

Juan E. Garcés, Abogado

Lorribka 11-1^o Deba.

Teléf. 91 360 05 36 - Fax: 91 360 05 37

E-mail: 100407.1303@compuserve.com

28014 Madrid

Madrid, le 25 janvier 2010

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

Ref: Victor Pey et Fondation "Président Allende" c/ République du Chili (Aff. CIRDI n° ARB 98/2.
Réponse à la pétition de suspension provisoire de l'exécution de la Sentence arbitrale du 08-05-2008.

Madame la Secrétaire du Comité *ad hoc*,

Conformément à la lettre du Centre du 6 janvier 2010, vous trouverez ci-dessous les observations des investisseurs espagnols en réponse aux communications des 5 septembre 2008 et 15 janvier 2010 d'Arnold & Porter, relatives à la pétition de suspension provisoire de l'exécution de la Sentence du 8 mai 2008.

1. La pétition de suspension provisoire, sollicitée le 5 septembre 2008, doit être rejetée au motif qu'elle est irrecevable, la pétition d'annulation de la Sentence n'ayant pas été signée par S. E. la Présidente de la République du Chili, son agent ou une autre personne dûment autorisée; elle n'était non plus accompagnée du mandat correspondant de S. E. la Présidente du Chili¹. En tout état de cause, la déclaration d'irrecevabilité de la demande de nullité par le Comité *ad hoc* rendrait sans objet la demande de suspension provisoire de l'exécution de la Sentence. Dès lors, les développements ci-dessous relatifs à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence doivent être examinés à titre subsidiaire.
2. Ceci étant posé, et sans préjudice de la décision du Comité *ad hoc* à intervenir sur la question préalable de la recevabilité de la pétition, les investisseurs espagnols considèrent que la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence n'est pas justifiée.
3. Aux termes de l'article 52(5) de la Convention CIRDI, le Comité *ad hoc* peut prononcer la suspension provisoire de l'exécution d'une sentence dès lors que "*les circonstances l'exigent*"². En d'autres termes, la suspension provisoire de l'exécution d'une sentence a un caractère exceptionnel³. Il appartient donc à la partie sollicitant la suspension de démontrer l'existence de circonstances particulières requérant le maintien de la suspension de l'exécution⁴.

¹ En vue des développements à intervenir sur cette question lors de l'audience du 29 janvier prochain, nous joignons à la présente la version officielle en anglais du Décret Suprême N° 998, du 22-06-2008, la mesure établie dans la Constitution chilienne nécessaire afin d'autoriser l'introduction d'une demande au nom de la République chilienne auprès d'un Tribunal non chilien (pièce N° 1). Ce Décret, communiqué à titre d'exemple dans sa version originale espagnole en annexe à notre lettre au Centre du 22-10-2008, figure comme *Exhibit* N° 1 à la demande déposée le 11-03-2009 que nous joignons ici comme pièce N° 2, de même que la transaction mettant fin à cette procédure, convenue et signée le 16-10-2009 par l'agent de la République chilienne nommé dans ledit Décret (pièce N° 3).

² L'article 52 (5) de la Convention dispose : "*Le Comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en annulation*" (nous soulignons).

³ C'est ce qu'a souligné le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compañía de Aguas de Aconquija S.A. and Vivendi*

(i) Le Gouvernement ne peut pas garantir que l'État du Chili honorera ses obligations

4. Il ressort de l'analyse des précédentes décisions de Comités *ad hoc* qu'un critère essentiel justifiant le maintien de la suspension de l'exécution d'une sentence est que la partie qui a perdu au fond donne des garanties quant aux difficultés de recouvrement du montant de la sentence, en cas de rejet de la demande d'annulation⁵. En l'espèce, la République du Chili n'a pris aucun engagement de cet ordre et le comportement passé des institutions de l'Etat ne peut remplacer cet engagement.
5. Par ailleurs, l'affaire MTD ne peut sérieusement être citée comme un exemple du respect par la République du Chili de ses engagements internationaux. Dans cette affaire, plus de deux années de travail ont été nécessaires à MTD pour obtenir l'exécution d'une sentence rendue le 25 mai 2004, après sa confirmation le 21 mars 2007⁶. Ce retard relève vraisemblablement de l'intervention des institutions internes chiliennes, amenées à jouer un rôle dans l'exécution d'une sentence CIRDI qui pourrait retarder voire empêcher l'exécution de la Sentence du 8 mai 2008. Ces institutions sont les suivantes :

(a). Le Parlement, qui doit approuver une ligne réservée au règlement des "*sentencias Ejecutoriadas*" dans le Budget annuel⁷. L'approbation de cette ligne dans la loi du Budget peut faire l'objet d'un recours, partiel ou pas, auprès du Conseil Constitutionnel par un quart des membres de la Chambre des Députés ou du Sénat (article 93(3) de la Constitution chilienne⁸, **pièce annexée N° 4**).

(b). Le Pouvoir exécutif, qui doit émettre un ordre de paiement sous forme de Décret Suprême⁹. Ce Décret peut également faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel par un quart de l'une ou l'autre Chambre du Parlement (article 93 (16) de la Constitution chilienne, **pièce annexée N° 4**).

(c). Le Contralor Général de la République (organe de contrôle préalable de la légalité), qui doit décider si prend acte et enregistre ou refuse ce Décret¹⁰. La décision du Contralor d'en prendre acte peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel par la Chambre des Députés ou le Sénat (article 93 (16) de la Constitution chilienne).

Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB 97/3) - Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award rendered on 20 August 2007, publiée sur le site <http://ita.law.uvic.ca/documents/VivendiDecisiononStayofEnforcement2008.pdf> au para.33 in fine: "The continuation of the stay is therefore exceptional" (le maintien de la suspension est en conséquence exceptionnel).

⁴ *Ibid*

⁵ Voir en ce sens *CMS Gas Transmisión Company v Argentina Republic (ICSID Case No.ARB/01/8)* - Decision on the Argentine Republic' s Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, 1-09-2006; *Repsol YPF Ecuador S.A. c Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* CIRDI/ARB/01/10, Procedural Orders Nos 1 et 4 des 22-12-2005 y 22-02-2006, respectivement; *Amco Asia v Indonesia (ICSID Case N° ARB/81/1)*, Order of May 17, 1985, sur 1 ICSID Rep. 509, 513 (1993) et Interim Order of March 2, 1991, 9 ICSID Rep. 59 (2006); *Wena Hotels v. Egypt (ICSID Case N° ARB/98/4)*, Procedural Order No. 1, 22-12-2005, Vol. 18, No. 10 Mealey's, Int'l Arb. Rep. 33 (2003); *Southern Pacific (Middle East) v. Egypt (ICSID Case No \ARB\843; CDC Group Plc v. Republic of Seychelles (ICSID Case N° ARB/02/14)*, Decision of July 14, 2004, accessible sur <http://ita.law.uvic.ca>.

⁶ *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile S.A. v. The Republic of Chile (ICSID Case No.ARB/01/07)*- Decision on the Application for Annulment http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Chile_Ad_Hoc_Committee_Decision.pdf Cette sentence a été exécutée par la République du Chili après mai 2009.

⁷ Voir par exemple la Loi No.19.986, titre 50, ch.1 Pièce telle que mentionnée dans la décision du Comité *ad hoc* MTD sur la demande de suspension de l'exécution de la sentence arbitrale, para. 8, *supra*.

⁸ Document annexe n° 24 à la Requête d'arbitrage du 7 novembre 1997. La version castillane, française et anglaise des Constitutions de 1925 et 1980 a été communiquée au Centre le 28 août 1998 (annexes 5 à 7). La version mise à jour de la Constitution est annexée ici comme **pièce N° 4**.

⁹ Décret-loi No.1263 de 1973 du Ministre des Finances, article 28 qui dispose: « Article 4°. – Nonobstant les dispositions figurant dans les articles précédents, devront toujours être transmis pour qu'il en soit pris acte les décrets qui seraient signés par le Président de la République, les règlements suprêmes et leurs modifications. Devront accomplir la même démarche les règlements et leurs modifications que signeraient les Chefs de Service, pour autant qu'ils traitent de matières soumises à [la formalité] de prise d'acte ».

¹⁰ Résolution No. 55 de la Contraloría (J.O. du 14 décembre 1996), **pièce annexée N° 5**.

(d). Le Conseil constitutionnel, qui peut être saisi soit par le Contralor¹¹ soit par un quart des parlementaires d'une Chambre du Parlement¹² si l'un ou l'autre n'est pas d'accord avec ledit Décret.

(e). La Chambre des Députés qui peut être saisie par le Contralor, si ce dernier refuse de prendre acte et d'enregistrer le Décret et que le Conseil des Ministres prend un "Décret en réitération"¹³.

Or, chacune de ces institutions, indépendantes du pouvoir exécutif, a, au cours de la procédure arbitrale, pris position contre les prétentions des investisseurs espagnols:

(a). le Contralor Général a rejeté *in limine litis* le recours de Monsieur Pey du 29 juillet 2002 tentant de s'opposer à la prise d'acte et à l'enregistrement de la Décision No. 43, du 28 avril 2000, du Ministère des Biens Nationaux, décision administrative attribuant la propriété des biens confisqués, objet de la procédure arbitrale, à des tiers¹⁴. Cette décision du Contralor, acceptée en juillet-août 2002 par la Cour Suprême du Chili et la Cour d'Appel de Santiago, n'est pas susceptible de révision¹⁵;

(b). La Chambre des Députés s'est opposée ensuite à l'indemnisation de Monsieur Pey et de la Fondation par la République du Chili en approuvant, le 21 septembre 2002, une résolution¹⁶ précisant « qu'il n'appartient pas à l'Etat du Chili de payer, en aucun cas, quelque somme que ce soit dans la présente procédure arbitrale en cours auprès du CIRDI¹⁷ (nous soulignons) »;

(c). Le Président du Conseil constitutionnel, a, en sa qualité, témoigné le 15 janvier 2007 contre les investisseurs espagnols dans la procédure arbitrale¹⁸.

Le pouvoir exécutif n'est donc pas en mesure de garantir que ces institutions de la République du Chili exécuteront la Sentence, si elle était confirmée.

6. Quand bien même, le Gouvernement de la République du Chili prendrait un engagement solennel d'exécution de la Sentence¹⁹, celui-ci ne serait pas suffisant compte tenu du rôle, légalement établi, desdites institutions chiliennes, sur lesquelles le pouvoir exécutif n'a aucun contrôle légal ni politique.
7. Il reste qu'à ce jour aucune des institutions concernées de la République du Chili n'a pris aucun engagement formel de ce qu'elle exécutera la Sentence, condition requise pour maintenir la suspension de l'exécution.

*(ii) Le caractère abusif de la demande en nullité*²⁰

8. A cet égard, on soulignera le caractère audacieux de l'affirmation selon laquelle la République du Chili a à maintes reprises tenté d'accélérer la procédure, alors que la longueur exceptionnelle de cette dernière est amplement due aux manœuvres procédurales de la République du Chili.²¹

¹¹ Article 93 (9) de la Constitution chilienne, pièce annexée N° 4.

¹² Article 93 (16) de la Constitution chilienne, pièce annexée N° 4.

¹³ Article 99 de la Constitution chilienne, pièce annexée N° 4.

¹⁴ Pièce C216 et Sentence, para. 674 page 216.

¹⁵ Pièces C217-C220, C222-C224 et para. 455, 459-465 de la Sentence. Les pièces C220 et C224 sont accessibles sur le site <http://elclarin.cl/fpa/arbitraje.html>

¹⁶ A la majorité des voix 75 pour, 1 voix contre.

¹⁷ Pièce C208 et para. 644 de la Sentence du 8 mai 2008.

¹⁸ Sentence du 8 mai 2008, note de bas de page 215, paras. 303 à 306 et 309 ; transcription des audiences des 15 janvier 2007, page 52, ligne 16 (version espagnole), étant précisé que M. Cea est encore aujourd'hui membre du Conseil Constitutionnel.

¹⁹ Par exemple un engagement équivalent à celui demandé par le Comité *ad hoc* à l'agent de la République Argentine dans l'affaire Vivendi, *Compania de Aguas des Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No.ARB 97/3)* - Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award rendered on 20 August 2007, para. 21, 37, 41, 43, *supra*.

²⁰ Lettre du 15 janvier 2010, point (ii), page 3.

(iii) La suspension de l'exécution sous condition

9. Néanmoins, les investisseurs espagnols ne s'opposent pas au maintien de la suspension de l'exécution de la Sentence, si, en contre partie, la République du Chili prenait les mesures adéquates suivantes -qui sont du ressort du seul pouvoir exécutif- permettant d'assurer l'exécution effective et immédiate de la Sentence dès sa confirmation.

Le versement des sommes dues par la République du Chili au titre de la Sentence²² sur un compte séquestre, portant intérêt, détenu par une banque de premier rang domiciliée sur le territoire européen ou nord américain, et qui pourra être actionné par l'une ou l'autre des parties sur présentation de la décision du Comité *ad hoc* confirmant ou annulant la Sentence²³, serait une mesure adéquate permettant de protéger les intérêts de chacune des parties dans cette procédure.

Cette mesure démontrerait la volonté sans équivoque de la République du Chili de respecter ses engagements internationaux en exécutant promptement la Sentence. Elle attesterait de la bonne foi de la République du Chili en démontrant que la demande en nullité n'a pas de caractère abusif. Le paiement sur un compte séquestre protégerait également la République du Chili du risque de non recouvrement évoqué, sans fondement, dans la lettre du 15 janvier 2010. En outre, contrairement à la mise en place d'une garantie bancaire, l'ouverture d'un compte séquestre auprès d'une banque n'a qu'un coût négligeable largement compensé par la rémunération du compte séquestre.

Ce mécanisme, proposé dans une précédente affaire contre la République Démocratique du Congo²⁴, avait été rejeté par le Comité *ad hoc* qui avait estimé que cette mesure aurait des répercussions sur la situation économique et budgétaire de l'État qui devait alors faire face à des dépenses plus urgentes, notamment pour assurer la sécurité du pays²⁵. Les circonstances exceptionnelles retenues par le Comité *ad hoc* dans cette affaire pour rejeter cette demande n'existent pas dans la présente affaire, étant rappelé que le Chili est un pays membre de

²¹ Notamment l'opposition de la République du Chili à l'enregistrement de la Demande d'arbitrage du 7-11-1997; la négociation de l'interprétation du Traité bilatéral de Protection des Investissements avec l'Espagne après l'enregistrement de la Demande; la Décision No.43, du 28 avril 2000, attribuant la propriété à des tiers en vue de faire échec à l'arbitrage ou de rendre impossible l'exécution d'une sentence adverse; la récusation de l'entier Tribunal arbitral en août 2005 après le dépôt du *final draft award of the President* et avoir appris son contenu par des moyens illicites. L'ensemble des comportements de la République du Chili tendant à s'opposer au déroulement normal de la procédure est récapitulé dans le document intitulé "*Mémoire relatif à la mauvaise foi du Chili au long de la procédure arbitrale, provoquant sa prolongation et l'augmentation des frais*", pièce C268 ci-joint **annexée comme N° 6**. La pétition du 5-09-2008 n'a même pas été présentée dans une des deux langues de la Sentence.

²² Points 4 à 7 du Dispositif de la Sentence. Les intérêts de 5% composés annuellement commencent à courir à la date du 6 août 2008 et se terminant au plus tôt le 31 décembre 2010.

²³ Les modalités de l'ouverture, la gestion et la fermeture de ce compte devra faire l'objet d'un accord entre les parties.

²⁴ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo (ICSID Case No.ARB/99/7)* - Decision on Stay of Enforcement of the Award, du 1-11-2006, accessible sur <http://ita.law.uvic.ca/documents/MitchellAnnulment.pdf>.

²⁵ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo (ICSID Case No.ARB/99/7)*, para. 36 - *supra*: "First, the possibility of an escrow account is to be excluded (alternative request of Mr. Patrick Mitchell for a security conditioning the decision on stay). Indeed, it has already been decided by the ad hoc Committee in the context of the issue of the stay of enforcement per se, the fact that the DRC cannot use amount of the Award because of an immediate payment might have significant repercussions on its present situation. It is obvious that the placement of this amount in an escrow account, i.e. its freezing until the decision on annulment of the Award is issued, would have the same result for the DRC" (En premier lieu, la possibilité d'un compte séquestre doit être exclue (demande subsidiaire de Monsieur Patrick Mitchell comme condition à la suspension). En effet, il a déjà été décidé par le Comité *ad hoc* dans le cadre de la question de la suspension *per se*, que la RDC ne peut utiliser le montant de la condamnation car un paiement immédiat pourrait avoir des répercussions significatives sur la situation actuelle. Il est manifeste que le placement de cette somme sur un compte séquestre ... aurait les mêmes conséquences pour la RDC »).

l'OCDE. En réalité, la mise sous séquestre de 19 millions de dollars US n'obérerait pas le budget de la République du Chili²⁶ et plus généralement sa situation économique et financière.

10. A titre subsidiaire, les investisseurs espagnols accepteraient en contrepartie de la suspension la mise en place d'une garantie bancaire irrévocable, inconditionnelle et à première demande, émise par une banque de premier rang, domiciliée en Europe ou sur le continent nord américain, au bénéfice des demandeurs pour le montant de la condamnation prononcée dans la Sentence, soit la somme de 16.682.947,17US\$ (date valeur 06-08-2008) plus intérêts de 5% composés annuellement commençant à courir à la date du 6 août 2008²⁷, ou toute autre mesure équivalente.
11. Contrairement aux termes de la lettre du 15 janvier 2010, la mise en place d'une garantie n'a pas pour effet de placer les investisseurs espagnols dans une position plus favorable si l'Etat du Chili avait la volonté d'exécuter de bonne foi la Sentence, i. e. sans délai. Dès lors la mise en place d'une garantie vient simplement assurer le respect des engagements de l'Etat au titre de la Convention. C'est d'ailleurs ce qu'il ressort de l'analyse des décisions des précédents Comités *ad hoc*, qui ont relevé que le critère essentiel qui s'opposait à la mise en place d'une garantie était l'assurance de recouvrement sans délai du montant de la sentence si celle-ci n'était pas annulée²⁸. Cette assurance n'existe pas dans la présente affaire, et ne peut être valablement donnée par un représentant du pouvoir exécutif de la République du Chili dûment autorisé vu les circonstances spécifiques à la présente affaire.

(iv) *Conclusion*

12. En conséquence,
 - (1) La demande de suspension provisoire de l'exécution de la Sentence devra être rejetée, celle-ci étant irrecevable, sans objet à l'égal que la demande de nullité de la Sentence et manifestement abusive.
 - (2) Si ces demandes devaient être déclarées recevables par le Comité *ad hoc*, alors les investisseurs espagnols ne s'opposeraient pas à la demande de suspension jusqu'à la résolution de la question préalable de la recevabilité et, le cas échéant, de la procédure quant au fond de nullité de la Sentence, dès lors qu'elle est subordonnée :

(a) au versement par la République du Chili de la somme de 18.763,362,82 US\$ sur un compte séquestre, portant intérêt, détenu par une banque de premier rang domiciliée sur le territoire européen ou nord américain, et qui pourra être actionné par l'une ou l'autre des parties sur présentation de la décision du Comité *ad hoc* déclarant l'irrecevabilité de la demande ou, le cas échéant, confirmant ou annulant la Sentence ;

(b) à titre subsidiaire, à la mise en place d'une garantie bancaire irrévocable, inconditionnelle et à première demande émise, par une banque de premier rang, domiciliée en Europe ou sur le continent nord américain, au bénéfice des demandeurs pour le montant de la condamnation prononcée dans la Sentence, soit la somme de 16 682 947,17US\$ plus intérêts de 5% composés annuellement commençant à courir à la date du 6 août 2008.

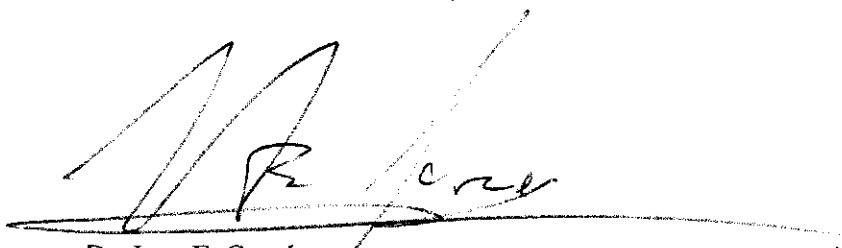
²⁶ La Loi 20.407, du budget de l'Etat pour 2010, autorise le Président de la République à emprunter plus de 6 000 000 000 USD (article 3), *pièce annexée N° 7*.

²⁷ Voir le calcul des intérêts dûs en application de la Sentence du 8 mai 2008 dans la *pièce annexée N° 8*.

²⁸ Voir *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic (ICSID Case No.ARB/01/8)* - Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, para. 38, *supra* ; *Compania de Aguas des Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No.ARB 97/3)* - Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award rendered on 20 August 2007, para. 42, *supra* ; *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile S.A. v. The Republic of Chile (ICSID Case No.ARB/01/07)* - Decision on the Application for Annulment, paras. 29 et 30, *supra*.

Juan E. Garcés

Nous vous prions de croire, Madame la Secrétaire du Comité, à l'assurance de nos salutations
les meilleures.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. E. Garcés', written over a horizontal line.

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

LISTE DES PIÈCES COMMUNIQUÉES

- **Pièce N°1** : Décret Suprême²⁹ N° 998, du 22-06-2008, nommant l'agent de la République du Chili et l'autorisant à déposer une demande auprès d'une Cour étrangère (version officielle en anglais figurant en annexe de la demande déposée le 11-03-2009).
- **Pièce N°2** : Demande déposée le 11-03-2009 dans une Cour étrangère par l'agent de la République du Chili nommé et autorisé à cette fin dans le Décret Suprême N° 998, du 22-06-2008 (version officielle en anglais). L'*exhibit* N° 1 est le Décret Suprême N° 998.
- **Pièce N°3** : Transaction convenue et signée le 16-10-2009 par l'agent de la République nommé dans le Décret Suprême N° 998, du 22-06-2008, mettant fin à la procédure initiée le 11-03-2009 dans une Cour étrangère (version originale en espagnol).
- **Pièce N°4** : Constitution Politique de la République du Chili, version mise à jour le 22 septembre 2005
- **Pièce N°5** : Résolution No. 55 de la Contraloría General de la República de Chile –l'organe de contrôle préalable de la légalité des actes administratifs (J.O. du 14 décembre 1996).
- **Pièce N°6** : "*Mémoire relatif à la mauvaise foi du Chili au long de la procédure arbitrale, provoquant sa prolongation et l'augmentation des frais*", daté le 19-09-2005, pièce C268 de la procédure arbitrale initiée par la demande du 7 novembre 1997 et terminée par la Sentence du 8 mai 2008.
- **Pièce N°7** : Loi du budget de l'Etat du Chili pour l'année 2010.
- **Pièce N°8** : Calcul des intérêts dus en application de la Sentence du 8 mai 2008

²⁹ Un Décret « *Suprême* » est un Décret signé par le Président de la République et le Ministre compétent.