet du Centre concernant le dépôt des requêtes d'arbitrage, sur <http://icsid.worldbank.org/ICSID/HowToFileReq.jsp>

⁵ « *Este decreto ... está expresamente excluido de aquellos actos que son públicos, está sujeto bajo secreto* » (déclaration du chef de la délégation du Chili dans l'audience du 29 janvier 2010, page 142, transcription en espagnol, lignes 9-11).

Juan E. Garcés

"sin tramitar" se trouve sur la version A du Décret et non pas sur la version C, qui aurait été effectivement retirée d'après la lettre de la *Contraloria*; (ii) le tampon "*Tomado Razón*" apparaît sur la version C, alors que celle-ci aurait été retirée sans examen et n'aurait pas été approuvée; (iii) des "*Vistos*" ont été modifiés entre les versions A, retirée, et C, approuvée, alors qu'ils concernent précisément les normes internes chiliennes autorisant l'administration à signer un contrat de prestations de services (Annexe 3); (iv) la version A du Décret n'a pas de raison d'être, celle-ci ne présentant aucune modification avec la version qui aurait été finalement approuvée le 15 mai 2008 c'est-à-dire la version B ; (v) des tampons et des signes présents sur chacune des versions du Décret sont parfaitement identiques et se trouvent à des emplacements identiques, ce qui est particulièrement troublant.

Ces éléments font peser sur le Décret n°111 du 21 avril 2008 des doutes inacceptables quant à son authenticité, en particulier sur la signature par S.E. la Présidente de la République d'une ou plusieurs versions du Décret, voire sur le contenu même de ce Décret. A tout le moins, les investisseurs espagnols sont légitimement fondés à s'interroger sur la validité de ce document.

En conséquence, nous sollicitons respectueusement du Comité *ad hoc* qu'il ne tienne pas compte de ce document pour trancher la recevabilité de la demande d'annulation.

3. En tout état de cause, si le Comité *ad hoc* devait tenir compte du Décret n°111 du 21 avril 2008 et quelle qu'ait été la version en vigueur, celui-ci ne satisfait pas les exigences du droit interne chilien en matière d'introduction d'une instance devant une juridiction internationale, ni celles du Centre quant à la recevabilité d'une demande en annulation.

En effet, le Décret Suprême n°111 du 21 avril 2008 ne désigne pas le Cabinet Arnold & Porter, ou certains de ses membres, comme Agent de la République du Chili, comme cela avait été le cas pour le CDE dans la procédure initiée devant les juridictions nord-américaines.

Ce Décret ne donne pas non plus mandat exprès à Arnold & Porter pour introduire une demande en annulation de la Sentence du 8 mai 2008, les termes du Décret indiquant simplement que le Cabinet agira en qualité de conseil ("asesor") de la République du Chili si une procédure d'annulation était introduite par l'une ou l'autre des parties à l'instance arbitrale.

A cet égard, soulignons que contrairement à l'affirmation de la lettre du 12 février 2010, aucune notification de Conseil et/ou d'Agent n'a été effectuée par la République du Chili dans la procédure d'annulation⁶.

En réalité, ce Décret a pour seul objet l'approbation du Contrat de prestations de services établi entre le Ministère de l'Economie, du Développement et de la

⁶ Ainsi que cela a été largement exposé lors de l'audience du 29 janvier 2010, les dernières notifications effectuées, i.e. 25 janvier 2008 et 15 juillet 2008 concernent, respectivement, la procédure d'arbitrage et la procédure de révision de la Sentence.

Reconstruction de la République du Chili et Arnold & Porter, désignant ce dernier conseil ("asesor") de la République dans l'affaire Pey Casado et autres c/ Chili⁷, sans que celui-ci ne contienne de stipulation autorisant le Cabinet Arnold & Porter à former un recours en annulation contre la Sentence.

Cette qualification est confirmée par le texte du Contrat de prestations de services contenu dans le Décret. Ainsi, les Considérants 5, 6, 7 et 9 distinguent clairement la procédure arbitrale, déjà close, d'une "éventuelle" nouvelle procédure qui requiert l'établissement d'un nouveau contrat⁸ de prestations de services en ce qu'ils indiquent :

« Qu'en date du 31 janvier 2008, le Secrétariat du CIRDI a fait connaître aux parties la clôture de la procédure, (...) la sentence (...) mettra fin à l'actuelle instance [des opérations] de traitement de l'arbitrage (...) la nécessité d'initier une analyse exhaustive du contenu de la sentence (...) d'évaluer les alternatives procédurales disponibles pour les parties, y compris une éventuelle procédure en annulation, rendant nécessaire, à cette occasion, de compter sur l'assistance d'un cabinet juridique étranger, qui puisse satisfaire les exigences requises pour conseiller l'Etat du Chili (...) par le passé, ont fourni ce type de services (...) des professionnels qui font actuellement partie du cabinet juridique étranger «Arnold & Porter LLP (...) il devient nécessaire (...) de passer avec le cabinet étranger « Arnold & Porter LLP » le contrat correspondant de prestations de services» (souligné par nous)

En outre, s'agissant d'un contrat de prestations de services et comme cela est expressément indiqué dans le Contrat⁹, ce dernier doit être interprété conformément aux règles de droit chilien en la matière dont les règles principales sont jointes à la présente (Annexe n°3).

Selon ces dispositions, sauf intention contraire des parties clairement exprimée, il convient d'interpréter le contrat conformément à sa nature, les clauses devant s'interpréter les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qu'il convient par rapport à l'intégralité du contrat.

En l'espèce, le Contrat est un contrat de prestations de services aux termes duquel le Cabinet Arnold & Porter doit fournir des conseils d'ordre juridique à la République du Chili dans le cadre de l'affaire Pey. En particulier, il lui est demandé, dès réception de la sentence à intervenir, une analyse de cette dernière afin d'informer la République du Chili d'éventuels recours ouverts contre cette Sentence, d'assister la République du Chili dans ses décisions ainsi que d'assurer la défense de la République du Chili dans le cas où une demande en nullité serait formée contre la Sentence par l'une ou l'autre des parties. Le troisième paragraphe de la Clause Première, point 1), comprend dans le conseilage des « allégations » en général, le contexte faisant mention à des procédures de suspension de l'exécution de la sentence arbitrale et de garantie de son exécution. A

⁷ Le Décret Suprême n°111 du 21 avril 2008 contient deux articles. L'article 1 qui approuve le Contrat de prestations de services signés avec Arnold & Porter dont les termes sont reproduits dans le Décret, et l'article 2 concernant l'imputation des coûts correspondants au budget du Ministère de l'Economie de 2008.

⁸ Dans cette affaire, la République a été amenée à signer d'autres contrats de prestations de services avec des cabinets étrangers (Voir Annexe n° 1).

⁹ Clause SIXIEME du Contrat.

aucun moment ce document n'autorise le Cabinet Arnold & Porter à introduire un recours en annulation contre la Sentence, cette dernière n'ayant pas été communiquée aux parties à la date de la signature du Contrat de prestations de services.

Les "Vistos" du Décret confirment cette analyse. Par exemple, le *visto* n°3 renvoie à la loi No. 19.886¹⁰ article 8 (e) qui dispose : "*Il y aura lieu à appel d'offre privé ou à traiter ou à [effectuer] un engagement direct dans les cas fondés signalés ci-après: e) s'il s'agit de convention de prestation de services (...) l'*". Pour une analyse des Vistos, nous renverrons le Comité *ad hoc* à l'Annexe 3 de la présente.

L'analyse des termes de ce Contrat, son titre, sa nature juridique et sa finalité confirment qu'il s'agit d'un "*contrat de prestations de services professionnels*" pour l'établissement de conseils juridiques dans l'attente d'une sentence arbitrale. En aucune manière, les termes de ce Contrat ne permettent de soutenir qu'il s'agirait d'une autorisation de la République du Chili d'introduire une procédure d'annulation contre la Sentence du 8 mai 2008 (qui n'avait pas été communiquée aux parties à cette date), comme ce fut le cas par exemple lors de l'introduction de la demande en annulation contre la Sentence rendue dans l'affaire MTD.

Or, l'existence d'un tel Contrat ne saurait pallier ni le défaut de pouvoir accompagnant la demande d'annulation du 5 septembre 2008 ni l'absence de signature de l'Agent dûment désigné par la République du Chili.

4. De la même manière, le fait qu'Arnold & Porter ait été le conseil de la République du Chili pendant les procédures d'arbitrage et de révision¹¹ ne lui confère pas l'autorité nécessaire pour initier une procédure d'annulation au nom et pour le compte de la République du Chili. Une autorité apparente ne saurait être opposée aux investisseurs espagnols dès lors qu'ils contestent l'autorité réelle. Ceci d'autant plus que selon la loi et la pratique chiliennes, le pouvoir du conseil d'engager son client dans des contentieux ou des litiges n'est pas celui du « *counsel* » dans d'autres systèmes juridiques. Ainsi, pour introduire une demande en justice pour son client, un conseil doit exciper d'un pouvoir écrit conformément à l'article 6 du Code de Procédure Civile¹² (Annexe 2). Dans cette affaire en tel pouvoir aurait du accompagner la demande d'annulation au plus tard le 5 septembre 2008, sous peine de forclusion, conformément à l'article 52(2) de la Convention CIRDI. Finalement, la théorie de l'apparence n'a pas pour objet de

¹⁰ Accessible sur <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236392&idVersion=>

¹¹ Mandat qui s'est éteint à la fin de chacune des procédures conformément à l'article 2163 du Code Civil du Chili, voir transcription (version française) de l'audience du 29 janvier 2010 pages 18-19.

¹² Article 6 du Code de Procédure Civile qui dispose : *Art 6º. Celui qui comparaîtrait en justice au nom d'un autre, dans l'accomplissement d'un mandat ou dans l'exercice d'une charge qui requière une nomination spécifique, devra exhiber le titre qui accréditerait sa [capacité de] représentation. Pour œuvrer comme mandataire sera considéré [constituer] un pouvoir suffisant : 1º Celui constitué par écriture publique consenti par-devant notaire ou un employé du Registre [de l'état] Civil auquel la loi conférerait cette faculté ; 2º celui qui ressort d'un acte dressé devant un juge ou un arbitre, et souscrite par tous les mandants ; et 3º celui qui ressort d'une déclaration écrite du mandant, légalisé par le secrétaire du tribunal qui a à connaître de la cause. (...)*

Juan E. Garcés

protéger une partie contre ses propres irrégularités et ne saurait valider un acte irrégulier.

Il résulte de ce qui précède que les investisseurs espagnols maintiennent l'exception d'irrecevabilité soulevée à l'encontre de la demande d'annulation.

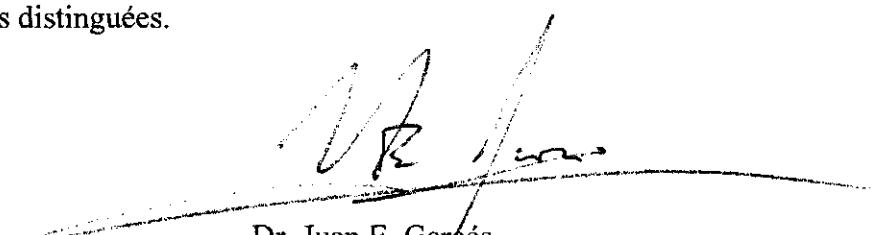
En conséquence, les investisseurs espagnols sollicitent du Comité *ad hoc* :

- Qu'il déclare l'acte introductif d'instance nul et sans effet;
- Qu'il déclare la demande d'annulation déposée le 5 septembre 2008 irrecevable;
- Qu'il déclare la République du Chili forcée à déposer une nouvelle requête en annulation, le délai de 120 jours prévu à l'article 52(2) de la Convention ayant expiré;
- Qu'il condamne la République du Chili à supporter l'intégralité des frais de la présente procédure en ce inclus les frais de conseils des investisseurs espagnols relatifs à cette procédure.

5. Si le Comité *ad hoc* devait néanmoins déclarer la demande d'annulation du 5 septembre 2008 recevable, nous lui demanderions de tenir compte des évènements qui viennent de se dérouler dans cette affaire pour se prononcer sur la demande de suspension de l'exécution de la Sentence et, en particulier, pour accueillir favorablement la demande des investisseurs espagnols de conditionner la suspension à la mise en place d'une garantie adéquate.

En effet, ces évènements, qu'ils soient le résultat d'une absence totale de rigueur de l'administration chilienne, comme le prétend aujourd'hui la République, ou de faits bien plus graves tels que nous les soupçonnons, démontrent que, dans cette affaire, l'affirmation faite dans l'audience du 29 janvier 2010 par un conseil que la République du Chili exécutera volontairement et sans délai la Sentence, si elle était confirmée par le Comité *ad hoc*, n'est pas suffisant pour prononcer la suspension de l'exécution de la Sentence sans contrepartie.

Nous vous prions, Madame la Secrétaire du Comité *ad hoc*, d'agréer l'expression de nos salutations distinguées.



Dr. Juan E. Garcés

Représentant de M. Victor Pey-Casado et de la
Fondation espagnole Président Allende