

Juan E. Garcés, Abogado

ZORRILLA. 11 - 1.º DCHA.
TELEF. 91 360 05 36 - FAX: 91 360 05 37
E-mail: 100407.1303@compuserve.com
28014 MADRID

Madrid, le 1^{er} août 2008

Madame Eloïse Obadia
Secrétaire du Tribunal
CIRDI
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) -
Ré: Requête de la République du Chili demandant la suspension de l'exécution de la sentence arbitrale

Madame la Secrétaire du Tribunal,

Nous accusons réception de la lettre du Centre du 22 juillet dernier nous adressant copie de la requête de la République du Chili demandant la suspension de l'exécution de la sentence arbitrale du 8 mai 2008 (la "Sentence"), ainsi que de celle du 28 juillet invitant les demandeurs à faire part de leurs observations avant le 2 août 2008.

Afin de faciliter la décision du Tribunal arbitral, les demandeurs répondront à chacun des arguments soulevés par la République du Chili dans sa lettre portant date du 16 juillet 2008, en commençant par les prétendues circonstances exigeant la suspension de l'exécution (1) pour ensuite discuter de l'affirmation de l'Etat chilien selon laquelle il honore ses engagements nationaux et internationaux (2).¹

(1) Les prétendues circonstances exigeant la suspension de l'exécution de la Sentence

(a) *Sur le prétendu effet préjudiciable sur la demande et la procédure en annulation éventuelle*

La République du Chili prétend qu'il "*serait profondément injuste*" de refuser la suspension de l'exécution au motif que le délai de recours en annulation est, selon la Convention de Washington, de 120 jours, et non de 90 jours, délai "*fixé par la Sentence*".

¹ Les demandeurs précisent que les développements ci-dessous ne préjugent pas de leur position en cas de recours en annulation formé par la République du Chili, tant devant le Centre que devant un Comité *ad hoc*.

Contrairement à l'affirmation du défendeur, la Sentence est exécutoire de plein droit depuis le 8 mai 2008, date de la notification aux Parties.² La Sentence arbitrale ne prévoit pas non plus la suspension de son exécution, le délai de 90 jours étant le point de départ des intérêts moratoires (§ 732 de la Sentence et point 7 du dispositif).

La situation décrite par la République du Chili ne résulte donc pas de "*circonstances particulières à la présente affaire*".

Ainsi, si les demandeurs n'avaient pas déposé de recours en révision, la République du Chili aurait été contrainte, pour bénéficier d'une éventuelle suspension d'exécution anticipée, de déposer un recours en annulation avant l'expiration du délai de 120 jours.

Cette situation ne justifie donc pas une suspension de l'exécution.

Enfin, les demandeurs n'ont aucune intention de former une demande d'annulation de la Sentence. Dès lors, les craintes de la République du Chili de procurer un avantage procédural aux demandeurs en formant une demande d'annulation 90 jours seulement après la notification de la Sentence, n'ont pas lieu d'être.

(b) Sur le prétendu risque d'obligations incompatibles d'exécution

La République du Chili indique qu'en cas de révision elle serait "*contrainte d'exécuter la version originale de la Sentence pendant les 90 jours fixés pour son exécution, pour être contrainte à un certain point ultérieur d'exécuter la Sentence selon des conditions éventuellement différentes*". La République du Chili omet de préciser le préjudice qui en résulterait.

Selon les demandeurs, la République du Chili n'encourt aucun risque à exécuter la Sentence avant la décision du Tribunal sur la demande de révision. En l'espèce, seules deux situations sont envisageables:

- le recours en révision est rejeté et la Sentence du 8 mai 2008 est entièrement maintenue, dès lors l'exécution immédiate par la République du Chili ne pose aucune difficulté ; ou
- le recours en révision est accueilli favorablement et le Tribunal arbitral révisera la Sentence du 8 mai 2008 en prononçant une indemnisation plus élevée. Là encore, cette situation ne justifierait pas la suspension de l'exécution puisque la seule conséquence pour le Chili serait de payer immédiatement une partie de la somme qui serait finalement due aux demandeurs.

Il n'y a donc pas de risque d'obligations incompatibles d'exécution.

² Voir C Schreuer, *The ICSID Convention: A commentary*; Article 53 § 43.

(c) Sur le prétendu risque de dilapidation des actifs

La République du Chili tente de justifier la suspension par le risque de non recouvrement des sommes qui seraient versées aux demandeurs en cas d'annulation de la Sentence.

Tout d'abord, ce fondement n'est pas recevable devant le Tribunal arbitral saisi du recours en révision. En effet, la suspension d'exécution fondée sur un risque inhérent à l'annulation de la Sentence ne peut être prononcée que par le Comité *ad hoc* saisi du recours en annulation. Conformément à la Convention de Washington, ce Comité *ad hoc* ne pourra en aucun cas être composé des membres du présent Tribunal arbitral. En réalité, la République du Chili demande au présent Tribunal arbitral, saisi du fond du dossier, de préempter une décision relevant de la compétence exclusive d'un éventuel Comité *ad hoc*.

Ensuite, le risque de non recouvrement n'existe que si la Sentence est annulée. Encore faut-il qu'une demande d'annulation ait été formée et enregistrée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le risque allégué par la République du Chili est donc inexistant à ce jour.

Enfin, comme cela a été développé ci-dessus, si les demandeurs n'avaient pas déposé de recours en révision, la République du Chili n'aurait eu d'autre alternative que de déposer un recours en annulation avant l'expiration du délai de 120 jours pour se prémunir du risque allégué.

Il n'existe aucune raison valable pour que le Chili se trouve dans une situation plus favorable que celle dans laquelle il serait si les demandeurs n'avaient pas déposé un recours en révision.

En tout état de cause, rien ne permet à la République du Chili d'affirmer que les sommes qui seront versées aux demandeurs en exécution de la Sentence ne pourraient pas être recouvrées en cas d'annulation ultérieure. A titre d'exemple, les demandeurs, contrairement à la République du Chili, ont toujours honoré leurs obligations financières en payant, dans les délais requis, les frais de procédure demandés par le Centre.

Les demandeurs souhaitent, également, souligner que l'exécution immédiate de la Sentence par la République du Chili³ ne mettrait pas en péril sa situation économique⁴. Les réserves officielles déclarées par le Chili auprès du FMI s'élèvent, le 1^{er} juillet 2008, à 19.124.61 millions US\$ et à 23.400.19 millions US\$ additionnels en «*other foreign currency assets*»⁵. Les réserves internationales déclarées par la Banque Centrale du Chili le 23 juillet 2008 étaient de 21.469,7 millions d'US\$.⁶

³ Soit le paiement de la somme de 13 178 269,53 US\$ (hors intérêts).

⁴ Critère retenu pour prononcer la suspension d'exécution notamment par le Comité *ad hoc* saisi du recours dans l'affaire Mine/ Guinée, décision du 22 décembre 1989, Gaillard, *La jurisprudence CIRDI*, 2004, p.291.

⁵ Voir <http://www.imf.org/external/np/sta/ir/chl/eng/curchl.htm#I>

⁶ Voir http://si2.bcentral.cl/Basededatoseconomicos/951_455.asp?f=M&s=Reservas501&LlamadaPortada=SI

La santé des finances publiques chiliennes est confirmée par la Direction au Budget du Ministère des Finances de l'Etat chilien selon laquelle le montant total des revenus de l'Etat (sans qu'il soit tenu compte des revenus des entreprises publiques et du secteur public non financier), a été en 2007 de 23 546 733 millions de pesos alors que les dépenses publiques s'élevaient à 15 995 640 millions de pesos⁷, soit l'équivalent de 47.490,48 et 32.260,98 millions d'US\$, respectivement⁸.

(d) Sur l'absence de préjudice pour les Parties demanderesses

La République du Chili prétend que les demandeurs ne subiraient aucun préjudice en raison de la suspension d'exécution au motif que les intérêts composés du 5% octroyés dans la Sentence auraient pour conséquence d'indemniser le retard de paiement.

Les demandeurs considèrent pour leur part que les intérêts octroyés ont d'abord pour objet de contraindre la Partie succombant à exécuter la Sentence dans les meilleurs délais. Les intérêts ont un caractère comminatoire et ne peuvent en aucun cas être présentés comme une excuse justifiant un retard de paiement. En l'espèce, rien ne saurait compenser une attente supplémentaire des demandeurs, ceci d'autant plus qu'en juillet 2008 le taux d'inflation interannuel du dollar des EE.UU. atteignait 5% (contre 4.2% en mai 2008).

La République du Chili tente également de tirer argument du fait que la requête en révision des demandeurs requiert du Tribunal de "dire que la République du Chili devra effectuer ce paiement dans un délai de 90 jours à compter de la réception de la Sentence révisée ; à défaut dire que le montant alloué aux demanderesses en réparation du préjudice subi portera intérêts composés annuellement à un taux de 5% jusqu'à complet paiement" (soulignement ajouté), pour soutenir que les demandeurs n'entendent pas exécuter la Sentence immédiatement.

Cette interprétation est erronée.

Tout d'abord, le 26 mai 2008, Monsieur Pey a demandé aux autorités chiliennes compétentes la délivrance d'un permis de séjour afin d'être en mesure de reprendre (en accord avec la Fondation Président Allende) la publication du journal El Clarin¹⁰. Chaque jour de retard dans l'exécution de la Sentence retarderait d'autant la perception des bénéfices commerciaux.

⁷ Voir http://www.dipres.cl/estadisticas/Series_anuales/GCT1.html.

⁸ Au taux de change officiel de 495,82 pesos pour 1 US\$ du 28 décembre 2007 selon la Banque Centrale du Chili, voir http://si2.bcentral.cl/Basededatoseconomicos/951_455.asp

¹⁰ Voir pièce annexe C300. Cette demande étant restée sans réponse, elle a été renouvelée le 23 juillet 2008.

En outre, en juillet 2008 une requête en exécution forcée de la Sentence a été déposée en Espagne.

(2) L'engagement de la République du Chili d'honorer ses obligations dans les plus brefs délais

Au soutien de sa demande de suspension, la République du Chili affirme que "*l'exécution de la Sentence sera effectuée aussi promptement que possible une fois la Sentence devenue finale et définitive*".

Cette simple affirmation est contredite par le comportement du défendeur tout au long de la procédure d'arbitrage.

En outre, l'exécution des sentences arbitrales à l'encontre des Etats ou d'entités étatiques pose toujours d'importantes difficultés, notamment pour les investisseurs, et la pratique démontre que les Etats exécutent rarement une sentence arbitrale volontairement et promptement. Dans ce domaine, la République du Chili ne fait pas figure d'exception comme en témoigne son comportement dans l'affaire MTD¹¹.

(a) Le comportement de la République du Chili dans l'affaire Pey Casado

Sans vouloir rouvrir le débat sur les différents agissements du défendeur dans cette affaire, certains de ses comportements procéduraux ont été, comme l'a souligné le Tribunal arbitral, discutables et peu compatibles avec l'obligation de bonne foi qui s'impose aux Etats parties de la Convention de Washington¹². Ces agissements ont eu pour conséquence de retarder considérablement la procédure arbitrale.

Les demandeurs sont dès lors en droit de s'interroger sur le caractère dilatoire de la demande de suspension du Chili en dépit de sa déclaration d'intention d'honorer ses obligations dans les plus brefs délais.

Ces doutes sont d'autant plus fondés que la République du Chili n'offre aucune garantie dans sa lettre du 16 juillet dernier.

A cet égard, les demandeurs rappelleront la motion adoptée par la Chambre des Députés de la République du Chili le 21 août 2002 selon laquelle « *il n'appartenait pas à l'Etat du Chili de payer quelque somme que ce soit dans la présente procédure arbitrale en cours auprès du CIRDI* »¹³ (soulignement ajouté).

Cette déclaration contredit l'intention de la République du Chili d'exécuter volontairement la "*Sentence devenue finale et définitive*". Ceci d'autant que le

¹¹ MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile ICSID case No. Arb/01/7.

¹² Sentence du 8 mai 2008 § 664.

¹³ Pièce C208, p.70.

comportement de l'Etat chilien en matière d'exécution des sentences arbitrales rendues à son encontre n'est pas un modèle d'exemplarité.

(b) *Le comportement de l'Etat chilien dans l'affaire MTD*

Le comportement adopté par la République du Chili dans l'affaire MTD est symptomatique du comportement de cet Etat dans le cadre de l'exécution d'une sentence internationale le condamnant. Il éclaire également sur la valeur qu'il convient d'accorder à la déclaration d'intention du 16 juillet 2008.

Dans l'affaire MTD, la République du Chili a été condamnée par un Tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI à verser aux sociétés MTD Equity et MTD Chile la somme de 5 871 322,42 US\$, assortis d'intérêts composés à compter du 5 novembre 1998, en réparation du préjudice subi. Cette condamnation résulte d'une sentence rendue le 25 mai 2004.

Le 30 septembre 2004, le Centre a enregistré le recours en annulation déposé par la République du Chili, accompagné d'une demande de suspension de l'exécution. Conformément à l'article 54(2) du Règlement d'arbitrage, le Centre a suspendu l'exécution de la Sentence jusqu'à une décision du Comité *ad hoc* sur la suspension.

Au soutien de sa demande de suspension devant le Comité *ad hoc*, la République du Chili a, notamment, fait valoir le respect de ses obligations internationales et sa volonté d'exécuter la sentence dès réception d'une décision du Comité *ad hoc* rejetant le recours en annulation¹⁴.

Fort de cet engagement, dans une décision du 1^{er} juin 2005¹⁵, le Comité *ad hoc* a confirmé la suspension d'exécution de la sentence et a rejeté la demande des sociétés MTD de conditionner la suspension à la mise en place d'une garantie bancaire.

Le 21 mars 2007, le Comité *ad hoc* a rejeté le recours en annulation de la République du Chili.

Le 23 mars 2007, le gouvernement chilien publiait un communiqué de presse dans lequel il précisait : « *le Chili réitère sa volonté de respecter les accords internationaux en vigueur et les décisions des Tribunaux internationaux, conformément aux procédures légales correspondantes* »¹⁶.

¹⁴ MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile ICSID case No. Arb/01/7; Decision on the Respondent's Request for a Continued Stay of Execution (article 54 of the ICSID Arbitration Rules), §21; publiée sur <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Voir pièce en annexe C301, publiée dans

http://www.hacienda.cl/prensa.php?opc=showContenido&id=11881&nav_id=10247&contar=1&tema_id=&code=saBYfe0GgE5Rs

Or, le 16 juillet 2008, soit 16 mois plus tard, la République du Chili n'avait pas exécuté cette sentence.

A la lumière des développements précédents, les demandeurs considèrent que la demande de suspension du Chili doit être rejetée sauf si celle-ci est conditionnée à la mise en place d'un mécanisme garantissant l'exécution immédiate de la Sentence dès réception de la décision du Tribunal arbitral sur le recours en révision comme la République du Chili s'y est engagée dans sa lettre du 16 juillet 2008.

(c) *La suspension d'exécution sous condition*

Les demandeurs ne s'opposent pas à la suspension sollicitée par la République du Chili si cette dernière accepte, en contre partie, la mise en place de mesures adéquates garantissant l'exécution immédiate de la Sentence, dès réception de la décision du Tribunal arbitral sur le recours en révision.¹⁷

Les demandeurs accepteraient à titre de contre partie 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 13 178 269,53 US\$ plus intérêts de 5% composés annuellement commençant à courir à la date du 6 août 2008, ou toute autre mesure équivalente.

Si la République du Chili n'était pas en mesure d'offrir ce type de garantie, les demandeurs ne s'opposeraient pas à la demande de sursis d'exécution, dès lors que la République du Chili aurait renoncé à son immunité d'exécution¹⁸. Par cet acte, la République du Chili offrirait aux demandeurs, comme au Tribunal arbitral, un gage de sa bonne foi et de sa volonté "*d'honorer ses obligations dans les plus brefs délais*".

En revanche, le refus par la République du Chili de l'une ou l'autre des mesures proposées par les demandeurs serait une démonstration sans équivoque de la volonté de l'Etat chilien d'entraver l'exécution de la Sentence.

¹⁷ Dans l'affaire AMT c/ République Démocratique du Congo (RDC), Case No. ARB/91/1 (July 26, 2000), le tribunal arbitral, saisi d'un recours en révision de la sentence, avait accepté de confirmer la suspension d'exécution prononcée à titre provisoire par le Centre sous réserve de la mise en place par la RDC d'une garantie bancaire irrévocable "*irrevocable & unconditional bank guaranty from a reputable European bank*", voir <http://www.asil.org/ilib/ilib0401.htm#03>

¹⁸ A cet égard, le Comité *ad hoc* dans l'affaire Mine c/ Guinée : "*It should be clearly understood on the other hand that State immunity may well afford a legal defence to forcible execution, but it provides neither arguments nor excuse for failing to comply with an award. In fact, the issue of State immunity from forcible execution of an award will typically arise if the State party refuses to comply with its Treaty obligations. Non-compliance by a State constitutes a violation by that State of its international obligations and will attract its own sanctions. The Committee refers in this connection, among other things to articles 27 and 64 of the Convention, and to the consequences which such a violation would have for such a State's reputation with private and public sources of international finance*" Mine c/ Guinée, Case No. Arb/84/4, Interim order No.1, Guinea's application for stay of enforcement of the award, ICSID Review, Vol 5, No. 1, Spring 1990 p. 129.

A la lumière des développements précédents, et faute pour l'Etat chilien d'accepter l'une ou l'autre des mesures proposées à la section 2 (c) ci-dessus, les demandeurs sollicitent du Tribunal arbitral qu'il rejette la requête de suspension d'exécution du 16 juillet 2008.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Secrétaire du Tribunal arbitral, l'expression de notre considération distinguée

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J. E. Garcés". The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath it.

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