

MADRID, LE 8 NOVEMBRE 2005

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,

Nous accusons réception des lettres du Secrétariat Général du CIRDI des 11 octobre et 1^{er} novembre 2005, nous communiquant copie des explications adressées par les membres du Tribunal arbitral à M. le Président du Conseil Administratif concernant la demande de récusation dont ils font l'objet. Le 11 septembre 2005 les Demanderesses avaient exprimé leur désaccord respectueux avec la décision de communiquer lesdites explications aux parties et d'en débattre avec elles (points II, III et IV.4).

I.- Les Demanderesses constateront simplement que les communications du Président M. Lalive et du Ministre M. Bedjaoui ont confirmé le bien fondé de la position des Demanderesses depuis le 26 août 2005, selon laquelle la demande de récusation du Tribunal arbitral est sans fondement et doit être rejetée sans délai. Les communications de Monsieur l'ancien Ministre M. Leoro Franco le confirment également en dévoilant le sens, la raison d'être et le *tempo* des manœuvres dilatoires qui suivent le dépôt au Centre, en juin 2005, du projet de résolution du Président du Tribunal.

II.- Les Demanderesses souligneront également que les causes de récusation alléguées par le République du Chili dans son mémorandum du 16 septembre 2005 ne sont qu'une mise en scène tendant à couvrir les réels motifs de cette demande, qui sont d'ailleurs relatés par la presse chilienne dans un article du **4 septembre 2005** signé par Monsieur Roberto Mayorga, représentant de la République du Chili dans la procédure d'arbitrage entre 1998 et 2002 :

«Récemment, au bout de huit ans, la défense chilienne a récusé le tribunal sur le fondement de l'incapacité des arbitres. Au cours de l'année 2001 (...) le tribunal s'est réuni, laissant transparaitre qu'il avait décidé d'accepter la position du Chili de se déclarer incompetent. (...) Le nouveau président, Pierre Lalive, en prenant ses fonctions, a méconnu la résolution du tribunal qui avait décliné sa compétence¹ et, en mai 2002, il

¹ Me Mayorga n'explique pas la source de cette affirmation, et garde le silence sur le fait que le Tribunal avait indiqué aux parties, le 1^{er} mai 2001, « *qu'aucune décision sur la compétence n'avait été rendue*

décréta que le tribunal allait connaître du fond de l'affaire (...). À cette occasion (...) nous avons envisagé la possibilité de récuser le tribunal (...)
La sentence étant sur le point d'être rendue le Chili a récemment annoncé la récusation des trois arbitres du tribunal (...) tout laisse croire que la décision en germe causerait un préjudice au pays, ce qui aurait suscité l'action en récusation. Il ne paraît pas logique d'en déduire que l'action en récusation est fondée sur le retard de la sentence puisque, précisément, cette action paralyse la procédure en aggravant le retard».

Le texte intégral de cet article figure dans la pièce ci-jointe (c'est nous qui soulignons).²

III.- Par ailleurs, compte tenu des circonstances extraordinaires ayant entouré cette demande de récusation, les parties Demanderesses se réservent le droit d'engager toute action qui s'avèrerait nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts.

IV.- Il résulte également des observations des arbitres que Monsieur le Ministre Leoro Franco a, en réalité, refusé de siéger au sein du Tribunal arbitral après l'accord de la majorité de ses membres sur le projet de résolution défavorable à la partie qui l'avait proposé et que M. le Président du Tribunal a déposé au Centre en juin 2005. Ce refus de siéger est constitutif d'une violation de la mission qui lui a été confiée. La démission de cet arbitre, intervenue précipitamment à la suite du dépôt de la demande en récusation – notifiée aux Demanderesses le 26 août 2005- n'est que l'aboutissement de ce refus de participer aux délibérations finales, voire à la signature de la sentence, du Tribunal arbitral.

Les Demanderesses réitèrent que la soi-disant démission de M. Leoro Franco n'a pas été donnée conformément aux règles régissant la procédure d'arbitrage CIRDI et doit, en conséquence, être considérée comme nulle et non avenue par le Secrétariat Général. En effet, il s'agit bien moins d'une démission, telle que prévue par les articles 56 et 8 de la Convention et du Règlement d'arbitrage CIRDI, que d'un refus de siéger au sein du Tribunal ayant pour conséquence de paralyser *in extremis* la procédure arrivant à son terme.

Les parties Demanderesses sollicitent du Secrétariat Général du CIRDI qu'il demande à M. Leoro Franco de bien vouloir reconsidérer sans tarder sa position ayant conduit à ne

lors de la démission du Président Rezek le 13 mars 2001, ainsi, le nouveau Président désigné est appelé à participer, avec les autres membres du Tribunal Arbitral, à la décision qui reste sur la compétence. »

² D'une manière parallèle au développement du présent arbitrage les Autorités du Chili ont déclenché des campagnes médiatiques visant à causer auprès de l'opinion publique un dommage moral à M. Pey et à tergiverser l'objet de la procédure, comme celle de 2002 décrite dans la pièce D15: **Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral**, p. 138; la séance spéciale de la Chambre des Députés du 21 août 2002 (*ibid.* pp. 102-107, et pièce C208); les articles des 3-01-2005 (*La Segunda*); 13-03-2005 (*La Tercera*); 29-08-2005 (*La Segunda*); 30-08-05 (*El Mostrador* et *La Segunda*); 1-09-2005 (*La Segunda*); 4-09-2005 (*El Mercurio*); 18-09-2005 (*El Mercurio*); 12.10.2005 (*La Tercera*; *La Segunda*; *Radio Cooperativa*; *Radio Agricultura*; *TV Nacional*); 13-10-2005 (*La Nación*); 14-10-2005 (*La Nación*; *Terra-Chile*; *El Mostrador*); 16-10-2005 (*La Tercera*); 17-10-2005 (*La Tercera*; *La Segunda*); 22-10-2005 (*El Mercurio*); 27-10-2005 (*El Mercurio*).

plus participer aux délibérations du Tribunal, afin que ce dernier soit en mesure de rendre une sentence définitive dans les meilleurs délais.

À défaut, les Demanderesse sollicitent du Secrétariat Général du CIRDI qu'il autorise le Tribunal arbitral, composé des seuls membres restants, à rendre la résolution arbitrale qui devait intervenir en septembre 2005.

En effet, il est un principe de droit international, admis par une grande majorité de la doctrine et par la pratique de l'arbitrage international, selon lequel la carence, volontaire et non autorisée par le Tribunal arbitral ou les parties, d'un membre du Tribunal autorise un Tribunal tronqué à rendre une sentence arbitrale valable.³

Ce principe est d'ailleurs consacré par de nombreux règlements d'arbitrage international.⁴

Les normes du CIRDI (à l'égal 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. Par ailleurs, 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 les parties ne peuvent pas entraver artificiellement la procédure compte tenu de la fonction quasi judiciaire de l'arbitrage.⁵

En conclusion, 75 jours s'étant écoulés depuis que le Centre a suspendu l'instance, **les Demanderesse sollicitent du Secrétariat Général du CIRDI** que :

- 1) dans un délai de 30 jours à compter de la réception des observations des parties, conformément à son courrier du 8 septembre 2005, M. le Président du Conseil

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Voir le Report of the International Law Commission, 4ème session des 4 juin-8 août 1952, GA OR 7th Sess., 2 et seq., en particulier para. 19, 3.

Administratif rejette la demande de récusation du Tribunal arbitral comme dénuée de tout fondement ;

- 2) il constate que M. le Ministre Leoro Franco a refusé de participer aux délibérations finales du Tribunal arbitral, voire à la signature de la sentence définitive, sa démission fictive n'étant qu'une nouvelle manifestation de ce refus ;
- 3) dans le cas où Monsieur le Ministre Leoro Franco continuerait de refuser de siéger au sein du Tribunal, il autorise le Tribunal arbitral, composé de M. le Président Lalive et M. le Juge Bedjaoui, à poursuivre la procédure et à rendre une sentence finale et définitive dans les meilleurs délais;
- 4) il prenne acte de ce que les Demanderesses se réservent le droit d'engager toute action qui s'avérerait nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts.

Par ailleurs, **les Demanderesses prient le Tribunal arbitral** de tenir compte de la particulière mauvaise foi de la République du Chili⁶,

a) en mettant à sa charge l'intégralité des coûts de cette procédure, qu'il s'agisse des coûts administratifs du CIRDI, des honoraires des arbitres ou de l'ensemble des coûts engagés par les Demanderesses pour assurer la défense de leurs intérêts.⁷ Les Demanderesses sont à la disposition du Tribunal pour lui communiquer par retour de courrier l'état à ce jour de ces frais ;

b) en acceptant la demande de capitalisation des intérêts dans le calcul du dommage.⁸

Veuillez 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

⁶ Voir l'Aide-mémoire concernant la mauvaise foi du Chili tout au long de la procédure arbitrale, provoquant sa prolongation et l'augmentation des frais, communiquée au Centre le 19 septembre 2005.

⁷ Cette demande figure dans l'Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire, du 11 septembre 2002 (pièce D16, page 151), et dans le Mémoire du 17 mars 1999 (p. 4.13 et ss.).

⁸ Voir cette demande dans l'Exposé complémentaire sur le fond de l'affaire (pièce D16, pages 148-150), et le Mémoire du 17 mars 1999 (p. 4.6.4.5 et ss.).

[Pièce annexe]

EL MERCURIO

Domingo 4 de septiembre de 2005

”El Caso Clarín, ocho años después

Roberto Mayorga Lorca, Abogado

No hay duda de que ante la cadena de situaciones irregulares que se han producido durante todos Estos años, Chile no tenía otro camino que el que ha terminado por adoptar.

Joan Garcés, en representación de Víctor Pey y de la Fundación Allende, solicitó en 1997 al Ciadi un arbitraje internacional en contra de Chile por la expropiación del diario "El Clarín", demandando una indemnización superior a 500 millones de dólares. Recientemente, al cabo de ocho años, la defensa chilena ha recusado al tribunal, arguyendo incapacidad de los árbitros.

La historia es larga y compleja. Nos correspondió coordinar la defensa hasta 2002, año en que renunciamos por falta de garantías para defender adecuadamente los intereses del país. Durante los primeros cinco años del juicio, impedimos que el Ciadi conociera el fondo del asunto, esto es, si Chile debía pagar la referida indemnización, ya que interpusimos excepción de falta de jurisdicción, fundada en seis argumentaciones: a) que el Ciadi solamente es competente para conocer casos de inversión extranjera. b) que nacionales no pueden demandar a su propio país ante el Ciadi y Víctor Pey era chileno; c) que Chile no había otorgado su consentimiento para este arbitraje. d) que no se había cumplido con un requisito preliminar, como son las negociaciones amistosas; e) que Víctor Pey había interpuesto con anterioridad al arbitraje una demanda ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, con lo cual la controversia se había radicado en Chile, y f) que el Ciadi no puede aplicarse con efecto retroactivo, ya que Chile es parte del sistema solamente desde 1991 y la alegada expropiación acaeció en 1973. En audiencia del tribunal celebrada en febrero de 1999 se acordó que no se entraría a conocer el fondo del asunto, sin antes resolverse la excepción de jurisdicción.

Durante 2001, después de tener lugar las etapas procesales correspondientes, el tribunal se reunió, trascendiendo que había decidido acoger la posición de Chile de declararse incompetente. Frente a dicho trascendido y con el evidente propósito de evitar su materialización, Joan Garcés recusó al presidente del panel, Francisco Resek, quien terminó por renunciar, sin que Chile lograra impedir la desintegración del tribunal. El nuevo presidente, Pierre Lalive, al asumir, desconoció la decisión del tribunal que declinaba su jurisdicción y, en mayo de 2002, decretó que el tribunal entraría a conocer el fondo del asunto, lo que implicó una abierta transgresión al acuerdo de que se resolvería

previamente la excepción de jurisdicción. Fue en dicha oportunidad, y ante la serie de irregularidades que se habían suscitado, que planteamos que debía objetarse con firmeza esta resolución del tribunal, tanto en virtud del acuerdo existente, cuanto porque litigar en el fondo significaba un alto riesgo para Chile, ya que efectivamente "El Clarín" había sido expropiado sin que se pagara indemnización, la cual debía fijarse dentro del país y no ante el Ciadi.

Asimismo, analizamos la conveniencia de recusar al tribunal. La falta de apoyo de la presidencia y de la vicepresidencia del Comité de Inversiones Extranjeras para que pudiéramos ejecutar esta estrategia, nos llevó a renunciar al equipo de defensa, lo cual desencadenó una serie de hechos que culminaron con una sesión especial de la Cámara de Diputados y un requerimiento de ésta para que interviniera el Consejo de Defensa del Estado.

El asunto se zanjó invitando a participar a uno de los estudios jurídicos más prestigiosos de la plaza. Pero el hecho es que se entró al fondo de la controversia y durante los últimos tres años se ha centrado el litigio en si se debe cancelar una indemnización superior a 500 millones de dólares. Estando el caso en estado de fallo, se ha anunciado, recientemente, que Chile ha recusado a los tres árbitros del tribunal. Dada la falta de acceso para conocer antecedentes de la causa, todo hace presumir que el fallo en ciernes causaría agravio al país, lo cual habría suscitado la acción recusatoria. No parece lógico deducir que la recusación se funde en la tardanza del fallo ya que, precisamente, esta acción paraliza el procedimiento agravando la tardanza. En todo caso, no hay duda de que ante la cadena de situaciones irregulares que se han producido durante todos estos años, Chile no tenía otro camino que el que ha terminado por adoptar.

Es lamentable, sin embargo, que se hayan desperdiciado inútilmente tres años antes de tomar esta determinación, con el costo monetario y el desgaste en imagen internacional que un litigio como éste ha implicado para el país”.