

MADRID, LE 5 AVRIL 2006

MME. GABRIELA ÁLVAREZ AVILA
SECRETAIRE DU TRIBUNAL
CIRDI
BANQUE MONDIALE
1818 H STREET, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende v. République du Chili (ICSID Case No. ARB-98-2)

Chère Madame,

En conformité de l'article 44 de la Convention¹ les demanderesses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral qu'il tranche les deux questions de procédure suivantes, non prévues dans la Section 3 de la Convention ni dans les Règles d'arbitrage et sans précédent comparable dans le CIRDI:

1^{ère} question: si M. Leoro ne reconsidérerait sans tarder sa position de ne plus participer aux délibérations du Tribunal arbitral, est-il conforme aux articles 42(1) et 48(1) de la Convention que le Tribunal puisse prononcer sa Sentence à la majorité? Les fondements de la présente question sont les suivants :

a) dans la présente procédure se sont produits les faits suivants :

1. M. Leoro a porté à la connaissance de la délégation du Chili l'information dont il disposait concernant les délibérations du Tribunal d'arbitrage et le contenu du « *final draft of the award prepared by the President* » déposé auprès du Centre en juin 2005²;
2. en juillet et août 2005 M. Leoro a refusé de participer aux délibérations finales du Tribunal arbitral³, alors que la défenderesse n'a formulé sa récusation que le 24 août 2005;
3. le Tribunal arbitral n'a jamais été suspendu par le Centre⁴. Or M. Leoro n'a pas soumis sa « *démission aux autres membres du Tribunal ...* » comme il est impératif de le faire selon la Règle d'Arbitrage N° 8(2), mais seulement au Secrétaire Général;

¹ « *Si une question de procédure non prévue par la présente Section ou le Règlement d'Arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal* ».

² Ce fait a été reconnu le 2 septembre 2005 auprès du Secrétaire Général du CIRDI par la délégation du Chili, ainsi que par le Ministre de l'Economie du Chili et par M. Leoro dans les lettres qu'ils ont adressées au Secrétaire Général le 16 décembre 2005.

³ Voir la lettre de l'arbitre M. Bedjaoui du 7 octobre 2005 (page 12).

⁴ Voir la réponse du Centre, le 14 septembre 2005, à la question n° 3 de la lettre des demanderesses du 11 septembre précédent.

4. la procédure est à son dernier stade depuis juin 2005, l'audience orale ayant eu lieu en mai 2003 et le « *final draft of the award prepared by the President* »⁵ ayant été déposé auprès du CIRDI en juin 2005 ;

5.- le Chili a abandonné le 16 mars 2006 sa récusation à l'égard de M. Leoro, seule raison invoquée par M. Leoro pour démissionner;

6.- les demanderesses considèrent que M. Leoro doit continuer à faire partie du Tribunal jusqu'à la notification de la Sentence⁶, afin de ne pas retarder l'adoption de la Sentence et ne pas augmenter les frais;

b) au cas où dans l'avenir M. Leoro présenterait sa démission « *aux autres membres du Tribunal arbitral....* », ou le Tribunal considérerait qu'il n'est pas nécessaire de lui demander de le faire, c'est un principe de droit international, admis par une grande majorité de la doctrine et par la pratique de l'arbitrage international, que la carence, volontaire et non autorisée par le Tribunal arbitral ou les parties, d'un membre du Tribunal alors que la procédure arrive à son terme, autorise un Tribunal tronqué à rendre une sentence arbitrale valable⁷. Ce principe est d'ailleurs consacré par de nombreux règlements d'arbitrage international⁸ ;

⁵ Lettre de M. le Professeur Pierre Lalive, Président du Tribunal arbitral, à M. le Secrétaire Général du CIRDI, datée le 4 octobre 2005, p. 3.

⁶ Voir les lettres des demanderesses des 30 septembre 2005, page deux; 8 novembre 2005, point IV; 5 décembre 2005, section III; 4 janvier 2006, pétition 1^{ère}.

⁷ Voir Karl-Heinz Bockstiegel: "Practices of Various Arbitral Tribunals", in ICCA Congress Series No. 5; Stephen M. Schwebel: International Arbitration: Three Salient Problems, 1987, 152-153; "Validité d'une sentence rendue par un Tribunal tronqué", Bull. CCI, Novembre 1995, 18 et ss. ; A/CN.9/460,6 April 1999, Truncated International Commercial Arbitration; Scott Donahey: « The UNCITRAL Arbitration Rules and the Tribunal », in 4 The American Review of International Arbitration 191 (1993, Sept. 17), et 38 Commercial Arbitration 99 (1995); G. H. Aldrich: The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, 1996; **affaire Uiterwyk Corporation c/ Iran**, Tribunal Iran-US, Affaire n°381, enregistrée le 6 juillet 1988, 19 Iran-US CTR 107, 116, 161, 169, cité par S. Schwebel, Bull. CCI Novembre 1995, 18 et ss.; 1 Iran-US CTR 415-417, 424-441 ; **Cour d'Appel Paris**, 1 July 1997, **Agence Transcongolaise des Communications -Chemin de fer Congo Océan (ATC-CFCO) v Compagnie Minière de l'Ogooue – Comilog SA**, Revue de l'arbitrage, 1998, 131-136, XXIVa YBCA 281-286 (1999) ; **Svea Court of Appeals decision** (2003), 42 ILM 915 (2003) ; Interim Award of 26 September 1999 and Final Award of 16 October 1999 **Himpurna California Energy Ltd. V Republic of Indonesia** YB Vol. XXV (2000), pp. 11-432.

⁸ Article 13.3 du Règlement facultatif de la Cour Permanente d'Arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un Etat ; article 12.5 du Règlement d'arbitrage CCI ; articles 12.1 et 12.2 du Règlement d'arbitrage de la LCIA ; article 11 du Règlement d'arbitrage AAA ; article 35 du Règlement d'arbitrage WIPO ; le Règlement d'arbitrage de la China International Economic and Trade Arbitration Commission ; l'article 7 de la Conflict and Prevention Resolution for Non-Administered Arbitration of Patent and Trade Secret Disputes (révision de 2005) ; l'article 7 du Code d'arbitrage de l'Écosse (1999) ; l'article 32(2) des Règles d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.

c) les normes du CIRDI (de même que celles d'UNCITRAL), contiennent des dispositions qui, si on les lit ensemble, ne s'opposent pas à une telle solution, dans la mesure où la Convention CIRDI consacre le principe selon lequel toute sentence d'un Tribunal doit être rendue à la majorité de ses membres (article 48(1)), et compte tenu du principe de l'effet utile du consentement des parties à l'arbitrage (article 25);

d) l'un des principes fondamentaux de l'arbitrage moderne, dont s'inspire la Convention de Washington, est le principe de non frustration de la procédure arbitrale, selon lequel on ne peut pas entraver artificiellement la procédure compte tenu de la fonction quasi judiciaire de l'arbitrage.⁹

2^{ème} question: après avoir constaté que M. Leoro et la partie défenderesse ont enfreint les Règles d'arbitrage n° 6(2) et 15, est-il conforme à la Convention que le Tribunal arbitral recommande au Président du Conseil Administratif de lever leur immunité?

La présente question est formulée dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, de la pleine efficacité de la Convention, des droits lésés par l'infraction de cette dernière, et sans porter préjudice aux intérêts du Centre. Ses fondements sont les suivants:

1.- en acceptant sa nomination par la République du Chili M. Leoro a signé, le 18 novembre 1989, le contrat prévu dans la Règle d'Arbitrage N° 6(2):

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

2.- en ratifiant l'API avec l'Espagne du 2 octobre 1991 l'État du Chili s'est engagé (art. 10.3) à ce que la controverse soit résolue conformément à la Convention CIRDI ;

3.- M. Leoro a porté à la connaissance de la délégation du Chili le contenu du « *final draft of the award prepared by the President* ». Ce fait a été reconnu par le Ministre de l'Economie du Chili, par M. Leoro et par le Secrétaire Général du CIRDI¹⁰;

4.- la République du Chili a fait sien le fait illicite commis par M. Leoro¹¹;

5.- les Règles 32(3)(b) et (c) du Règlement Administratif et Financier et les arts. 21(a) et 22 de la Convention, en rapport avec l'infraction aux Règles d'arbitrage nos. 6(2) et 15 et à l'article 44 de la Convention ;

⁹ Voir le Report of the International Law Commission, 4^{ème} session des 4 juin-8 août 1952, GA OR 7th Sess., 2 et seq., en particulier para. 19, 3.

¹⁰ Voir la précédente note 1.

¹¹ Voir la lettre du Secrétaire Général du CIRDI du 2 décembre 2005, page 2.

6.- l'infraction à l'article 44 de la Convention et aux Règles d'arbitrage nos. 6(2) et 15 constitue un acte internationalement illicite ;

7.- les principes de droit international en la matière en conformité de l'article 42 de la Convention et de l'article 10 (4) de l'API Espagne-Chili, en particulier les principes énoncés par la Commission de Droit International en 2001 dans le **Projet de Convention sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite**, à savoir:

7.1.- La responsabilité internationale de la partie défenderesse est engagée :

« Article 1er

RESPONSABILITÉ DE L'ETAT POUR FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE. Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale. »

« Article 2

ELÉMENTS DU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE DE L'ETAT
Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) Est attribuable à l'Etat en vertu du droit international; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat. »

7.2.- Le Ministre de l'Economie du Chili et sa délégation ont agi suivant des instructions directes du Président du Chili M. Lagos¹²:

« Article 4

COMPORTEMENT DES ORGANES DE L'ETAT

1. Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat.
2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat. »

7.3.- M. Leoro a, de fait, agi en accord avec la partie défenderesse :

Article 8

COMPORTEMENT SOUS LA DIRECTION OU LE CONTRÔLE DE L'ETAT

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat. »

7.4.- La partie défenderesse a reconnu et adopté comme sien le fait illicite commis par M. Leoro :

« Article 11

COMPORTEMENT RECONNU ET ADOPTÉ PAR L'ETAT COMME ÉTANT SIEN

¹² Voir la lettre du Ministre de l'Économie du Chili du 16 décembre 2006, point 5 : « *J'ai été personnellement mandaté, sur instructions directes du Président de la République du Chili, pour demander une réunion avec le Secrétaire Général [du CIRDI]* ».

Un comportement qui n'est pas attribuable à l'Etat selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme sien. »

7.5.- L'obligation internationale que l'article 44 de la Convention de Washington impose à l'Etat du Chili a été enfreinte :

« Article 12

EXISTENCE DE LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE

Il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci. »

7.6.- La partie défenderesse n'a pas mis fin au fait internationalement illicite :

« Article 30

Cessation et non-répétition

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation:

a) D'y mettre fin si ce fait continue; b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent. »

7.7.- La partie défenderesse a le devoir de réparer le préjudice causé :

« Article 31

RÉPARATION

1. L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'Etat. »

7.8.- L'acte internationalement illicite commis par la partie défenderesse à l'égard de la Convention CIRDI et de l'API bilatéral entre l'Espagne et le Chili du 2.10.1991 a fait naître un droit au profit de l'État espagnol, du CIRDI et des investisseurs espagnols :

« Article 33

PORTÉE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES ÉNONCÉES DANS LA PRÉSENTE PARTIE

(...)

2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat. »

7.9.- La partie défenderesse n'a pas rétabli la situation qui existait avant que le fait illicite soit commis :

« Article 35

Restitution

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution: a) N'est pas matériellement impossible; b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation. »

7.10.- Les personnes lésées ont droit à une indemnisation :

« **Article 36**

Indemnisation

1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution. 2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi. »

7.11.- La partie défenderesse n'a pas offert de satisfaction :

« **Article 37**

Satisfaction

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation. 2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée. »

8.- M. Leoro et la partie défenderesse ont commis ces actes illicites alors qu'ils jouissaient de l'immunité établie dans les articles 21 et 22 de la Convention. Les investisseurs espagnols étant en position de parties défenderesses par rapport à ces actes, ils ont droit à l'application par analogie de ce que prévoient les pp. 748 et 935 des travaux préparatoires (« *History...* ») de la Convention afin que le Centre lève l'immunité ;

9.- au cas où la réponse du Tribunal arbitral à la présente question serait affirmative les demanderesses sollicitent qu'il formule au Président du Conseil Administratif la recommandation de lever l'immunité de M. Leoro, de la partie défenderesse –la République du Chili- et des agents, conseillers, avocats, témoins et experts de cette dernière ayant participé aux faits illicites, ceci fait de manière que cette recommandation ne retarde pas l'adoption et la notification de la Sentence.

Veillez agréer, Madame la Secrétaire du Tribunal Arbitral, l'assurance de notre considération distinguée

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation Espagnole Président Allende